

DICTAMEN FISCAL

Exp. N°

RN.

DICTAMEN N°.

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA.

Viene para dictamen fiscal la presente causa, al haber interpuesto recurso de nulidad la defensa del condenado y el Procurador Público contra la sentencia de fecha 12 de febrero del 2003, que FALLA condenando a Luis Alberto Kouri Bumachar como autor de los delitos de Cohecho Pasivo Propio y Enriquecimiento Ilícito en agravio del Estado, imponiéndole SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD y fija en 500,000 soles el monto que deberá pagar por concepto de reparación civil a favor del Estado.

I. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

A. DE LA DEFENSA DEL IMPUTADO:

Cuestiona la sentencia solicitando alternativamente que se declare la nulidad de la sentencia y se realice un nuevo juicio oral o que se declare haber nulidad en la sentencia en el extremo que condena a su patrocinado por los delitos de Cohecho Pasivo y Enriquecimiento Ilícito, y reconduciendo los hechos se le condena únicamente por el delito de COHECHO PASIVO IMPROPIO.

1. Fundamenta su pedido de NULIDAD DE LA SENTENCIA, en los siguientes argumentos:

1.1. Que se ha condenado a su patrocinado a través de pruebas obtenidas ilegalmente, las mismas que conforme al numeral 10 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, no tiene efecto legal.

1.2. Que en la sentencia se han incorporado hechos que no han sido materia de acusación fiscal, puesto que ésta sólo

está referida a la supuesta recepción de \$ 60,000 dólares por su patrocinado, sin embargo en la sentencia se ha considerado \$ 57,816 dólares adicionales como parte de su incremento patrimonial.

2. Fundamentos de la ABSOLUCIÓN POR LOS DELITOS DE COHECHO PASIVO PROPIO y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO y condena sólo por COHECHO PASIVO IMPROPIO.

2.1. Sostiene la atipicidad de la conducta imputada, aduciendo que para la configuración de los delitos materia de condena, se requiere de un sujeto activo especial, esto es de un Funcionario o servidor público, que en el caso de su patrocinado no se presenta, toda vez que al momento de sucedidos los hechos (excepto la última entrega de dinero), su patrocinado, si bien había sido elegido congresista de la República, todavía no había juramentado, por lo que no se puede sostener que actuó en cumplimiento de un cargo o función alguna.

2.2. Que para considerar a su patrocinado como sujeto activo de los delitos imputados, se ha aplicado el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que define quién es funcionario o servidor público, considerando dentro de éstos a los funcionarios “elegidos” aunque no haya asumido el cargo, hecho que resultaría un error, toda vez que dicha Convención no constituye una norma autoaplicativa, por lo que para su vigencia concreta requiere de una norma de desarrollo.

2.3. Que existe imposibilidad jurídica para la coexistencia de los delitos de cohecho Pasivo Propio y Enriquecimiento Ilícito, toda vez el delito de Enriquecimiento Ilícito es un tipo penal subsidiario que sólo opera cuando, por deficiencias probatorias, se he determinado un incremento patrimonial sin determinarse la existencia de otro delito.

2.4. Que el hecho incriminado no debe ser considerado como cohecho pasivo propio, sino como cohecho pasivo

impropio, puesto que su patrocinado ha recibido el dinero pero no para realizar una acción en contra de sus funciones, sino para cumplir con sus funciones, como es el hecho de emitir los votos en su calidad de Congresista, lo cual resulta conforme a derecho y configura el delito de cohecho pasivo impropio.

B. DEL PROCURADOR PÚBLICO

1. Solicita que se disponga la restitución del dinero indebidamente recibido, además de la indemnización considerada en la sentencia.
2. Asimismo, que la reparación civil se determine conforme a la gravedad de los hechos y a la capacidad económica del encausado.

II. HECHOS IMPUTADOS

Se imputa al condenado que luego de las elecciones presidenciales llevadas a cabo en el mes de abril del 2000, en la que el ex presidente Fujimori Fujimori, pretendía alcanzar una tercera elección (re elección), a la vez que pretendía alcanzar una mayoría parlamentaria que le permitiera imponer su voluntad, al no haber alcanzado dicha mayoría, procedió a reclutar a los llamados “Congresistas tráfugas”, pagándoles diversas sumas de dinero para que se pasaran a las filas oficialistas y así lograr la mayoría anhelada. En estas circunstancias, con fecha 5 de mayo del 2000, Montesinos Torres, encargado de tal reclutamiento, a través del ofrecimiento y pago de diversas sumas de dinero al procesado Kouri Bumachar lo convenció para pasarse a sus filas, de tal modo que llegado el momento votara con la bancada oficialista. Siendo el caso que, procedió a entregarle diversas sumas de dinero, en entregas de \$ 15.000 en los meses de mayo, junio, julio y agosto (las tres primeras antes de juramentar al cargo y la última cuando ya ejercía la labor de Congresista), habiéndole ofrecido la entrega de \$ 15,000, mensuales durante los 5 años de su período de elección.

Estos hechos han sido tipificados como delito de cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito.

III. DELIMITACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

Estando a lo dispuesto por el artículo 300º del Código de Procedimientos Penales, modificado por el D. Leg. 959, corresponde a este Despacho pronunciarse únicamente respecto a los puntos materia de la impugnación; esto es, a los contenidos en los respectivos recursos de nulidad interpuestos por la defensa del encausado y por el Procurador Público.

Debiendo precisarse, que es necesaria realizar la correspondiente integración de la sentencia impugnada en lo referido a la pena de inhabilitación, lo cual resulta adecuado, atendiendo a que nos referiremos únicamente al fundamento, lo que no implica ninguna reforma en agravio del encausado.

IV. ANALISIS FÁCTICO y JURÍDICO

- A. El supuesto factico, ha quedado debidamente acreditado con los elementos probatorios actuados y glosados en la sentencia, sobre todo con la propia aceptación de los hechos por parte del procesado, el que, si bien, con la finalidad de atenuar su responsabilidad penal ha buscado introducir circunstancias fácticas a su favor, las mismas no revisten verosimilitud alguna, por lo que no merecen análisis en el presente pronunciamiento. En tal sentido, el material probatorio resulta suficiente para acreditar la comisión de los delitos imputados, así como la responsabilidad penal del encausado.

- B. Los cuestionamientos a la sentencia, tanto de la defensa del encausado así como del Procurador Público, están referidos al análisis y conceptos jurídico (teórico - conceptuales e interpretativos)

que se han manejado en la sentencia, tal como se ha glosado líneas antes.

En tal sentido, procedemos a abordar la temática jurídica planteada en la impugnación, en los siguientes términos:

1. RESPECTO A LOS ARGUMENTOS ESBOZADOS POR LA DEFENSA DEL IMPUTADO

1.1. SOBRE LA SOLICITUD DE NULIDAD DE LA SENTENCIA

1.1.1. Respecto al punto referido a que se ha condenado a su patrocinado a través de pruebas obtenidas ilegalmente, las mismas que conforme al numeral 10 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, no tiene efecto legal. Debe precisarse que tal afirmación no resulta conforme a Derecho. En efecto, se ha determinado que los VIDEOS introducidos como material probatorio, no se generaron como prueba prohibida, toda vez que al momento en que se realizó la filmación, el encausado se encontraba en abierta situación de antijuricidad, puesto que se encontraba incurriendo en la comisión de un delito. Por tanto, el Derecho no puede prodigarle protección en estas condiciones porque implicaría amparar su propia negación. En tal sentido, la filmación de las escenas comisivas del delito, no pueden significar afectación de los derechos del impugnante, más aún si fue realizada por uno de los intervinientes en los hechos, sin que el Estado o la Administración de Justicia haya tenido participación alguna.

De otro lado, tampoco el Estado ha intervenido en la publicitación del material filmado, habiéndose valido del mismo, a través de mecanismos lícitos que no vician su incorporación como prueba válida dentro del proceso.

Máxime si se tiene en cuenta que aun cuando se hubiera afectado derechos del imputado (supuesto negado),

realizando una ponderación de los intereses en conflicto, y determinando la gravedad de los hechos y el interés de la colectividad en su conjunto por su conocimiento y procesamiento, este resulta infinitamente superior a la supuesta afectación de derechos del imputado. Por tanto, aplicando la teoría de la ponderación de los derechos en conflicto, se levantaría la prohibición de valorar este elemento probatorio. (Al respecto ver los criterios esbozados por los diversos autores que desarrollan la prueba ilícita).

1.1.2. Respecto a que en la sentencia se han incorporado hechos que no han sido materia de acusación fiscal, es de apreciarse que tal afirmación no corresponde a la realidad, puesto que en el punto 1) de la acusación fiscal, se indica con toda claridad que las entregas de los meses de mayo, junio, julio y agosto, sólo eran parte de las entregas, habiéndose referido a entregas adicionales. En tal sentido, se descarta este argumento del impugnante.

1.2. Fundamentos de la ABSOLUCIÓN POR LOS DELITOS DE COHECHO PASIVO PROPIO y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO y condena sólo por COHECHO PASIVO IMPROPIO.

Al respecto es del caso indicar que ninguna de las argumentaciones del impugnante resulta conforme a derecho, puesto que constituyen afirmaciones que se sustentan únicamente en el criterio de la defensa, pero no en criterios jurídicos aceptados consensualmente por la doctrina y jurisprudencia. En efecto:

1.2.1. Respecto a la supuesta atipicidad de la conducta porque se requiere de un sujeto activo especial, esto es de un Funcionario o servidor público; tal condición ha quedado

establecida debidamente, toda vez que conforme al artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción concordante con el artículo 425º numeral 6) del Código Penal, el imputado es considerado funcionario público, desde el momento que fue elegido, esto es, a partir del 9 de abril del 2000, fecha en que se concretó el sufragio electoral. Debiendo tenerse en cuenta que la convención era y es una norma en vigencia y de jerarquía de Ley, estando al artículo 55º de la Constitución y a la Resolución Legislativa ratificatoria, obrante en autos.

1.2.2. Respecto a que no resulta de aplicación el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que define quién es funcionario o servidor público, considerando dentro de éstos a los funcionarios “elegidos” aunque no haya asumido el cargo; toda vez que no constituye una norma autoaplicativa y requiere de una norma de desarrollo como refiere la defensa; sencillamente este criterio no resulta correcto. Puesto que para determinar si un sujeto activo de un delito es funcionario público, se requiere únicamente recurrir a una norma en actual vigencia. En el presente caso, se ha recurrido al numeral 6) del artículo 425º del CP, el mismo que establece que serán considerados funcionarios los demás sujetos considerados por la Constitución y la Ley, en este caso la Convención tiene el carácter de ley vigente y es útil para determinarlo al imputado como sujeto activo de los delitos imputados. Más aún, no se afecta el principio de legalidad, puesto que sólo se trata de la determinación de un elemento normativo contenido expresamente en un tipo penal (artículos 393º y 401º del Código Penal).

1.2.3. Respecto a la imposibilidad jurídica de que coexistan los delitos de cohecho Pasivo Propio y Enriquecimiento Ilícito, toda vez el delito de Enriquecimiento Ilícito es un tipo

penal subsidiario; es de apreciarse que los hechos configurativos del delito de cohecho pasivo propio son distintos de los configurativos del delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, se produce el cohecho con la recepción del dinero, que asciende a \$ 60,000, y el enriquecimiento ilícito con el incremento adicional por la suma de \$ 57,000, los mismos que no están comprendidos en los 60,000 materia del cohecho, tal como se indica en la pericia contable obrante en autos.

Más aún, la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito, resulta altamente cuestionable, si se tiene en cuenta que la razón político criminal que orientó la tipificación de este delito, es de absoluta necesidad, por ello se ha considerado su criminalización en los propios convenios internacionales y en las constituciones (Como la argentina, colombiana y peruana), y por tanto, no se puede tipificar este delito a través de un tipo subsidiario. Tanto más, si la relación de subsidiariedad implica siempre una norma principal más grave y una subsidiaria menos grave. En el caso del EI, éste es el delito más grave de los delitos contra la Administración Pública, y por tanto no se puede sostener que es subsidiario de un delito menos grave. Sostener la Subsidiariedad, implicaría generar una totalidad impunidad, puesto que siempre vamos a tener que el patrimonio con el cual se incrementa el del imputado, proviene de otro delito. Así por ejemplo en Colombia que se sostiene expresamente la subsidiariedad, el EI no se viene aplicando, tal como lo señalan los autores colombianos, especialmente MOLINA ARRUBLA, quien critica la supuesta subsidiariedad como una patente de corso de la impunidad.

En tal sentido tampoco resulta adecuado sostener la subsidiariedad en el presente caso.

1.2.4. Respecto a que los hechos deben considerarse como cohecho pasivo impropio, porque recibió el dinero para realizar una acción que significaba el cumplimiento de sus funciones, es de apreciarse que no resulta cierto puesto que sus funciones legales era votar conforme a su conciencia y en representación de sus electores, en cambio el imputado torciendo esta voluntad e incumpliendo sus funciones, votaba conforme a los intereses ilícitos del régimen de gobierno, habiendo sido éste su compromiso ilícito al que se comprometió al recibir el dinero.

3. RESPECTO A LOS ARGUMENTOS ESBOZADOS POR EL PROCURADOR PÚBLICO

3.1. En cuanto solicita que se disponga la restitución del dinero indebidamente recibido, es de apreciarse que en la sentencia no se ha hecho una discriminación del monto de la restitución y del monto de indemnización, por lo que estando al contenido de la sentencia y al monto determinado como reparación civil, se puede concluir que, tanto el monto de restitución así como el de indemnización, están contenidos en el monto señalado, en tal sentido no resulta atendible este argumento de la perte civil.

3.2. Asimismo, respecto a que la reparación se determina conforme a la gravedad de los hechos y a la capacidad económica del encausado, estos no son argumentos ciertos, toda vez que la reparación civil se determina tomando en consideración el daño causado independientemente de la capacidad económica del imputado.

En consecuencia, tampoco resultan atendibles los argumentos esbozados por el Procurador Público en su respectivo recurso.

4. CRITERIOS PARA LA INTEGRACIÓN DE LA SENTENCIA.

Finalmente, en vía de integración, debe corregirse lo señalado en la sentencia, en cuanto refiere que no se impone la pena de INHABILITACIÓN al imputado porque supuestamente se ha producido la SUSTRACIÓN DE LA MATERIA al haberle impuesto el Congreso, 10 años de inhabilitación. Este argumento obviamente no resulta conforme a derecho, toda vez que la sanción administrativa impuesta por el Congreso, no configura ni sustituye a la pena, la misma que tiene función y naturaleza distinta de la sanción administrativa. Sin embargo, se puede advertir que con la imposición de la sanción administrativa, se impide el ejercicio de la función así como otras que se le pudiera asignar al imputado, con lo cual se logra una finalidad preventiva que hace innecesaria la imposición de la sanción penal; sin embargo, ello no implica que se haya producido la sustracción de la materia como erradamente se sostiene en la sentencia.

En tal sentido, debe integrarse la sentencia en esta extremo.

V. PRONUNCIAMIENTO FISCAL

Por estas consideraciones, este Despacho es de la OPINIÓN que la Sala de su Presidencia declare NO HABER NULIDAD en la sentencia impugnada; debiendo INTEGRÁRSELA en el extremo del fundamento con el que se deniega la imposición de la pena de INHABILITACIÓN, tal como se ha indicado en el presente.

Lima 20 de diciembre del 2009.