

¿POR QUÉ SE LE CONDENÓ A SEIS Y NO A CUATRO AÑOS AL EX MANDATARIO ALBERTO FUJIMORI?. UNA EXPLICACIÓN ACADÉMICA DEL ARTÍCULO 24 DEL C.P PERUANO.

Por: David Fernando Panta Cueva*

I.- INTRODUCCIÓN

A la fecha vivimos –sin temor a equivocarme- el proceso más importante de nuestra historia republicana, pues se procesa a nada menos que a un ex mandatario por temas referentes a corrupción y por procesos relacionados a la vulneración de los Derechos Humanos. El Poder Judicial peruano se desprende así de sus mejores magistrados, con el fin de garantizar un debido proceso, donde se respeten los Derechos Fundamentales del ex mandatario y por la parte inculpada se presenta la defensa con uno de los abogados más exitosos de los últimos años, considerado entre los mejores –sino el mejor- de nuestro país.

El día martes 11 de diciembre, el profesor de la Universidad Nacional de Trujillo, *Dr.*, Pedro Guillermo Urbina Ganvini (actuando como vocal instructor), emitió sentencia condenatoria de seis años de pena privativa de la libertad *efectiva*, en el proceso sumario por el delito de usurpación de funciones, y no de allanamiento como muchos hasta la fecha entienden. La razón es obvia, pues la Corte Suprema tiene que juzgar *ciñéndose*, sólo por los delitos por los cuales el ex mandatario fue extraditado por la justicia chilena, por ende, el primero de ellos es por el delito en comento¹.

El motivo del presente trabajo fue la inquietud que me generó el por qué el ex mandatario Alberto Fujimori Fujimori, fue condenado a seis años, vulnerándose *presuntamente* lo dispuesto por el artículo 24° del C.P, pues este prescribe que la pena del instigador es la que corresponde al autor principal.

Como profesor del curso de Derecho Penal Sustantivo, me siento irresistiblemente tentado a dar una explicación concreta y sólida, de los criterios que han podido servir de

* Abogado egresado por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad César Vallejo - Filial Piura. Apoderado de la Oficina de Normalización Previsional – Piura. Abogado en ejercicio en asuntos penales.

¹ Aunque esto no descarta que el material probatorio considerado por la Corte Suprema Chilena, sea el mismo que sirva para Juzgar al ex mandatario Alberto Fujimori. Pues por el principio de libertad de prueba, las partes pueden ofrecer nuevas pruebas al proceso penal. Muestra de ello, son las últimas declaraciones del ex presidente en el segundo paso de audiencia por el proceso que se le sigue por Homicidio Calificado y Lesiones Graves, donde el ex mandatario reconoció haber firmado cartas en que recomendaba felicitaciones y ascensos a varios oficiales del Ejército, entre los cuales había cuatro integrantes del grupo paramilitar, por exitosas operaciones especiales de inteligencia, según copias de las cartas presentadas en el tribunal por el Fiscal Supremo.

base académica, para que la Corte Suprema emita la sentencia de la referencia, salvo un mejor parecer.

II.- UN BREVE ANÁLISIS AL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo en mención hace referencia a lo siguiente:

“ART. 24.- Instigación

El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

Dentro del Derecho Penal Sustantivo se enseña un acápite llamado “Autoría y Participación”, en él se especifica que dentro de una comisión delictiva normalmente intervienen personas, las mismas que tienen similar o diferente modo de haber participado. A quienes realizan dicha comisión *dominando funcionalmente el hecho* (teoría del dominio del hecho), se les llama autores, los cuales pueden ser directos o mediatos; y quienes no dominan el hecho se les llama partícipes, los cuales pueden ser cómplices (primario necesario o secundario innecesario) e instigadores o inductores.

Referente a la inducción, el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Dr., Jacobo López **Barja de Quiroga** anota “*El inductor es aquél que hace nacer en otro la resolución criminal de realizar un hecho antijurídico. Es decir, el inductor determina a otro a la comisión del hecho creando en él la idea delictiva*”². Continúa el autor “*Es preciso que el autor principal no estuviera ya decidido a cometer el hecho delictivo, pues, precisamente tiene que ser la actividad del inductor la que de lugar a que el otro decida la comisión delictiva. Por consiguiente, y de forma sintética, cabe decir que la inducción es la creación del dolo en el autor principal*”³.

Aunque a la fecha la teoría del dominio funcional del hecho, está siendo criticada sobre todo por las posturas más ácidas de Günther **JAKOBS**, quien en su artículo “*El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*”, expone cómo en muchos delitos –sobre todo los cometidos por funcionarios públicos- se presenta más que un dominio del hecho una *infracción al deber*⁴, pero por fines metodológicos nos mantendremos con la teoría clásica citada en párrafos arriba.

Ahora, para desentrañar el sentido del presente precepto, es necesario recurrir a los métodos de interpretación, que han sido aceptados por la dogmática jurídico penal.

² **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**, Jacobo, “*Autoría y Participación*”, ed., 1º era, edit., Alea/Iure, Madrid, España, 1996, p. 128. Cursivas son mías.

³ **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**, Jacobo, “*Autoría y Participación*”, ob., cit., p. 128. Cursivas son mías.

⁴ Sobre este tema, *vide.*, **CARO JOHN**, José Antonio, “*Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*”, en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/03/Carojohn.pdf>

Si hacemos un análisis estrictamente literal o gramatical, inferiremos que el presente precepto prohíbe aplicar una pena mayor a la que se le impuso al autor principal. De allí que los autores de la usurpación de funciones, como por ejemplo, el falso fiscal Manuel Ubillús y el ex director general de la PNP Federico Hurtado, fueron condenados a cuatro años de prisión, en consecuencia al ex mandatario por ser instigador le corresponde la misma o una menor por estar acogido *presuntamente* a la confesión sincera. Precisamente este es el criterio que ha pretendido interponer la defensa, representada por el profesor de la Universidad de Lima Dr., César Nakazaki Servigón. Él manifestó lo siguiente a los medios de comunicación: *“Mi petición concreta son dos cosas, una es que sea condenado como instigador y que se respete el principio de que el instigador no puede tener más pena que el autor. De no cumplirse esos dos principios, entonces, apelaré y tenemos tres días para hacerlo por ser un proceso sumario”*.

Como se puede apreciar, la defensa del ex mandatario realiza una interpretación estrictamente literal del precepto, por ende, es lógico y razonable que concluya con el mencionado razonamiento.

Ahora, la pregunta es ¿es correcto ese razonamiento o hay algo aún no descubierto por el precepto en comento?. Para responder a esta interrogante, es menester ingresar a interpretar el artículo desde un método que va más allá del literal o gramatical. Me estoy refiriendo al método *teleológico*.

La interpretación teleológica consiste en investigar el fin práctico de las normas particulares, independientemente de la intención del legislador. En otras palabras, es descubrir la esencia misma de la norma, tratando de revelar su fin. Desde ya considero –y como les digo a mis alumnos- que este método es el más importante y el que mejores resultados nos ofrece.

Desde un punto de vista teleológico diremos que el artículo 24° al prescribir “(...) será reprimido con la pena que corresponde al autor”, sólo hace referencia a la pena abstracta y no a la pena concreta⁵. Me explico:

Sabido es que el marco penal concreto o genérico establece un mínimo y un máximo de pena *abstracta* para cada delito o falta, nuestro Sistema Penal faculta al juez imponer penas por debajo del mínimo legal, así como suspenderlas o sustituirlas. Facultad que a criterio personal, tiene ya el Fiscal en el nuevo modelo procesal penal (D. Leg. 957), conforme a lo contenido en el artículo 397° inciso 3) del nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, cuando el Juez aplica esa pena abstracta estaremos advirtiendo la materialización de ésta. Esto último se conoce como la aplicación de la pena concreta.

Entonces, si revisamos el artículo 24°, veremos que el mismo hace alusión sólo a la pena abstracta y no a la pena concreta. En consecuencia por pena concreta *el Juez puede aumentar, igualar o disminuir la pena del autor principal*.

⁵ Sobre este tema, Vide., **REVILLA LLAZA**, Percy. *“Incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de autores y partícipes”*. En: Código penal comentado. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2004, pág. 972.

Lo que acabamos de esbozar se condice desde un marco lógico jurídico, haciendo prevalecer el valor justicia. A continuación ilustraré esta idea con los siguientes ejemplos:

Si yo *instigo* a una persona de 18 años a robar y éste ejecuta lo aconsejado, el Juez al momento de valorar la determinación judicial de la pena, debe considerar que esta persona se encuentra dentro de una responsabilidad restringida, por ende, la pena de él será mucho menor que la pena que me den a mí. Pues no sería posible que al intrépido chico le impongan una pena tan igual que a mi persona.

Si *instigo* teniendo móviles dolosos a cometer un homicidio (por ejemplo para heredar una fortuna), de una persona que se encuentra padeciendo una enfermedad terminal, y si el agente lo comete pero con móviles pietistas (por piedad), la pena que me impongan no será la misma que la del autor principal. Obviamente la pena aquí será mucho mayor en mi persona que en la del autor principal.

Como podemos apreciar, en ambos casos el Juez debe imponer una pena superior al instigador que al autor principal, por ello, no necesariamente la pena del autor principal, le debe de corresponder al instigador o inductor, como lo entiende la defensa del ex mandatario.

Si nosotros revisamos la pena abstracta del artículo 361° que regula el delito de *usurpación de funciones*, prescribe una pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años. En ese sentido la pena abstracta es la pena que presenta los márgenes arriba señalados, sin embargo, la pena concreta es la pena que en sí colocará el juzgador. Si este precepto lo concordamos con el artículo 24° y habiendo señalado que el mismo sólo hace alusión a la pena abstracta, el Juez dentro de su margen *discrecional* y dentro de la sana crítica, *puede recorrer los márgenes desde cuatro a siete años*.

En efecto, ahora se entiende por qué el *Prof., Dr.*, Pedro Guillermo Urbina Ganvini, sentenció a seis años y no a cuatro – o menos – al ex mandatario Alberto Fujimori Fujimori. Sin embargo, habiendo absuelto esta interrogante queda aún una pregunta sin responder, no muy complicada, pero al fin y al cabo es pregunta: ¿por qué no se impuso una pena menor si el ex mandatario estaba *presuntamente* bajo la confesión sincera?

La respuesta es obvia. La confesión sincera, se encuentra prescrita en el artículo 136° del C. de P.P del 40, el mismo que en su segundo párrafo prescribe textualmente lo siguiente: *“la confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal”*. La pregunta es ¿El ex mandatario, colaboró en todo momento en la presente investigación?. La respuesta es categórica, no. Puesto que el mismo fue extraditado, y si bien es cierto la defensa piensa que al rendir su primera inductiva se acogió a este beneficio, olvida que procesalmente (como conducta procesal) su patrocinado nunca se colocó voluntariamente a Derecho. Es esta razón – creo yo-, la que ha hecho que el vocal instructor *Prof., Dr.*, Pedro Guillermo Urbina Ganvini, no haya amparado la petición de la defensa, en el sentido de rebajar la pena a menos de cuatro años.

Ahora recién entendemos por qué se impuso una pena superior al ex mandatario Alberto Fujimori Fujimori, que la impuesta a los autores. Finalmente, otro de los factores que –

pienso yo- ha llevado a interponer la pena de seis años, es que el ex mandatario Alberto Fujimori Fujimori, conocía que en dicho recinto su ex asesor Vladimiro Montesinos Torres, tenía videos guardados, los mismos que fueron sustraídos a fin de evadir futuras responsabilidades. Esto nos lleva a pensar que el tipo de injusto es mucho más reprochable en su persona que en las personas de los autores materializados en las personas del falso fiscal Manuel Ubillús y el ex director general de la PNP Federico Hurtado.

En consecuencia, la Corte Suprema representada en la persona del Prof., Dr., Urbina Ganvini, al establecer los seis años de pena privativa de la libertad efectiva, tomó en consideración la diferencia entre la pena abstracta de la concreta, así como que interpretó que la conducta procesal del ex mandatario jamás estuvo bajo el amparo del artículo 136° segundo párrafo del C. de P.P, que regula la confesión sincera, máxime si los conocimientos especiales del ex presidente Alberto Fujimori eran mucho más específicos de los que tuvieron los autores directos.

III.- A MANERA DE CONCLUSIONES

1.- Considero que la sentencia del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, de seis años de pena privativa de la libertad efectiva, es a todas luces legal, estando la misma dentro del criterio discrecional del Juzgador, concordado con el principio de legalidad.

2.- Que, la defensa del ex mandatario yerra al momento de interpretar el artículo 24° del C.P, entendiendo que la pena del autor es la que corresponde a la pena del instigador. Su razonamiento es sólo literal de la norma y no teleológico.

3.- Finalmente, la sentencia respeta los márgenes de legitimidad que prescribe la constitución política del Estado, y no se ajusta a criterios políticos, como muchas personas –sobre todo el común de la gente – piensa.