

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública, ¿es idónea y necesaria?

*Javier A. Aguirre Chumbimuni**

*Juana L. Moscoso Callo***

Sumario: I. Introducción. II. La prescripción de la acción penal y su regulación en el Perú. III. La reforma constitucional: imprescriptibilidad. IV. Consideraciones finales***.

Resumen: en el presente artículo hacemos un estudio de la idoneidad y necesidad de aplicar la imprescriptibilidad a los delitos contra la administración pública (corrupción), medida adoptada en nuestro país mediante reforma constitucional hace casi siete años. En un primer momento ubicamos el contexto sociopolítico en que se produjo la reforma, para luego estudiar la regulación de la prescripción en nuestra legislación, tanto en el ámbito constitucional, en el Código Penal, así como vía Acuerdos Plenarios. Seguidamente, abordamos la reforma constitucional analizando la imprescriptibilidad a la luz del principio de proporcionalidad y los subprincipios de idoneidad y necesidad; para tal fin hemos verificado los efectos de su aplicación desde la experiencia real expuesta por el director ejecutivo de la Cámara Peruana de la Construcción.

Abstract: In this article we make a study on the suitability and need to apply the imprescriptibility to crimes against the public administration (corruption), a measure adopted in our country through constitutional reform almost seven years ago. First, we locate the socio-political context in which

* Magister en litigación oral por la California Western School of Law - EE.UU.; abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Director Ejecutivo del Centro de Investigaciones Adversativas Procesales Penales (CIAPPP); Socio principal del Estudio Aguirre, Penalistas Empresariales jach@eaguirreabogados.com.

** Magister en Criminología por la Universidad de Hamburgo-Alemania y especialización en delitos Socioeconómicos por la Universidad Autónoma de Barcelona, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, secretaria técnica de las comisiones de Fiscalización y Contraloría, Ética y Levantamiento de Inmunidades y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República del Perú, juanamoscoco@hotmail.com.

*** Con la colaboración en la revisión y edición de María Jesús Carrasco Matuda exjueza de la Corte Superior de Justicia de Lima, Magister en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y docente de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Científica del sur, Perú.

the reform took place, and then we study the regulation of the statute of limitations in our legislation, both at the constitutional level, in the Penal Code and via Plenary Agreements; Next, we address the constitutional reform by analyzing the imprescriptibility in the light of the principle of proportionality and the sub-principles of suitability and necessity; for this purpose we have verified the effects of its application from the real experience presented by the executive director of the Peruvian Chamber of Construction.

Palabras clave: Administración Pública, prescripción, imprescriptibilidad, proporcionalidad, idoneidad, necesidad.

Keywords: Public Administration, prescription, imprescriptibility, proportionality, suitability, necessity.

I. INTRODUCCIÓN

El 13 de marzo de 2024, en Lima, Perú se realizó un evento denominado “Desayuno de Construcción”, promovido por la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú (FTCCP), junto con la Cámara Peruana de la Construcción (Capeco) y el Fondo de Trabajadores de Construcción (CONA), en el cual participé gracias a una cordial invitación de las mencionadas organizaciones.

Los desayunos de construcción se han llevado a cabo con éxito en varias regiones del país, consolidándose como un espacio clave para el diálogo, la conciliación y la generación de propuestas acerca de temas de importancia nacional.

En esa ocasión, el tema tratado fue “La Judicialización de la Política” y contó con la participación de personalidades de los ámbitos político, empresarial y académico, así como expertos en gestión pública y líderes regionales y nacionales.

Se abordaron varios aspectos de dicho tema, que propiciaron un intercambio fructífero de ideas y perspectivas entre los asistentes; no obstante, hubo una participación que me llamó la atención y la reflexión, y fue la del ingeniero Guido Valdivia Rodríguez, director ejecutivo de Capeco, quien expuso su preocupación respecto a la ley de imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

Desde su perspectiva, el ingeniero Valdivia expuso que esta medida desanima la participación de empresas de construcción serias en las licitaciones públicas debido al alto riesgo que significa una persecución penal de por vida, con la probabilidad de no ser correctamente investigado y juzgado. Además de usarse, en algunos casos, la investigación y acusación fiscal como un instrumento de venganza política.

Asimismo, detalló que, en el caso de aquellas empresas que decidieran asumir tal riesgo, lo que harían es sobrevalorar los proyectos, al transferirle los costos de tal amenaza.

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública...

Agregó que, en su opinión, era suficiente con la duplicidad del plazo de prescripción, como ya estaba legislado para los delitos de corrupción y la posibilidad de sanciones administrativas si se tiene en cuenta que el Derecho Penal es última ratio.

Por ello, considera que teniendo en cuenta la complejidad de los casos “la duplicidad de plazo en los procesos, son suficientes”.¹

Ciertamente, el 20 de agosto del 2017, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley N° 30650 —Ley de Reforma del artículo 41 de la Constitución Política del Perú de 1993 (Constitución 1993)—, mediante la cual se adicionó a la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal en caso de los delitos cometidos contra la administración pública o el patrimonio del Estado (vigente hasta entonces), la imprescriptibilidad de la acción penal “en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad”.

Para comprender mejor el porqué de esta reforma, es necesario situarnos en el contexto sociopolítico existente al momento de su origen. Así, es necesario considerar que una vez concluido el gobierno del expresidente Fujimori en el año 2000, tanto en la sociedad como en el ámbito político del país, surgió un discurso anticorrupción —que se expresó mediante la creación de diferentes instituciones— como la Iniciativa Nacional Anticorrupción, creada por el Ministerio de Justicia, la Oficina Nacional Anticorrupción y la coalición Contra la Corrupción.

En el Congreso de la República, conforme reseñan Gamarra y Pérez, “[...] entre los años 2001 y parte del 2008 se presentaron 39 proyectos sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción [...]”.² También señalan que, de éstos, 23 valoraron modificar el texto original del artículo 41° de la Constitución 1993 y que la mayoría de las propuestas consideraban la imprescriptibilidad de los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, mientras que en algunos casos se añade el delito de enriquecimiento ilícito.³

En el Periodo Parlamentario 2011-2016 se presentaron cinco proyectos de ley, cuatro de ellos procedentes de la bancada de gobierno, proponían la modificación del artículo 41 de la Constitución 1993 para incorporar la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Pese a lo señalado, durante el gobierno del expresidente García Pérez —de 2006 a 2011— se conoció la irregular adjudicación de cinco lotes petroleros a la empresa

¹ Lo vertido en los párrafos precedentes corresponde a un resumen de una entrevista realizada al ingeniero Guido Valdivia Rodríguez el 10 de junio de 2024. La entrevista completa disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=SwF8L2AHIPY> y <https://www.youtube.com/watch?v=M1buk7Shue0>

² Gamarra, R. y Pérez, J. (s. f.). La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, (p. 14). Consultado el 8 de julio de 2024 en [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4FF7F25F90AD8E2405257AF400601D26/\\$FILE/La_impres_Ronald.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4FF7F25F90AD8E2405257AF400601D26/$FILE/La_impres_Ronald.pdf)

³ Cfr. Gamarra y Pérez, p. 17.

Disco ver Petroleum Internacional y actos de corrupción cometidos en organismos estatales como Cofopri y EsSalud, mientras que en el periodo 2011 a 2016 (del expresidente Ollanta Humala Tasso), se involucró al gobierno con presuntos actos de corrupción en la adjudicación del Gasoducto Sur Peruano a la empresa brasileña Odebrecht.

Posteriormente, durante el mandato del expresidente Pedro Pablo Kuczynski Gortázar —de 2016 a 2017— se reveló que éste, durante los años 2001 a 2006, cuando era ministro de Economía y Finanzas, así como presidente del Consejo de Ministros, habría participado en presuntos actos de corrupción en la concesión de la construcción de la Carretera Interoceánica a favor de la empresa Odebrecht.

Por otro lado, en medio de relaciones tensas con el Congreso de la República se le cuestionó por el favorecimiento a personajes allegados a él en la concesión del Aeropuerto Internacional del Cusco.

En este contexto del destape del caso Odebrecht que involucraba a los expresidentes y era objeto de investigación por el Congreso de la República,⁴ las tensas relaciones con la mayoría parlamentaria que no aceptaba la derrota en las elecciones presidenciales y el discurso político de los diversos partidos de «luchar contra la corrupción», se produce la reforma del artículo 41 de la Constitución 1993, que fue propuesta por tres bancadas congresales entre las que se incluyó la que representaba al gobierno y la posterior acumulación de dos propuestas, entre la que se encontraba la del Poder Ejecutivo.

Con este escenario, el análisis del tema supone, en primer lugar, abordar el estudio de la prescripción de la acción penal en el ordenamiento jurídico peruano para luego continuar con la imprescriptibilidad de esta.

II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ

La potestad sancionadora del Estado tiene límites, uno de estos es el temporal, que es denominado, prescripción.

Desde el ámbito conceptual se considera que:

⁴ El congreso de la República del Perú creó el 10 de noviembre de 2016 una comisión con el objetivo de investigar “los presuntos sobornos, coimas y dádivas que hubieran recibido funcionarios y servidores públicos de los diferentes niveles de gobierno, en relación con las concesiones, obras y proyectos que hayan sido adjudicados a las empresas brasileñas Odebrecht, Camargo Correa, OAS, Andrade Gutiérrez, Queiroz Galvao y otras, desde el inicio de sus actividades hasta la fecha, por cualquier forma de contratación con el Estado peruano”. Una vez creada, la Comisión se instaló e inicio sus actividades el 4 de enero de 2017. Disponible en: <https://plataformaanticorruption.pe/wp-content/uploads/2018/11/Informe-Final-Comisio%CC%81n-Lava-Jato-Legis.pdf>

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública...

[l]a prescripción de la acción penal delimita en el tiempo la obligación que tiene el Estado para investigar, perseguir, juzgar y sancionar un hecho penalmente relevante. Si transcurrido el plazo, previamente determinado por el legislador, el Estado no ha hecho efectivo el *ius puniendi*, se elimina toda incertidumbre jurídica y se abandona la sanción penal, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica.⁵

Son diversas las razones que se señalan como fundamento de la prescripción, pero como refiere Meini “la razón última de la prescripción tiene que ver con cuestiones políticas (necesidad de pena) y no con valoraciones jurídicas propiamente dichas (merecimiento de pena)”.⁶ Por lo cual, señala que “una cabal comprensión de lo que implica la prescripción de la acción penal tiene entonces que tener en cuenta que, si se extingue la obligación estatal de perseguir, se extingue también el derecho de la sociedad a que se persiga”.⁷

En resumen, como señala Meini, “la prescripción de la acción penal extingue la obligación estatal de perseguir un hecho penalmente relevante, de pronunciarse sobre él y, en su caso, de imponerle la sanción correspondiente. Encuentra su razón de ser en consideraciones político-criminales y sus consecuencias se plasman en el proceso penal”.⁸

A. La prescripción en la Constitución 1993

La prescripción de la acción penal se encuentra regulada tanto en el último párrafo del artículo 41, como en el artículo 139°, inciso 13, de la Constitución, en los términos siguientes:

“Artículo 41°. Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

⁵ Loza, G. (s. f.). La propuesta legislativa de imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios, (p. 2). Consultado el 9 de julio de 2024 en <https://www.detrasdelacortina.com.pe/images/download/ImprescriptibilidadDelitosCorrucion.pdf>

⁶ Meini, I. (s. f.). Sobre la prescripción de la acción penal. (p. 74). *Revista Foro Jurídico* (9) [Versión en línea]. Consultado el 9 de julio de 2024 en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18517/18757>

⁷ *Ibid.*, p.76.

⁸ *Loc. cit.*

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”⁹.

“Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen efectos de cosa juzgada”.¹⁰

Para el tema materia de análisis resulta pertinente considerar lo siguiente:

Primero: el plazo de las inhabilitaciones se fija enteramente por ley, mientras que el plazo de prescripción de la acción penal solo para el caso de los delitos cometidos contra la administración pública o el patrimonio del Estado se regulan en la Constitución.

Segundo: la reforma constitucional no ha precisado la redacción del texto derogado en cuanto a qué delitos se refiere la disposición sobre prescripción: a los delitos cometidos contra la administración pública; esto es, a todos los legislados en Título XVIII del Código Penal o a los incluidos dentro de este título, pero solo los que afectan el patrimonio estatal.

En la práctica rige para todos los delitos cometidos contra la administración pública, aun cuando el artículo 80 del Código Penal vigente se refiere solo a los que afectan el patrimonio estatal.

Tercero: la extensión a los particulares de la duplicidad del plazo de prescripción, en contraposición a lo señalado por el Poder Judicial en el Acuerdo Plenario N°. 02-2011/CJ-116 (06.11.2011) es una novedad. Al respecto, considero que si bien podría parecer que en el contexto del momento resultaba aceptable una disposición de este tipo, es necesario señalar: “...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”.¹¹

Por otra parte, esta modificación, implicaría la necesidad de revisar los marcos penales aplicables a los *extraneus* en el ordenamiento jurídico peruano, considerando su diferente condición y la inexistencia del deber jurídico que sí tiene el funcionario público.

⁹ Ley No 30650, de 26 de agosto de 2017. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú.

¹⁰ Constitución Política del Perú, en <https://www.congreso.gob.pe/constitucionyreglamento/>

¹¹ Los delitos de corrupción pública más graves: una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú. (2023, junio). *Revista Oficial del Poder Judicial*. Consultado el 8 de julio de 2024 en <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/696/1011>

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública...

Cuarto: de acuerdo con la redacción del texto modificado se hace necesario precisar si la imprescriptibilidad alcanza a los *extraneus*. Los partidarios de dicho alcance señalan que “[e]s 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 aun cuando el motivo de la incorporación de dicha medida es luchar contra las conductas (tanto de los funcionarios como de los particulares) más graves [...]”.¹²

Esto es, se entiende que, si el *extraneus* es pasible de la duplicación del plazo por intervenir en un delito contra la administración pública considerado no grave, también se le tendría que aplicar la imprescriptibilidad si participa en un delito grave.

Es más, sobre la exclusión de la imprescriptibilidad del *extraneus* se sostiene: “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”.¹³

Considerando algunas de las opiniones remitidas a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, encargada de dictaminar la propuesta de reforma constitucional, se restringe la imprescriptibilidad a los “supuestos más graves”.

Con ello quedaron pendientes dos preguntas: ¿a qué delitos alcanzará la imprescriptibilidad? y dentro de éstos ¿se referirá a toda la figura o a determinadas modalidades?

Quinto: se señala que los delitos graves se determinan “conforme al principio de legalidad”, en lugar de indicar que se determinan por ley de desarrollo constitucional, que es lo usual y más recomendable. Cabe precisar que desde la perspectiva legal penal no se advierte alguna referencia ni en el código penal ni en leyes especiales con esta denominación. Así esta expresión y la precedente —supuestos más graves— resultan en contra del principio de legalidad.

Sobre los riesgos que crea la modificación constitucional se señala: “La invitación que esta norma constitucional hace al juzgador para evaluar cada caso y juzgarlo como grave o no, nos expone a un proceso penal parcializado, ya que no existe fundamento objetivo que califique qué conducta se puede considerar grave”.¹⁴

¹² *Loc. cit.*

¹³ *Loc. cit.*

¹⁴ Fernández, K. citado por D. Rodríguez (2019). *Inidoneidad de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca. Recuperado el 15 de junio de 2024 en

Sexto: considerando que de acuerdo con el numeral 13 del artículo 139 de la Constitución 1993 la prescripción tiene efecto de cosa juzgada, se evidencia que en nuestro ordenamiento jurídico la prescripción de la acción penal extingue la responsabilidad penal, así lo reconoce el Tribunal Constitucional:

El fundamento constitucional de la prescripción se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41°, como en el artículo 139°, inciso 13, de la Constitución. El primero prevé que “el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”; el segundo, que “la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”. Bajo el canon interpretativo de estas dos disposiciones constitucionales alusivas a la prescripción, se puede señalar que, en general, la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de esta. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado.¹⁵

Es más, el mencionado tribunal ha ido más allá señalando que: “[...] la prescripción de la acción penal es una institución a través de la cual, el legislador concretiza, dentro del marco de lo constitucionalmente posible, ciertos valores de rango constitucional, como la seguridad jurídica (Cfr. STC 0016-2002-PI, FF. JJ. 2 - 4), el derecho a la resocialización del individuo culpable y el derecho a no ser perseguido penalmente más allá de un plazo razonable”.¹⁶ Valores a considerar al momento de legislar, toda vez que el derecho penal no escapa a la constitucionalización del derecho, propio del Estado constitucional de derecho.

B) La prescripción en el Código Penal

En el Código Penal peruano la prescripción está regulada en diversos artículos y con plazos diferentes, existiendo una distinción sistemática y funcional en dos clases

https://www.google.com/search?q=Inidoneidad+de+la+Imprescriptibilidad+de+los+Delitos+de+Corrupci%C3%B3n+de+Funcionarios+como+Fundamento+Principal+para+Evitar+la+Impunidad%2C+a+prop%C3%B3sito+de+la+Reforma+Constitucional+del+Art%C3%ADculo+41+oq=Inidoneidad+de+la+Imprescriptibilidad+de+los+Delitos+de+Corrupci%C3%B3n+de+Funcionarios+como+Fundamento+Principal+para+Evitar+la+Impunidad%2C+a+prop%C3%B3sito+de+la+Reforma+Constitucional+del+Art%C3%ADculo+41&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIGCAEQRRg8MgYIAhBFGD3SAQgzNDczajBqN6gCALACAA&sourceid=chrome&ie=UTF-8

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el Expediente 07451-2005-HC, de fecha 17 de octubre de 2005, f. 4.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el Expediente 0024-2010-PI/TC f. 57.

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública...

de plazos de prescripción de la acción penal: el plazo ordinario, regulado en el artículo 80°, y el extraordinario, regulado en la parte final del artículo 83°.

El **plazo común u ordinario** (artículo 80°) establece que

“la prescripción de la acción penal opera cuando transcurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, si es privativa de libertad”,¹⁷ con un límite de 20 años y en el caso de delitos sancionados con cadena perpetua, el plazo de prescripción es de 30 años.¹⁸ En caso de concurso real de delitos se computará para cada delito su propio plazo de prescripción, mientras que en el caso de concurso ideal de delitos la prescripción se computará a partir del plazo correspondiente al delito sancionado con la pena mayor.¹⁹

En el **plazo extraordinario** se aplica la siguiente regla: “[...] la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”.²⁰ Se aplica para las causales de **interrupción** de la prescripción que se producen por las actuaciones del Ministerio Público o del Poder Judicial o por la comisión de un nuevo delito doloso y suponen dejar sin efecto el tiempo transcurrido, comenzando a correr un nuevo plazo.

Existen **excepciones** a esta regla general, en el propio artículo 80°.

Así, “en los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años”.

Por otra parte, para “delitos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, cometidos por funcionarios o servidores públicos o cometidos como integrante de organizaciones criminales”, se establece un plazo excepcional: la duplicidad del plazo ordinario.²¹ Esta duplicidad fue incorporada al texto original del Código Penal mediante la Ley N°. 26314, de 28 de mayo de 1994, y ampliada por “Ley N° 30077 del 20 de agosto del 2013, Ley contra el crimen organizado” (modificada por el Decreto Legislativo 1607 del 21 de diciembre de 2023) prevista en la Primera Disposición Complementaria Modificatoria para los delitos cometidos “como integrantes de organizaciones criminales”.²²

¹⁷ Pasión por el Derecho [en línea]. Recuperado el 15 de junio de 2024 de <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

¹⁸ Confr. Pasión por el Derecho [en línea]. Recuperado el 15 de junio de 2024 de <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*. Estos delitos están tipificados en el Capítulo II Delitos cometidos por funcionarios públicos, Título XVIII, del Libro Segundo del CP.

²² Ley No. 30077 Ley Contra el Crimen Organizado Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 20 de agosto de 2013. PRIMERA. Modificación de los artículos 80, 152 [...].

“Artículo 80. Plazos de prescripción de la acción penal [...] 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”.

Finalmente, la duplicidad también rige para los delitos de omisión de asistencia familiar.²³

La modificación del artículo 80° del Código Penal, por la Ley 26314 es influenciada por la inclusión de la duplicidad del plazo en el artículo 41 de la Constitución 1993, reseñada en el apartado A).

Con la modificación de este artículo introducida por la Ley N° 30077 (a su vez modificada por el Decreto legislativo 1607) consideramos, como señala Jiménez, “que pierde relevancia la calidad del sujeto activo que comete el delito”,²⁴ toda vez que la inclusión de la expresión organización criminal implica que también pueden ser agentes los particulares. Asimismo, esta ley amplía el catálogo de delitos contra la administración pública a los cuales se les duplica el plazo de prescripción de la acción penal, porque el numeral 17 de su artículo 3°, no solo considera la aplicación de la ley de los delitos contra el patrimonio del Estado, sino otros, como la concusión, cohecho, tráfico de influencias.²⁵

Respecto a la **suspensión** de la prescripción, es de observar que el Código Penal no indica puntualmente los supuestos en los que opera la suspensión de la prescripción; toda vez que el artículo 84° señala que: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción. [...]”²⁶

La suspensión de prescripción se puede producir por causas como la cuestión prejudicial, la acusación constitucional, la prerrogativa del antejuicio y el proceso de extradición.²⁷

En consecuencia, de lo señalado en los apartados A y B se evidencia que la persecución penal para los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos tiene dos variantes: a) la de un plazo especial —duplicidad del plazo— y b) la imprescriptibilidad.

²³ *Idem.*

²⁴ Jiménez, Hugo. (2022, febrero). El *extraneus* frente a la duplicidad del plazo de prescripción de la acción penal en los delitos cometidos por funcionarios públicos. *Actualidad Penal*, (92).

²⁵ “Artículo 3 Delitos comprendidos

La presente Ley es aplicable a los siguientes delitos:

1. [...]

[...]

17. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.

²⁶ Pasión por el Derecho [en línea]. Recuperado el 15 de junio de 2024 de <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

²⁷ Cfr. Peña, F. y Alonso, R. (2019). *Manual de Derecho Procesal Penal* (p. 201). (5ª. Ed.). Lima: Idemsa.

C) La Prescripción según los Acuerdos Plenarios

En el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre de 2010²⁸ los jueces penales supremos decidieron abordar el tema Prescripción: *sus problemas actuales*.

En el fundamento 6, del apartado *Aspectos Generales*, definieron la prescripción y su naturaleza jurídica:

la prescripción como está regulada en el artículo 86 del Código Penal, es una frontera de **Derecho Penal material** que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, ya que si fuese así, **se vería transgredido y vulnerado el derecho fundamental a que un proceso debe definirse y solucionarse, a partir de una decisión final**, misma que se manifiesta en una sentencia firme y consentida con calidad de cosa juzgada, en un plazo razonable.²⁹ [*El resaltado es nuestro.*]

Este fundamento ratifica el fundamento del Acuerdo Plenario 8-2009 del 13 de noviembre de 2009, acerca del carácter material de la naturaleza jurídica de la prescripción.

Así, pese a que pueden existir diferentes posiciones entorno a la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal, la jurisprudencia peruana adscribe a la tesis material; esto es, a la necesidad de la pena. En consecuencia, “rige como criterio de interpretación de la ley el criterio de la favorabilidad, así como la prohibición expresa de una aplicación retroactiva en perjuicio del ciudadano sometido a la persecución”.³⁰

En el fundamento 9, del apartado *Planteamiento de Problemas* a solucionar por parte del acuerdo 01-2010/CJ-116, se señala que uno de estos es: “Determinar los alcances del último párrafo del artículo 80 del Código Penal: la dúplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado”.

Y el fundamento 15 del mismo Acuerdo Plenario, señala criterios para determinar la duplicidad del plazo de prescripción:

Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento, exige el concurso de tres presupuestos concretos: 1) Que exista una relación funcional entre el agente infractor

²⁸ Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre del 2010.

²⁹ Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre del 2010. el subrayado es nuestro.

³⁰ Jiménez, *op. cit.*, p. 83.

especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado. 2) el vínculo implica que el infractor ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos. 3) Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa, y, por tanto, es posible a que través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor público que originalmente por su nivel o facultades específicas no poseía.³¹

En consecuencia, en virtud de este acuerdo, la aplicación de la duplicidad del plazo en el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos quedó restringida para los sujetos calificados que tenían un **vínculo directo con el patrimonio público sobre la base del deber que ostentan**: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito.

En el Acuerdo Plenario N°. 02-2011/CJ-116³² se planteó como uno de los temas de análisis la participación del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Es de considerar previamente que en nuestra jurisprudencia domina uniformemente la tesis de la unidad de título de imputación, en virtud de la cual el *extraneus* no constituye una categoría autónoma de coejecución del delito.

Resulta relevante para el tema materia de este artículo los siguientes fundamentos expuestos en este acuerdo:

16. [...] es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen los funcionarios y servidores públicos por el poder que ostentan.

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*.

[...]

³¹ Íbid. Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116.

³² Acuerdo Plenario N°. 02-2011/CJ-116, de fecha 6 de diciembre de 2011.

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública...

18. En suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor —dentro de los comprendidos en el Capítulo II (delitos cometidos por funcionarios públicos), Título XVIII, del Libro Segundo del CP, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la dúplica del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que legalmente solo corresponde al autor.

No obstante, la reforma constitucional del artículo 41 Constitución 1993, implica la ruptura con este criterio judicial, toda vez que en virtud de dicha reforma a los particulares (*extraneus*) se les aplica la duplicidad del plazo.

Los acuerdos que a continuación se mencionan precisan las reglas de prescripción.

En el Acuerdo Plenario N°. 9-2007/CJ-116 del 16 de noviembre de 2007, referido al plazo ordinario de los delitos sancionados con pena privativa de libertad, las Salas Penales de la Corte Suprema precisaron en su fundamento 10 que:

cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.³³

Este acuerdo no hace más que evidenciar que en nuestra tradición jurídica aun en los delitos con marcos penales más altos que los delitos cometidos por funcionarios públicos, no se estableció la imprescriptibilidad, sino que se optó por poner un límite temporal al ejercicio del poder punitivo del Estado.

En el Acuerdo Plenario N°. 6-2007/CJ-116, las Salas Penales de la Corte Suprema han establecido en el fundamento jurídico 6, que la suspensión de la prescripción exige dos presupuestos:

i) que prexista o surja ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado; y ii) que la decisión que incida sobre la iniciación o continuación del proceso se realice en otro procedimiento, obviamente distinto del que se ve impedido de continuar o del que, por lo anterior, no pueda instaurarse.³⁴

De lo señalado hasta aquí, se concluye, en primer lugar, que la regla general en nuestro sistema penal, hasta antes de la reforma del artículo 41 de la Constitución 1993 durante el año 2017 fue que, la persecución penal no podía ser *ad infinitum*

³³ Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116, de fecha 16 de noviembre de 2007.

³⁴ Acuerdo Plenario N°. 6-2007/CJ-116, de fecha 16 de noviembre de 2007.

(a excepción de los crímenes de guerra y lesa humanidad), sino que tenía límites temporales; en segundo lugar, que actualmente la duplicidad del plazo de prescripción ya no está limitada a los sujetos cualificados que ostentan un vínculo directo de percepción, administración o custodia del patrimonio del Estado, sino que se ha extendido a los *extraneus*.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL: IMPRESCRIPTIBILIDAD

En este apartado analizaremos la pertinencia de la reforma constitucional en lo referido a la decisión de introducir la imprescriptibilidad para los delitos contra la administración pública. Antes de abordar ese tema nos referiremos a algunos aspectos que subyacen o están vinculados al análisis que desarrollaremos.

a) En primer término, es necesario señalar cuáles fueron los argumentos que sustentaron los proyectos de ley que dieron origen a la reforma del párrafo final del artículo 41° de la Constitución 1993 y que fueron materia del dictamen conjunto aprobado por las Comisiones de Constitución del Congreso de la República, que fue sustentado en el Pleno del Congreso y aprobado con un texto sustitutorio:

[...] Siendo **la corrupción uno de los problemas más graves que enfrenta el país**, debe ser combatido teniendo como punto de partida la eliminación los plazos de prescripción [...]³⁵ [*El resaltado es nuestro*]

La incorporación de la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos en algunos países de la región.³⁶

Las escandalosas sumas de dinero que pierde el Estado producto de la corrupción llegando al crimen organizado y enquistamiento de la misma en las altas esferas del gobierno.³⁷

La prescripción ha facilitado a los procesados que cometieron delitos en calidad de funcionarios públicos su permanencia o peor aún su reingreso en la administración pública.³⁸

La demanda ciudadana y la lesividad de la corrupción al correcto funcionamiento del Estado y a distintos bienes jurídicos hacen necesario reducir los campos de vulnerabilidad de los infractores de la ley penal, como es la prescripción.³⁹

La corrupción repercute en el logro de los objetivos políticos y esto compromete la imagen de los gobernantes y de las instituciones públicas.⁴⁰

³⁵ Proyecto de Ley 116/2016-CR Congreso de la República, Lima, Perú, 23 de agosto de 2016.

³⁶ Cfr. Proyecto de Ley 116/2016-CR

³⁷ *Idem*.

³⁸ Cfr. Proyecto de Ley 121/2016-CR Congreso de la República, Lima, Perú 24 de agosto de 2016.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Idem*.

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública...

La corrupción es un grave problema que ataca a dos soportes de un Estado Democrático, el desarrollo y la gobernabilidad y que trae consigo graves consecuencias económicas.⁴¹

El fracaso de las iniciativas gubernamentales del gobierno anterior como la Oficina Nacional Anticorrupción y el Plan Nacional Anticorrupción.⁴²

Como se puede apreciar, en las iniciativas legislativas no se considera la insuficiencia del plazo de prescripción o la cantidad de casos de corrupción prescritos que fundamenten la medida, los argumentos están dirigidos solo a señalar la lesividad de la corrupción.

Es el Proyecto de Ley 467/2026-PE, presentado por el Poder Ejecutivo (que no fue materia del dictamen emitido por las comisiones congresales mencionadas, sino que fue acumulado después de aprobado este), el que incorpora algunas cifras relativas a los delitos contra la Administración Pública.

Este proyecto refiere que la corrupción es considerada por la población en el año 2015 —Novena Encuesta Nacional de Corrupción—, como el segundo problema más grave, y que pese a que la corrupción se había incrementado durante los últimos 5 años —fuente Proética 2015 —, en el año 2013 las condenas por delitos de corrupción alcanzaban solo tres por ciento de la totalidad de condenas que registra el Poder Judicial (fuente Comisión de Alto Nivel Anticorrupción-can), dentro de las cuales los delitos de peculado y colusión lideraban los casos registrados (fuente can). Señala también que la preminencia de estos delitos coincide con las denuncias registradas por la Procuraduría Anticorrupción entre noviembre 2012 y mayo 2013, y que a junio de 2015 del total de población penitenciaria los internos por delitos de corrupción son 174.⁴³

Como se puede apreciar, no existe información acerca del papel de la prescripción respecto a tres por ciento de condenas por delitos de corrupción pudiendo deberse a diferentes causas.

b) Un segundo aspecto a considerar es el Estado de Derecho y la seguridad jurídica

Desde el punto de vista formal, un elemento del Estado de Derecho es la seguridad jurídica, una de cuyas concreciones y que atañe al tema materia de análisis es el principio de legalidad, reconocido en nuestra Constitución 1993 en el literal d) del numeral 24 del artículo 2, que por una parte implica que nadie debe ser castigado sin ley previa a la comisión del delito, pero por otra parte excluye la posibilidad de la

⁴¹ Cfr. Proyecto de Ley 127/2016-CR Congreso de la República del Perú, Lima, Perú, 24 de agosto de 2016.

⁴² *Idem*.

⁴³ Cfr. Proyecto de Ley 467/2026-PE Congreso de la República del Perú, Lima, Perú, 24 de agosto de 2016. pp. 8-10.

aplicación retroactiva de la ley, salvo que sea benigna. Esto significa expresamente que la imprescriptibilidad introducida en el artículo 41 *in fine* de la Constitución no debe implicar su aplicación retroactiva.

El principio de legalidad obliga a una determinación lo más exacta posible de los presupuestos de intromisión penal, que en el caso del artículo 41° de la Constitución 1993 no se cumple, porque como hemos señalado, ni se determinan los delitos graves que serían imprescriptibles, ni se ofrece un criterio para su determinación,⁴⁴ en tanto que la referencia al “principio de legalidad” no tiene un contenido lógico, porque no puede referirse a la observación del marco penal en abstracto, porque entonces como dice Vilchez “[e]llo llevaría a plantear que todos los delitos contra la Administración pública serían imprescriptibles”,⁴⁵ cuando precisamente se señala como imprescriptibles solo los más graves.

La prescripción, al establecer un plazo específico para el ejercicio del poder punitivo del Estado, no solo hace previsible el ordenamiento jurídico, sino también salvaguarda el derecho del ciudadano a tener certeza de hasta qué momento puede ser investigado y juzgado.

Nuestro Tribunal Constitucional es claro al resaltar la importancia del principio de seguridad jurídica y su sustento constitucional al señalar “que forma parte substancial del Estado constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas, (en especial las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico, y que consolida la interdicción de la arbitrariedad”.⁴⁶ El principio de seguridad jurídica “es susceptible de alegarse como afectado a efectos de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma”.⁴⁷

Desde una perspectiva objetiva consideramos que el texto que introduce la imprescriptibilidad afecta la seguridad jurídica, porque no sería predecible la sentencia del Poder Judicial y vulnera el principio de legalidad al existir indeterminación de los delitos sobre los que recaería.

Desde una perspectiva subjetiva, por un lado, el funcionario público o el particular no tienen certeza sobre si les es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción o la imprescriptibilidad y, por otro, la imprescriptibilidad, al dejar suspendida la amenaza de la pena indefinidamente, no permite la realización de su derecho a la definición del proceso en un plazo razonable.

⁴⁴ Dejamos de lado las otras manifestaciones del principio de legalidad: reserva de ley (*lex scripta*) y prohibición de analogía (*lex stricta*), por no tener vinculación directa con nuestro tema de análisis.

⁴⁵ Vilchez, *op. cit.*

⁴⁶ Expediente 0016-2002-AI/TC, de fecha 30 de abril de 2003.

⁴⁷ *Loc. cit.*

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública...

c) Un tercer aspecto está referido a la obligación del Estado de «luchar contra la corrupción»

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue ratificada por Perú el 11 de junio de 1997 y con fecha 16 de noviembre de 2004 hizo lo propio con la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Para efecto de nuestro análisis es necesario tener en cuenta lo señalado por la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción en sus artículos 29 y 65:

El artículo 29, relativo a la Prescripción, señala que:

Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

Esto es, existe consenso internacional en que estos delitos pueden prescribir. No obstante, es necesario considerar lo señalado por el artículo 65 referido a la Aplicación de la Convención:

1. Cada Estado Parte adoptará, **de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno**, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.
2. Cada Estado Parte **podrá adoptar medidas más estrictas o severas** que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción.⁴⁸ [*El resaltado es nuestro*]

De lo señalado en estos artículos se desprende la existencia de un consenso internacional para que, los países que son parte, establezcan plazos de prescripción extensos o mayores respecto a los delitos mencionados en la convención, consenso compartido por el Perú, toda vez que la Constitución 1993 considera la duplicidad de plazo prescripción para delitos cometidos contra la Administración Pública o patrimonio del Estado en el artículo 41 de la Constitución y en el Código Penal. Pese a ser evidente este consenso, no es menos cierto que en virtud de lo señalado por el artículo 65 la imprescriptibilidad no contravendría formalmente la Convención.

d) Un cuarto aspecto es el referido a si la imprescriptibilidad de la acción penal establecida como mandato constitucional cumple con el principio de proporcionalidad.

⁴⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Plataforma del Estado Peruano Lima, Perú, 27 de enero de 2021.

Con este fin, es pertinente saber cuál es el propósito constitucional que se pretende optimizar preferentemente, pues es en función a este que se determinará la proporcionalidad de la medida de imprescriptibilidad.

A partir del examen de los proyectos de ley que dieron origen a la reforma del artículo 41° de la Constitución 1993 se colige que son dos las finalidades: Primero, «luchar contra la corrupción» y segundo, combatir la impunidad.

e) El principio de proporcionalidad y los subprincipios de idoneidad y necesidad.

El **Subprincipio de Idoneidad** exige una relación de causalidad entre el medio adoptado y el fin propuesto. Se ha considerado para este análisis dos fines: el buen funcionamiento de la administración pública, que se protege en el artículo 39° de la Constitución e indirectamente los derechos económicos, sociales y culturales que la corrupción afecta. Partimos de las siguientes consideraciones.

Primero, si se trata de combatir la corrupción, esta requiere de todo un plan integral realista (no solo investigación y sanción penal) de «lucha contra la corrupción», que a la fecha no existe. Asimismo, si se trata de combatir la impunidad, primero tendríamos que saber si realmente la prescripción genera la impunidad o esta se debe a otros factores. Nosotros consideramos que es multicausal.

Debemos promover investigaciones de carácter empírico jurídico para concluir objetivamente si la prescripción es causa de impunidad o ella se debe a otros factores, como sería la falta de profesionalismo en las investigaciones por parte de la policía y/o fiscalía, la falta de cumplimiento de los plazos procesales, entre otros.

En las iniciativas legislativas que dieron origen a la modificación constitucional no se contó con cifras reveladoras de la relación entre la supuesta insuficiencia del plazo de prescripción y la causa de la impunidad; en el Proyecto de Ley 467-2016/PE únicamente se señaló que durante el año 2013, de todos los delitos sentenciados por el Poder Judicial (59,639), solo tres por ciento (1548) correspondían a delitos por corrupción. Lo que revelaría probablemente dificultades en la investigación, pero no necesariamente que el bajo número de sentencias obedezca a prescripción de los delitos.

En el año 2016 —año precedente al 2017 de la reforma constitucional— de acuerdo a estadísticas de la Procuraduría Anticorrupción, del total de casos en trámite que sumaban 32,925 se obtuvieron 4,722 sentencias con reparaciones civiles.⁴⁹ Esto equivale a 14.34 por ciento, resultado que superó la meta proyectada por la procuraduría en cuanto al monto dinerario obtenido.

⁴⁹ Ministerio de Justicia. (2016, diciembre). *Anuario Minjus* [Versión en línea]. Recuperado el 20 de julio 2024 de Anuario Estadístico Institucional 2016 - Informes y publicaciones - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Plataforma del Estado Peruano

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública...

Considerando esta situación, no existen elementos suficientes para considerar que la prescripción sea la causa de la impunidad y que, por tanto, el medio imprescriptibilidad logrará el fin de resolverla.

Conforme al tercer reporte “Corrupción en cifras: casos en trámite a nivel nacional de la Defensoría del Pueblo”⁵⁰ basado en información de la Procuraduría Anticorrupción se revela que:

La segunda mitad del año 2023 culminó con 5,779 casos de corrupción en trámite en todo el país, una cifra muy similar a la registrada en el primer semestre del mismo año, en que la cifra de investigaciones en trámite por temas de corrupción alcanzó los 5,860 casos, ocupando las municipalidades el primer lugar de las entidades con mayor cantidad de casos de corrupción en trámite, concentrando más de 39 por ciento del conjunto de casos registrados mientras que el primer semestre ocuparon 41 por ciento.⁵¹

Entre otros datos importantes contenidos en el reporte, el 99 por ciento de casos se encuentra aún en etapa de investigación fiscal. Dentro de este porcentaje, el 95% (5,488) se encuentran en investigación preliminar, que es una fase del proceso penal en la que se busca asegurar los elementos de prueba. **El 4% (215) de los casos está en investigación preparatoria y solo el 0.7% se encuentran en etapas intermedia y de juicio oral. Ello demanda mayor celeridad en las investigaciones a nivel fiscal.** [*El resaltado es nuestro*]

Finalmente, se da a conocer que los delitos con mayor incidencia son “peculado, con 23% (1,346), negociación incompatible, con 22% (1249) y colusión, con 18% (1,046)”. Asimismo, que **“solo el 0.4% (25) de los casos de corrupción son casos emblemáticos, que se caracterizan por la importancia social del bien o servicio público afectado, el número de procesados y el impacto mediático que pueda tener en la sociedad”.** [*El resaltado es nuestro*]

Por lo demás, si la imprescriptibilidad fuera idónea, “para la lucha contra la corrupción”, como señala el dictamen de la Comisión de Constitución del Congreso, “ya que dicha medida cumple una función preventiva o disuasiva”, en siete años de vigencia de la reforma constitucional hasta la actualidad, habrían disminuido los delitos cometidos por los funcionarios, lo que no ha ocurrido, porque conforme el Boletín Estadístico emitido por la Procuraduría Anticorrupción, para el Primer Trimestre de 2024, la evolución de casos en trámite desde el año 2015 a marzo de 2024, muestra que estos se han incrementado: el año 2015: 29,039; el año 2016: 32,925; el año 2017: 36,503; el año 2018: 40,759; el año 2019: 43,688; el año 2020:

⁵⁰ Defensoría del Pueblo (s. f.) *Corrupción en cifras: casos en trámite a nivel nacional* [Versión en línea]. Disponible en <http://www.defensoria.gob.pe/documentos/reporte-mapas-de-la-corrupcion-n-3-2023/>

⁵¹ Cfr. *Loc. cit.*

48,777; el año 2021: 52,913; el año 2022: 52,632; el año 2023: 53,055; y el año 2024: 53,836.⁵²

Si “el derecho penal únicamente puede disponer de limitaciones cuando ello sea inevitable para la protección de la sociedad”,⁵³ es decir, es la *última ratio*, cabe preguntarse en el marco del subprincipio de necesidad, si es inevitable la imprescriptibilidad para combatir la impunidad y proteger a la sociedad. La respuesta es no, porque no es verificable la relación de causalidad entre medio a fin, en tanto no se sabe si se necesita la imprescriptibilidad para conseguir el fin deseado y combatir la impunidad, porque falta información sobre la cantidad de casos prescritos y su causa. En esta línea de razonamiento se ubica la opinión de la Defensoría del Pueblo remitida al Congreso para la emisión del dictamen:

La propuesta de hacer imprescriptible los casos de corrupción de funcionarios [...] no supera a nuestro juicio el examen de idoneidad y necesidad al no acreditar que el tiempo actual para las investigaciones fiscales es, de un lado, inidóneo para procesar y sancionar a funcionarios corruptos antes que estos se amparen en la prescripción de sus delitos (asumiendo que esta fuera —como no es— la única causa de impunidad) y al no tomar medidas menos gravosas contra la garantía de la prescripción de los delitos (para la libertad personal) como lo puede ser la ampliación de plazos para los delitos más recurrentes o la restricción de la figura —de la imprescriptibilidad— a figuras delictivas agravadas de la relación de ilícitos contra la administración pública.⁵⁴

No estamos de acuerdo con quienes sustentan la idoneidad de la imprescriptibilidad “para optimizar los principios y valores que se persiguen ya que la prescripción actúa como incentivo para los funcionarios corruptos”,⁵⁵ no solo por lo señalado precedentemente, sino, porque si esto fuera así, la prescripción en diversos tipos de delitos tendría el mismo rol y, por tanto, justificaría la imposición de la imprescriptibilidad para todos ellos.

Entre quienes fundamentan la idoneidad de la imprescriptibilidad se señala también que: “[...] por la debilidad de las penas conminadas para los autores de delitos

⁵² Ministerio de Justicia (2024, junio). *Boletín Estadístico 2024 Primer Trimestre* [Versión en línea]: junio 2024. Recuperado el 20 de julio 2024 de <https://procuraduriaanticorruptcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2024/06/1-Informe-estad%C3%ADstico-I-trim-2024.pdf>

Váldez, L. (s. f.). *Teoría del proceso* (8a. ed.). México: Oxford University Press.

⁵³ Jeschek, Hans H. (2014). *Tratado de Derecho Penal* (5a. ed.) (Trad. M. Olmedo Cardenete). Perú: Instituto Pacífico.

⁵⁴ Defensoría del pueblo, citado en el Dictamen conjunto de la Comisión de Constitución y Reglamento y de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los proyectos de ley 119, 121 y 127/2016-CR. www.congreso.gob.pe, Lima, Perú, 7 de diciembre de 2016 (recibido en Tramite Documentario).

⁵⁵ Landa, C., citado en el Dictamen conjunto de la Comisión de Constitución y Reglamento y de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública...

contra el patrimonio del Estado, la fuga de los involucrados al extranjero, la rebeldía ante la justicia y las demoras en los procesos penales (explicadas en parte por la actitud obstruccionista de los procesados, por la existencia de normas procesales inadecuadas para lidiar con actos complejos de corrupción y las carencias presupuestales) por ritualismos y formalidades de los tribunales que han limitado su acción, las investigaciones fiscales muchas veces son clausuradas vía la prescripción de los delitos”.⁵⁶ Los problemas descritos, evidencian precisamente la multiplicidad de alternativas a desarrollar para combatir la corrupción y la impunidad. Por lo cual, el problema no radica en la garantía de la prescripción y la imprescriptibilidad resulta no idónea.

Consideramos importante tomar en cuenta la posición de quienes están en contra de la imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración Pública, en los siguientes extremos:

Establecer la imprescriptibilidad supondría equiparar los delitos de corrupción con los de lesa humanidad, en los que está legitimada la imprescriptibilidad

“por la gravedad de los crímenes y porque existe la conciencia de la humanidad de que estos crímenes deben sancionarse sin límites temporales. Sin embargo, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción no está plenamente legitimada [...] no existe consenso internacional —en referencia a la convenciones contra la corrupción— [...] se ha dejado más bien a cada Estado la decisión de ampliar los plazos de prescripción”. Esto se explica porque, según agregan, existen otros delitos como asesinato, violación con muerte de la víctima, secuestro, terrorismo y demás que revisten mayor gravedad, por lo que legitimar la imprescriptibilidad para los casos de corrupción y no exigir lo mismo para estos delitos “deja ver un cuestionable criterio y una selectiva y arbitraria orientación político criminal”⁵⁷

Se considera que “una solución semejante al problema de la impunidad y la necesidad legítima”⁵⁸ de ampliar la prescripción podría convertirse en una solución aparente e incluso políticamente injusta, con el consiguiente peligro de abrir el camino para un derecho penal sin garantías “[...] las causas podrían mantenerse abiertas como una espada de Damocles para los adversarios políticos”.⁵⁹

Como señalamos en la primera parte, en los últimos siete años vivimos la “judicialización de la política” o la “politización de la justicia”, a tal extremo que la Fiscalía de la Nación denuncia constitucionalmente al Presidente de la República por causales que no están previstas en la Constitución que puedan ser objeto de denuncia y su correspondiente investigación durante el ejercicio del mandato presidencial.

⁵⁶ Gamarra y Pérez, *op. cit.*

⁵⁷ Pariona, R., citado en el Dictamen conjunto de la Comisión de Constitución y Reglamento y de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

Otra razón que se señala es que [p]odría llevar al Estado a “renunciar a su deber de resolver las causas judiciales con celeridad”.⁶⁰

Se indica también que “la imprescriptibilidad carece de justificación razonable y más bien entraña serios problemas institucionales que no suelen tomarse en cuenta”.⁶¹

Los problemas que subyacen a los procesos por delitos contra la Administración Pública, mencionados para fundamentar la imprescriptibilidad (demoras procesales, normas procesales inadecuadas, carencias presupuestales, entre otros) son más bien los que deben solucionarse, entre otros, para evitar la impunidad, sin necesidad de establecer la imprescriptibilidad.

Sobre el subprincipio de necesidad, esto es, si la imprescriptibilidad es necesaria o si existe un medio menos gravoso e igualmente idóneo para lograr los fines mencionados, al respecto Landa indica que si bien la duplicidad del plazo de prescripción “es menos lesiva” no es igualmente idónea, considerando “las nuevas exigencias que emergen de la realidad peruana”.⁶² Agrega que “la prescripción se ha convertido en un arma eficaz para lograr la impunidad”.⁶³

Sin embargo, la realidad que hemos evidenciado muestra:

- a) Un incremento constante de los casos de corrupción,
- b) No se conoce si la duplicidad de plazos de prescripción, en los delitos cometidos por los funcionarios públicos es insuficiente.
- c) Que la sobrecarga procesal no puede ser resuelta con los mismos recursos de tiempos pasados, se hace necesario asumir en serio este problema, no hacerlo no solo implica costos económicos, sino también sociales, entre los cuales se encuentra en parte el sentimiento de impunidad, no únicamente en el campo penal, sino, en diferentes áreas de la administración de justicia.

Esta realidad no ha cambiado en los siete años de vigencia de la imprescriptibilidad establecida por el artículo 41° de la Constitución 1993.

Ya el dictamen congresal había considerado que, si bien la imprescriptibilidad es idónea para combatir la corrupción y la impunidad; sin embargo, reconoce expresamente la insuficiencia para el logro de estos fines y propone considerar otros medios alternativos, cuyos resultados se apreciarán en el mediano plazo, por lo que subsiste la necesidad de contar con la imprescriptibilidad para enfrentar el urgente problema de la impunidad.

⁶⁰ Pereira, R. El juicio final. Citado en el Dictamen conjunto de la Comisión de Constitución y Reglamento y de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

⁶¹ *Loc. cit.*

⁶² *Loc. cit.*

⁶³ *Loc. cit.*

La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública...

Entre estas medidas se considera: la reforma de la estructura orgánica del Ministerio Público y Poder Judicial, para que puedan proceder con celeridad y colaboración mutua. Reformar el Código Procesal Penal para el procesamiento y sanción de los delitos contra la Administración Pública. Implementar políticas educativas sobre ética en la función pública y civismo.⁶⁴

Finalmente, **el subprincipio de proporcionalidad estricto** que consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse de acuerdo con la ley de la ponderación: Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Se trata entonces de saber si el alto grado de insatisfacción del derecho al debido proceso —porque se afecta el derecho a obtener una decisión en un plazo razonable— implica una satisfacción muy alta en el funcionamiento de la administración pública protegido en el artículo 39° de la Constitución e indirectamente es más alta en los derechos económicos, sociales y culturales.

Es obvio que esto no se ha producido, por el contrario, la insatisfacción respecto al funcionamiento del Estado e indirectamente de los derechos socioeconómicos y culturales es muy alta.

Así, en la última encuesta de IPSOS realizada el 17 y 18 de julio de 2024 en el ámbito nacional en zonas urbanas y rurales, los peruanos señalan los aspectos a priorizar en el mensaje a la Nación del 28 de julio de 2024 por parte de la Presidente de la República. En primer lugar, 64 por ciento opina que debería priorizar la lucha contra la delincuencia, en segundo lugar, 49 por ciento opina que debe priorizar la «lucha contra la corrupción».

Podemos concluir entonces que la imprescriptibilidad de la acción penal para los Delitos Contra la Administración Pública tiene un efecto simbólico, se orientaba “a calmar la sed de justicia que todos teníamos”.⁶⁵

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A efectos de fundamentar nuestra opinión, consideramos la política criminal en sus aspectos básicos, que con claridad señala Jeschek:

“La política criminal se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al Derecho Penal para poder dirigir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad”. La política

⁶⁴ *Loc. cit.*

⁶⁵ Vilchez, *op. cit.*

criminal **conecta con las causas del delito, cómo deben ser redactadas** correctamente **las características** de los tipos penales **para corresponderse con la realidad del delito**, intenta **determinar** el modo en que desarrollan **sus efectos** las sanciones aplicadas en Derecho Penal, toma en consideración **hasta qué límite** el legislador puede extender el Derecho Penal para no limitar más de lo absolutamente necesario el espacio de libertad del ciudadano (...).⁶⁶ Considerando que **la política criminal está sometida únicamente a la verdad**, hay límites para la consecución de los objetivos legislativos propuestos por ella, **este límite indica que: “No todo lo que parece adecuado al fin es también justo”**.⁶⁷ [*El resaltado es nuestro*]

Tomando en cuenta lo señalado por dicho autor, nos proponemos analizar el cumplimiento o no de los aspectos básicos antes referidos en el caso de la reforma del último párrafo del artículo 41 de la Constitución 1993.

En primer término, sobre **la conexión de la política criminal con las causas del delito**, los siete años transcurridos desde la reforma constitucional de dicho artículo no han evidenciado que el tema de la prescripción tenga relación con las causas del delito y que a su vez sea causa de impunidad, en tanto no hay investigaciones sobre todo empíricas serias y objetivas que así lo acrediten.

Por ello, se puede decir que la reforma del último párrafo del artículo 41 de la Constitución 1993 **habría excedido más de lo absolutamente necesario el espacio de libertad del ciudadano**. Esto es, no se cumplió con el límite superior de la política criminal: “No todo lo que **parece** adecuado al fin es también justo”, se trata entonces de no legislar considerando solamente el «discurso anticorrupción», sino basados en la realidad, que es al final lo objetivo.

En segundo término, sobre **cómo deben ser redactadas** correctamente **las características** de los tipos penales **para corresponderse con la realidad del delito**, en la primera parte de este trabajo se ha evidenciado la redacción oscura del mandato constitucional sobre imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración Pública, porque ha quedado indeterminado cuáles son los delitos más graves que serían imprescriptibles, tampoco existe un sustento objetivo en la realidad para el criterio elegido a efectos de determinar la gravedad de estos: el principio de legalidad.

Adicionalmente, la inclusión de todas las formas posibles de comisión de delitos contra la administración pública en la duplicidad de plazo, que antes de la reforma estaba restringida a los delitos contra el patrimonio del Estado, cambio realizado “para que los implicados no puedan escapar —por distintas razones, legales o no— de la justicia penal”,⁶⁸ no corresponde con la realidad de los delitos, porque no puede tener proporción alguna qué delitos cometidos por particulares en contra de la

⁶⁶ Jescheck, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁷ *Loc. cit.*

⁶⁸ Vilchez, *op. cit.*

administración del Estado, que tienen marcos penales relativamente cortos, tengan que ser merecedores de un plazo de prescripción doble, en tanto la ofensa que subyace al delito no tiene el mismo disvalor que los delitos cometidos por quienes son funcionarios públicos.

En tercer término, **hemos intentado determinar el modo en que desarrollan sus efectos las sanciones aplicadas en Derecho Penal**, verificando que, en los siete años de vigencia de la norma, no se conocen estudios (sobre todo empíricos, serios y objetivos) de su impacto real.

No obstante, en el presente trabajo queremos determinar algunos de sus efectos, al considerar de suma importancia que la política criminal esté sometida a la realidad, para lo cual entrevistamos al ingeniero Guido Valdivia Rodríguez, Director Ejecutivo de CAPECO, quien (con base en su experiencia profesional) ha evidenciado los efectos reales de la imprescriptibilidad introducida en nuestra Constitución. Reforma lo legislado, como se detalló al inicio del presente artículo.

Nuestro entrevistado, además de señalar las razones que generan abstención en las empresas para contratar con el Estado, destaca también que estos efectos se producen en el área de los funcionarios públicos: “La otra consecuencia, los empleados públicos honestos no quieren involucrarse en la contratación pública, [...]. Es un disuasivo, porque saben que por cualquier circunstancia kafquiiana pueden verse involucrados en procesos penales. Les dejan espacio a los funcionarios corruptos”. Hay otra condición muy difícil, en términos concretos: “yo debo probar mi inocencia, se presume la culpabilidad porque uno [el funcionario] tiene que defender a la sociedad”.⁶⁹

Por ello, reitera que, teniendo en cuenta la complejidad de los casos, “la duplicidad de plazo en los procesos, son suficientes”.⁷⁰

Así, el efecto de la norma, en este caso concreto perteneciente al rubro de la construcción, es el inverso al perseguido, desincentiva la participación de empresas serias y esto no solo tratándose de contrataciones públicas millonarias, sino incluso en la contratación pública de menor envergadura; antes bien, los casos de corrupción se han incrementado, como se ha visto en el apartado anterior con el incremento anual de denuncias de la Procuraduría.

Consideramos entonces que las medidas de política criminal tienen que estar sometidas a la verdad, y nuestra realidad nos enseña que la lucha sería contra la corrupción implica más que soluciones en el campo penal, soluciones que apunten a la prevención y que pasan por el Derecho Administrativo, tal como refirió nuestro entrevistado, pues si la mayor parte de la corrupción está en la obra pública, su erradicación supone cambios.

⁶⁹ *Loc. cit.*

⁷⁰ *Loc. cit.*

Así, en la “PLANIFICACIÓN”, porque la corrupción empieza en la selección de la obra pública, se requiere la priorización de proyectos de infraestructura con la participación de la sociedad.

En la SELECCIÓN de obra a ejecutar, al considerar la mayor necesidad de los proyectos a través de puntaje, el que obtenga el puntaje más alto será ejecutado,” ahora se cobra sobornos por poner como priorizados los proyectos, cuanto más prioridad tiene el proyecto el cobro es mayor.

Para la CONTRATACIÓN de la obra pública, donde intervienen los comités de selección, se requiere que tengan entre sus miembros obligatoriamente uno o dos gerentes públicos, de un cuerpo de gerentes gestionados desde una entidad central: Órgano supervisor de las contrataciones del Estado o de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, no contratados por el titular de la entidad, quienes al estar formados con un modelo de integridad, bien capacitados, bien pagados y protegidos por su normas, pueden cambiar la forma en que se contrata con el Estado.⁷¹

Estos cambios en los mecanismos de decisión de cada etapa, unidos además a la digitalización de la información a efectos de evitar falsificaciones documentales y facilitar las verificaciones respectivas, entre otras medidas, a criterio de nuestro entrevistado, reducirían enormemente la corrupción y facilitarían el control a los órganos encargados de esta tarea.⁷²

Por consiguiente, sería menor la cantidad de casos que llegarían al sistema penal, se reduciría la demora y la posible prescripción, “porque cuando uno llega a la parte penal es porque ya se hizo el perjuicio al Estado, la obra se paralizó, se abandonó”;⁷³ esto es, la corrupción ya causó daños y de lo que se trata es de prevenirla con medidas como las propuestas.

En definitiva, si la idea es «luchar contra la corrupción» es imperativo conectarse con las causas del delito y la demora en las investigaciones y juzgamientos; apuntar en ambos casos, a la prevención, adoptando medidas integrales que incluyen aquellas extrapenales y no recurrir únicamente al derecho penal de emergencia adoptando medidas populistas y gravosas como la imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública.

⁷¹ *Loc. cit.*

⁷² *Op. cit.* 1.

⁷³ Vilchez, *op. cit.*