

# PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Junio de 2014

Boletín N° 38



## PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



# CONTENIDO

## PRESENTACIÓN

Necesidad de una Política Criminal coherente con los delitos colaterales de la corrupción

## COMENTARIO ACADÉMICO

El derecho de acceso a la información pública

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso de Enriquecimiento ilícito:  
Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Cayma

## INTERNACIONAL

Porque no sólo pasa en el Perú.

## PRESENTACIÓN

### Necesidad de una Política Criminal coherente con los delitos colaterales de la corrupción

La definición de corrupción puede estar limitada de acuerdo al prisma de análisis utilizado para describirla. Por ejemplo, para el Derecho penal solo tiene que ver con los comportamientos que pongan en peligro o lesionen efectivamente los fines objetivos, legales y prestacionales de los recursos, bienes y servicios de la Administración. Lo mismo podría decirse de concepciones éticas (Códigos de Ética) o administrativas, donde la acepción del vocablo corrupción se desprende un único criterio o naturaleza. Sin embargo, si analizamos el problema desde una visión criminológica, la descripción, análisis y sentido de las conductas de corrupción desembocan en un carácter pluriofensivo de este tipo de criminalidad. Para decirlo con otras palabras, la definición del fenómeno social puede involucrar, necesariamente, otros hechos sociales nocivos y relevantes.

En efecto, la pluriofensividad no es un dato del tipo penal, sino que es una constatación criminológica de la corrupción. En los últimos días, somos testigos de una serie de denuncias e investigaciones, contra autoridades públicas o particulares vinculados a ellas, relacionadas con delitos tales como el lavado de activos y el asesinato. Delitos que nacen de investigaciones primarias relacionadas a conductas de corrupción. Dicho de otro modo, se trata de supuestos típicos de corrupción y la delincuencia colateral que de ella se desprende.

La naturaleza pluriofensiva de la corrupción tiene que ver con el contexto en el que se lleva a cabo. Es decir, cuando las conductas de corrupción se llevan a cabo de forma organizada (criminalidad organizada) son mayores los delitos que se necesitan cometer con el objetivo de mantener vigente e impune ese nocivo sistema. Y esto en efecto es así, basta con detenernos a analizar la naturaleza criminal del delito de lavado de activos, el mismo que fue pensado para supuestos de criminalidad organizada donde se intenta insertar en el tráfico jurídico los réditos económicos de la ilegal actividad. Ahora bien, la corrupción, desde el punto de vista económico, es una actividad comercial altamente rentable, con lo cual, las formas de lavado de activos son casi imprescindibles para capitalizar este tipo de criminalidad.

De otro lado, pensemos en el delito de asesinato (sicariato). Si estamos frente a una actividad criminal altamente rentable es lógico prever que la respuesta

político-criminal por parte del Estado ha de ser frontal (penas drásticas, diversidad de conductas prohibidas y reglas de investigación estrictas). Ante esta realidad, y desde el punto de vista criminológico, recurrir al asesinato como forma de boicotear una investigación formal es una decisión eficiente para el gran sistema de corrupción.

Sin perjuicio de lo indicado, la corrupción no solo se condice con una serie de delitos que coadyuvan a su vigencia y rentabilidad. En algunas ocasiones, determinadas gestiones corruptas son el primer paso para la realización de comportamientos delictivos de distinta naturaleza; por ejemplo, un supuesto de hecho del delito de trata de personas nace justamente porque algún grupo de empresarios, mediante actos de cohecho, consiguen instalar un campamento de extracción minera informal o ilegal, caldo de cultivo por excelencia para la realización del delito de trata de personas, contrabando, entre otros.

La verdadera realidad criminológica de la corrupción supone un reto político-criminal impostergable. La solución está en la creación de normas, de prevención, control y sanción, frontales e integrales que atiendan a las conexiones organizacionales entre delitos que comparten su naturaleza criminológica pluriofensiva, respuesta que aún está pendiente de debatirse e implementarse.

*Erick Guimarães*  
**Coordinador del Área penal  
del IDEHPUCP**

## El derecho de acceso a la información pública



Por **YVANA NOVOA CURICH**  
**JULIO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**  
**DAVID TORRES PACHAS**  
*Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP*

### I. El acceso a la información pública

El acceso a la información pública constituye un derecho fundamental a solicitar y recibir información que posee o reproduce cualquiera de las entidades estatales, salvo los datos que se encuentran exceptuados por la ley.

Ahora bien, es importante resaltar que toda información que posea el Estado se considera pública, con excepción de los rubros contemplados en la ley. Además, según lo establecido en el artículo

10° de la Ley N° 27806, información pública será todo tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa y también las actas de reuniones oficiales<sup>[1]</sup>. El Tribunal Constitucional se ha manifestado al respecto de la siguiente manera:

*“Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como “información pública”, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administra-*

<sup>1</sup> Manual de Consulta en materia de Acceso a la Información Pública. Defensoría del Pueblo: Lima, 2012. P.



*tivas, salvo, claro está que la información haya sido declarada por ley y como sujeta a reserva.<sup>[2]</sup>”*

Consideramos importante resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el contenido del derecho de acceso a la información pública en su sentencia recaída en el Caso Claude Reyes. A continuación el fundamento correspondiente:

*“77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación po-*

<sup>2</sup> Sentencia del 6 de abril del 2004, recaída en el expediente N° 2579-2003-HD, caso Julia Eleyza Arellano Serquén.

*sitiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. (...)”<sup>[3]</sup>”*

Es imperativo también subrayar que cualquier ciudadano puede ejercer su derecho de acceso a la información pública a través de dos formas: i) accediendo a la información que se encuentra publicada en los portales electrónicos de las instituciones públicas y; ii) mediante una solicitud

<sup>3</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso Claude Reyes y otros, emitida el 19 de setiembre de 2006.

formal ante la autoridad o funcionario público de la institución de la cual desee obtener información. La primera forma de acceder se encuentra relacionada a lo que se denomina “transparencia activa”. Esta consiste en que los órganos de la Administración Pública tienen el deber de poner a disposición del público en general y de manera proactiva, mediante sus portales electrónicos, determinada información actualizada (por ejemplo, organización, funciones, marco normativo, etc.). Por otra parte, la segunda forma de acceso a la información ya mencionada, se encuentra vinculada a la “transparencia pasiva”, la cual consiste en brindar a los ciudadanos la información de actos y resoluciones de los órganos de la administración estatal que aquellos soliciten por propia iniciativa. Según nuestra legislación, cuando un ciudadano realiza un pedido de información, la unidad receptora de la entidad debe dar respuesta a dicha solicitud dentro de los siete días útiles siguientes.

## II. El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento nacional e internacional

El acceso a información pública constituye un derecho fundamental que se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico interno en el artículo 2° inciso 5 que establece lo siguiente:

“Artículo 2°.-

Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. (...).”

En nuestro ordenamiento también se ha previsto el proceso de Habeas Data como mecanismo de garantía. Se trata de un proceso constitucional

cuya finalidad es la tutela jurisdiccional del derecho de acceso a la información. De esta manera, Perú cuenta con un proceso judicial por el cual se puede solicitar que se garantice el derecho de acceso a la información cuando consideremos que éste se ha visto vulnerado. Este proceso constitucional se encuentra previsto en el artículo 200° inciso 3 de la Constitución:

“Artículo 200°.-

Son garantías constitucionales:

(...)

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, incisos 5 y 6 de la Constitución.”

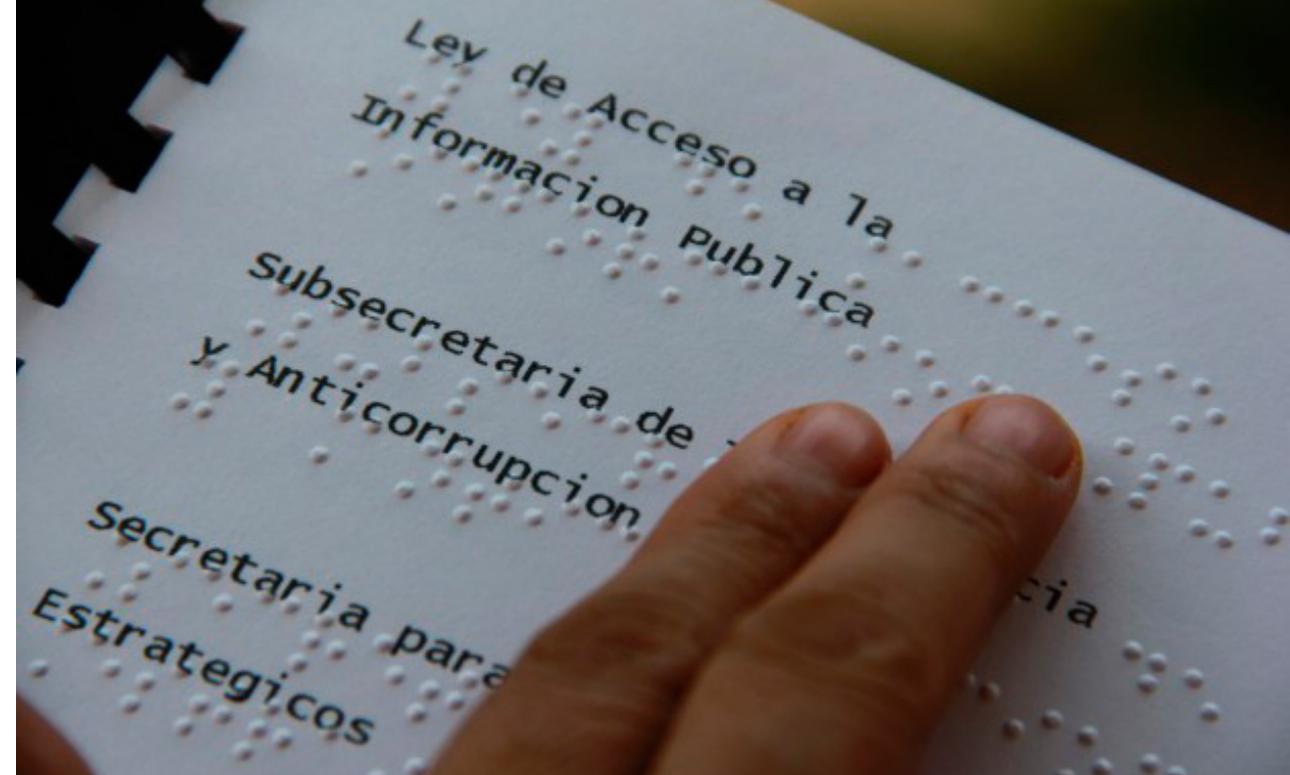
Asimismo, este proceso de garantía constitucional se encuentra desarrollado, en sus aspectos procesales, en título IV del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237).

Por otro lado, en el plano internacional este derecho se encuentra reconocido a través de diversos instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte. Así podemos encontrar este derecho plasmado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 19° señala que:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica lo siguiente:

“Artículo 19°.-



1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Asimismo, con un contenido muy similar al del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos contempla este derecho en su artículo 13:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

(...)"

Por otra parte, en el plano internacional, en específico en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), se creó la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. Esta Ley Modelo indica que la persona que solicite información a cualquier autoridad pública tiene derecho a realizar su solicitud en forma anónima y sin tener que justificar las razones de su pedido. Asimismo, la Ley Modelo establece que las solicitudes de información deberán ser registradas en el orden en que son recibidas y deberán ser atendidas de manera justa y sin ningún tipo de discriminación. El único costo que el solicitante deberá pagar es el de reproducción de la información solicitada y el costo de envío, de ser el caso. No obstante, las autoridades públicas podrán entregar la información de manera totalmente gratuita, incluyendo los costos de reproducción y envío, para cualquier ciudadano cuyos ingresos anuales sean menores a una cantidad establecida por la autoridad encargada de la transparencia del Estado.

Otro aspecto relevante que la Ley Modelo aborda es el de la supremacía del interés público. Al respecto, señala que *"ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra o no en su poder o negar la divulgación de un documento, (...) salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener acceso a la información."*

Adicionalmente, la Ley Modelo contempla las excepciones a la divulgación de información. Así, se indica que no se entregará información cuando esto suponga dañar los siguientes intereses privados: i) el derecho a la privacidad; ii) los intereses comerciales y económicos legítimos o; iii) patentes, derechos de autor y secretos comerciales. Estas excepciones no se aplicarán cuando el indivi-

duo haya consentido la divulgación de sus datos personales. Además, otra excepción a la entrega de información se configura cuando el acceso a dichos datos implique un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a la seguridad pública y la defensa nacional, entre otros intereses públicos.

### III. Importancia del derecho de acceso a la información pública

Si bien el Estado peruano es parte de los instrumentos internacionales anteriormente citados, no solo esto basta para entender como protegido o garantizado el derecho de acceso a la in-

**Esta Ley Modelo indica que la persona que solicite información a cualquier autoridad pública tiene derecho a realizar su solicitud en forma anónima y sin tener que justificar las razones de su pedido.**

formación pública dentro de un país. Se necesita además una ley que desarrolle de manera clara y a detalle los mecanismos, requisitos y excepciones para que cualquier ciudadano pueda acceder o solicitar de manera efectiva y eficaz la información que considere pertinente. Así pues, en nuestro ordenamiento contamos con la ley N° 27806 Ley Transparencia y Acceso a la Información Pública y con el Reglamento de la ley aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM. En Latinoamérica varios países ya cuentan con desarrollo legislativo sobre esta materia, como por ejemplo: Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, República Dominicana, Uruguay, entre otros.

En Chile, por ejemplo, no solo se cuenta con una ley de acceso a la información pública (Ley N° 20.285), sino que también existe un Consejo de Transparencia que es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Este consejo tiene la función de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de la legislación sobre esta materia y garantizar el derecho de acceso a la información. En Perú, hasta el momento, no se cuenta con una entidad como esta. No obs-

tante, la Defensoría del Pueblo se ha manifestado respecto de la importancia de este tema, haciendo énfasis en que:

*"Una característica esencial de todo Estado Democrático y Constitucional es la publicidad de sus actos y la transparencia de la administración estatal en la gestión de los asuntos públicos. Ello implica que los funcionarios rindan cuentas sobre las decisiones que adoptan y que las personas puedan solicitar y acceder a la información completa y veraz que debe obrar en las entidades públicas. De esta manera, la transparencia en la gestión pública contribuye a prevenir la corrupción, fortalecer el vínculo entre el Estado y la población, y promover la vigilancia ciudadana.<sup>[4]</sup>"*

En la misma línea, Carbonell señala que *"una democracia requiere de un funcionamiento transparente y responsable por parte de los poderes públicos; esto significa que los ciudadanos deben tener la capacidad jurídica de conocer en todo momento la conducta de sus gobernantes. De otra manera es imposible asignar responsabilidades a los malos funcionarios y recompensar a los buenos."<sup>[5]</sup> Y es que *"la democracia es por excelencia la forma de gobierno basada en lo público"<sup>[6]</sup>*. El ser parte de un Estado Constitucional implica que el poder se encuentre al servicio de los ciudadanos, es decir, que la administración del Estado tenga la función de satisfacer las necesidades y efectivizar los derechos de cada ciudadano.*

Siendo esto así, la consecuencia lógica es que los destinatarios beneficiarios del trabajo de la Administración Pública puedan controlar el manejo de poder. Esto se realiza solicitando información

*"acerca de la medida en que están satisfaciendo sus intereses, la manera de hacerlo, los recursos implicados, entre otros aspectos relevantes de la gestión estatal"<sup>[7]</sup>*. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de brindar la información que los destinatarios de la gestión estatal soliciten, siempre y cuando no se trate de la información exceptuada por la ley –como ya fue señalado anteriormente–. Se trata entonces de una obligación que los funcionarios públicos tienen de rendir cuentas a los ciudadanos. Dicha obligación supone realizar de manera concreta un gobierno participativo donde los ciudadanos y los funcionarios públicos se encuentren en una relación de cooperación para mejorar la prestación de servicios públicos y la creación de políticas públicas, entre otros aspectos.

La rendición de cuentas por parte del Estado y su Administración Pública hacia los ciudadanos constituye un mecanismo fundamental para la lucha contra la corrupción. Y es que cuando los funcionarios públicos saben que son controlados en sus funciones por la ciudadanía y la sociedad civil, tienen menos espacios para realizar actos de corrupción dentro de su cargo. Tal es la importancia de la transparencia en la gestión gubernamental que la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción contiene dos artículos al respecto:

*"Artículo 10.-*

*Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de*

4 Portal institucional de la Defensoría del Pueblo. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/temas.php?des=8> Consultado el 28/02/2014 a las 11:40am.

5 CARBONELL, Miguel. El derecho de acceso a la información como derecho fundamental. México. P. 8.

6 Ibidem, p. 10

7 Diagnóstico sobre el cumplimiento de las obligaciones en materia de acceso a la información pública en seis gobiernos regionales. Serie Documentos Defensoriales N° 18. Defensoría del Pueblo: Lima, 2012, p. 09.

decisiones, cuando proceda. Estas medidas podrán incluir entre otras:

a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y los actos jurídicos que incumban al público;

b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y

c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública.”



De igual manera, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción comprende un artículo referido a la importancia de la participación de la sociedad como instrumento de lucha contra la corrupción. Así, el artículo 13° establece lo siguiente:

“Artículo 13°.-

1. Cada Estado Parte adoptará medidas

adecuadas, dentro de los medios de que disponga, y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esta participación debería reforzarse con medidas como las siguientes:

a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones;

b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información

c) Realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios;

d) Respetar y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción. Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros;

ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

(...)”

Finalmente, es relevante recalcar que sentar las bases y construir caminos que permitan un

ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información pública es de suma importancia visto desde diversas aristas como las ya señaladas. Los ciudadanos tienen una tarea sustancial de cara al correcto ejercicio de la función pública, pues esta debe garantizar el ejercicio efectivo de los demás derechos y la satisfacción de necesidades de la ciudadanía. La lucha contra la corrupción se debe abordar desde distintos frentes y la transparencia de la gestión estatal y la vigilancia de la sociedad civil constituyen algunos de esos ámbitos. Por lo demás, el acceso a un tipo de información que dé cuenta acerca de la forma en la que se están gestionando los recursos públicos genera espacios de control por parte de la ciudadanía; circunstancia favorable para cualquier gestión pública.

#### IV. Conclusiones

1. Se puede afirmar que el acceso a la información pública no solo constituye un derecho fundamental de los ciudadanos, sino que también y como contracara, es una herramienta de transparencia de la gestión estatal<sup>[8]</sup>.
2. EL Estado tiene obligación de poner en marcha y de manera efectiva mecanismos de transparencia pasiva y transparencia activa.
3. El acceso a la información pública es relevante pues es una manera que los ciudadanos tienen de controlar la gestión gubernamental, participar de manera activa con el Gobierno y, sobre todo, evita o corta camino a actos de corrupción por parte de funcionarios públicos.
4. Son varias las normas nacionales e internacionales –de las cuales el Perú es parte– que contemplan el derecho de acceso a la infor-

8 FERNÁNDEZ, Lucía. Transparencia y acceso a la información pública. En: Palestra Portal de Asuntos Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: [http://ipys.org/sites/default/files/articulo\\_lucia\\_fernandez.pdf](http://ipys.org/sites/default/files/articulo_lucia_fernandez.pdf)  
Consultado el 28/02/2014 a las 03:42pm.

mación pública y las obligaciones del Estado en la materia. Por lo tanto, no debería existir excusa alguna para que no se tomen medidas orientadas a erradicar la cultura del secreto y, como contracara, para efectivizar el ejercicio de este derecho por parte de los ciudadanos.

5. Resulta de suma relevancia que la legislación nacional desarrolle los alcances de este derecho y los mecanismos para ejercerlo ya que aún se mantiene en muchos estamentos del Estado la cultura del secreto en la mente de los funcionarios públicos.



#### V. El acceso a la información contenida en expedientes fiscales y judiciales

De acuerdo al Tribunal Constitucional, el derecho al acceso a la información pública es un pilar del régimen democrático, en tanto que permite el ejercicio de otras libertades fundamentales, como la libertad de investigación, opinión y expresión<sup>[9]</sup>. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que, en una sociedad democrática, existe “la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”<sup>[10]</sup>. En síntesis, el derecho a la información pública es un pilar del régimen democrático, en tanto que permite que la población cuente con la información necesaria

9 Sentencia del 29 de enero de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC  
10 Sentencia del 19 de junio de 2006 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes Vs Chile. Considerando 92.

para poder tener una opinión pública<sup>[11]</sup>. Asimismo, este derecho ayuda a combatir la corrupción y producir mayor confianza ciudadana en las autoridades públicas<sup>[12]</sup>.

Tomando en cuenta lo antes dicho, el inciso 5° del artículo 2° de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a solicitar, sin expresión de causa, la información que requiere y a recibirla por parte de la entidad pública correspondiente. Ahora bien, ¿qué se entiende por *información pública*? El Tribunal Constitucional ha definido la información pública de la siguiente manera: “*Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como información pública, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le ponen los órganos públicos en la adopción de decisiones (...)*”<sup>[13]</sup>.

De lo dicho líneas arriba se desprende que toda pieza que forme parte de una carpeta fiscal o un expediente judicial es, en principio, información pública; ello en la medida de que es información que se encuentra en la posesión de fiscales y jueces (funcionarios públicos), y, a la vez, les permite a estas autoridades tomar decisiones a lo largo del proceso judicial. A pesar de ello, y como bien lo ha advertido años atrás la Defensoría del Pueblo, existen una serie de dificultades para acceder a la información contenida en carpetas fiscales y expedientes judiciales<sup>[14]</sup>. Por este motivo, expondremos y analizaremos los argumentos que utilizan algunas autoridades jurisdiccionales para negar la solicitud de terceros ajenos al proceso a

acceder a información contenida en procesos judiciales.

### 1. Razones y Motivos aparentes para negar el acceso a información contenida en expedientes judiciales

Hemos visto que la Defensoría del Pueblo y algunas instituciones de la sociedad civil han denunciado que algunos órganos jurisdiccionales se han negado a admitir que terceros accedan a la información contenida en expedientes judiciales, imponiendo muchas veces la reserva de procesos judiciales aun en casos de presunta corrupción. Ahora bien, los órganos jurisdiccionales fundamentan su negativa en dos razones y argumentos:

I) Proteger el derecho a la intimidad de los procesados

II) Proteger la eficacia de los procesos judiciales

Estos dos argumentos encuentran respaldo en algunas normas procesales que ponen límites y obstrucciones al derecho de todos a acceder a información pública contenida en expedientes judiciales en trámite y/o archivados. En esta línea, se pueden citar las siguientes normas:

- **Artículos 138° y 139° del Código Procesal civil:** de acuerdo a estas normas, el acceso a los expedientes en trámite se limita a las partes, sus abogados y a los apoderados. Además, el acceso a terceros solo se permite luego de concluido el proceso. Es preciso señalar que, de acuerdo a la primera de las disposiciones complementarias y finales del código procesal civil, estas normas se aplican supletoriamente a los demás procesos y procedimientos jurisdiccionales.
- **Artículo 73° del Código de Procedimientos Penales:** de acuerdo a esta norma la etapa de instrucción es reservada.

Luego de habernos aproximado a los motivos por los que los órganos jurisdiccionales niegan el acceso a la información a terceros ajenos al proceso, conviene analizar la validez y constitucionalidad

11 Sentencia del 6 de abril de 2004 emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC. 12 cf. ABAD YUPANQUI, Samuel. El derecho de acceso a la información pública. En: GUTIERREZ, Walter (Director). La Constitución Comentada. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2008. pág. 84.

13 Sentencia del 6 de abril de 2004 emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC. 14 cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe N° 96. Balance a dos años de vigencia de la ley de transparencia y acceso a la información pública (2003-2004). pág. 186. En: [http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_96.zip](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_96.zip). Visitado el 06 de marzo de 2014.

de dichos argumentos.

### 2. Publicidad extraprocesal y regulación constitucional

- **Sobre las normas procesales que restringen el acceso a la información pública a terceros a ciertas etapas del proceso**

Lo primero que debemos decir es que las normas del Código Procesal Civil y del Código de Procedimientos Penales son anteriores a la Ley de Transparencia y acceso a la información (en adelante LTAI), norma que regula dicho derecho. Más aún, las normas contenidas en los códigos procesales son generales frente a la especialidad de la citada ley. Por estos motivos, y de acuerdo a los principios de *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat legi generali*, se debe preferir lo contenido en la Ley de Transparencia por sobre lo señalado por los otros cuerpos legislativos. Más aún, se debe tener en cuenta que las normas procesales pueden llegar a ser inconstitucionales, toda vez que, como veremos a continuación, contradicen lo señalado por la norma suprema. En esta línea, analizaremos la coherencia de las normas procesales frente a lo señalado por LTAI y la Constitución.

¿Cómo regula la Constitución el acceso a la información contenida en procesos judiciales por responsabilidad funcional? Como vimos, el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir la información que requiera por parte de la entidad pública. Así mismo, el inciso 4 del artículo 139° de la Constitución establece un mandato especial o reforzado de publicidad, disponiendo lo siguiente:

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

(...)

4. La publicidad en los procesos, salvo dispo-



## DEFENSORÍA DEL PUEBLO

*ción contenida en los procesos judiciales, o lo que es lo mismo, el conocimiento por terceros que no son parte en los procesos de la información incorporada en los expedientes judiciales*<sup>[15]</sup>. Dicho principio no sólo tiene un carácter de garantía del imputado, sino que, sobre todo, representa un derecho político de los ciudadanos de controlar los actos de gobierno<sup>[16]</sup>. En otras palabras, la publicidad extraprocesal permite comprobar que los funcionarios públicos cumplan correctamente con sus deberes legales.

Por otro lado, la Constitución actual, a diferencia de la Constitución del 79, no limita el principio de publicidad extraprocesal a determinados procesos o etapas procesales. En este sentido, la propia Defensoría del Pueblo ha establecido en su Informe antes mencionado que “(...) a diferencia del inciso 3 del artículo 233° de la Constitución de 1979, que se refería a la publicidad de los juicios penales, la norma constitucional bajo comentario

15 f. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe N° 96. Balance a dos años de vigencia de la ley de transparencia y acceso a la información pública (2003-2004). pág. 188. En: [http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe\\_96.zip](http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe_96.zip). Visitado el 16 cf. BOVINO, Alberto. Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998. pág.272

no hace distingo entre tipos de procesos o etapas de los mismos –instrucción o juicio oral en el caso de los procesos penales – por lo que **debe entenderse que se refiere a todos los procesos judiciales, así como a todas sus etapas, como regla general**<sup>17</sup>. En esta medida, la regla constitucional es que toda información contenida en procesos judiciales, sin importa la etapa procesal, es pública, y por lo tanto, sujeta a que los terceros soliciten acceso a la misma.

A pesar de ello, las normas procesales restringen el acceso a la información a ciertas etapas procesales. Es oportuno recordar que el legislador no puede establecer límites irrazonables o desproporcionales a la regla de publicidad, toda vez que ella esta relacionada a un derecho fundamental<sup>18</sup>. Las normas procesales antes citadas no han tomado en cuenta la importancia del acceso a la información y el principio de publicidad extraprocesal reconocidos por la Constitución, estableciendo límites arbitrarios y rígidos que no se condicen con la obligación de todo órgano jurisdiccional de ejercer su función de forma transparente y respetando el derecho de los ciudadanos. Más aún, la restricción procesal, en la mayoría de casos, no guarda relación con un interés digno de protección jurídica. Por ejemplo, ¿qué interés protege el juez que niega el acceso, solicitado por un periodista, a las piezas procesales de un caso de corrupción que se encuentra en etapa de investigación? Es claro que, en estos casos, las normas procesales se tornan arbitrarias e ilícitas. Por tanto, podemos concluir que la restricción hecha por el Código Procesal Civil y el Código de Procedimientos Penales es contraria a la Constitución, toda vez que impone un límite rígido al acceso a la información.

Sin perjuicio de lo antes dicho, el acceso a la información y el principio de publicidad extraprocesal presentan límites constitucionales. En este

sentido, nuestro Tribunal Constitucional señala:

“Como se encarga de recordar el propio inciso 5) del artículo 2 de nuestra Ley Fundamental, su ejercicio (del derecho a la información pública) no es absoluto, sino que esta sujeto a límites o restricciones que se pueden derivar, ya sea de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase (v.gr. derecho a la intimidad personal) o bien por la necesidad de salvaguardar bienes constitucionalmente relevantes (v.gr. la seguridad nacional), y siempre que estas hayan sido expresamente previstas en la ley<sup>19</sup>”

Lo señalado por el Tribunal Constitucional implica que solo a través de una ley pueden establecerse excepciones al derecho fundamental a la información<sup>20</sup>. En el ordenamiento peruano, la Ley 27806, LTAI, es la norma que regula y dispone las excepciones al derecho a la información pública.

En esta línea, los artículos 15°, 15-A y 15-B de la citada ley enumeran las excepciones al derecho a la información pública. En dicha lista, no se reconoce como información secreta, reservada o confidencial a las piezas procesales de casos archivados o en trámite que estén en manos del Ministerio Público y/o el Poder Judicial.

En conclusión, la Constitución y la LTAI, normas encargadas de delimitar el derecho al acceso a la información y señalar sus restricciones, no restringen la publicidad de la información contenida en los procesos judiciales. De esta manera, es ilícito negar el acceso a la información contenida en piezas procesales a partir de lo estipulado en el Código de Procedimientos Penales y/o en el Código Procesal Civil.

- **Sobre la intimidad y la eficacia de los procesos judiciales**

El inciso 5 del artículo 2 de la Constitución señala

19 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 21 de enero de 2004 en el Expediente 1219-2003-PI/TC  
20 cf. ABAD YUNPANQUI, Samuel. Ob. Cit. pág. 86.

17 cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ibidem.  
18 cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ob. Cit. pág. 189

que una de las excepciones al acceso a la información pública está constituida por los datos que afecten la intimidad personal. Del mismo modo, el inciso 5 del artículo 15 B° de la LTAI considera que la información referida a datos personales que constituyan parte de la intimidad personal y familiar tiene carácter confidencial y, por tanto, se exceptúan del derecho de acceso a la información y del principio de publicidad. Pero, ¿qué se entiende por intimidad? De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la intimidad está conformada por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas<sup>21</sup>.



En este sentido, es correcto señalar que el derecho a la intimidad es un límite al ejercicio del derecho a la información<sup>22</sup>. Sin embargo, el problema viene con la delimitación y concreción de lo que se entiende por intimidad en cada caso. El órgano jurisdiccional que recibe una solicitud de información debe analizar si esta pertenece a la esfera íntima, eso es, si la información solicitada implica un hecho o dato reservado al sujeto mismo. En esta medida, no se debe partir de una presunción de dañosidad absoluta, sino que se debe determi-

nar caso por caso si es lícito aplicar la restricción de acceso a la información en razón de una vulneración a la intimidad personal (por ejemplo: información sobre salud, vida familiar, opción sexual y/o vida sexual). Esta decisión debe ser, además, motivada por el juez, toda vez que implica una restricción al derecho fundamental a la información y una excepción a la regla de publicidad.

Ahora bien, es preciso señalar que cuando estamos frente a un funcionario público el análisis debe ser distinto al realizado en casos comunes. No se debe ignorar que el sujeto que decide voluntariamente acceder a la función pública acepta implícitamente un régimen de escrutinio y transparencia mayor a de la población en general. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

*“en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”<sup>23</sup>*

Vemos que los límites de la intimidad varían si se trata de personas comunes o personas que, en atención a su función, llevan sobre ellos una mayor exigencia de transparencia<sup>24</sup>. Si se comparte lo antes dicho, resulta lógico que la prevalencia de la información sólo estaría justificada cuando la información requerida tenga directa vinculación o incidencia sobre las funciones, responsabilidades o actividades que desempeña la persona<sup>25</sup>. En atención a ello, no es lícito, bajo ningún argumento, negar información concerniente a la investigación y sanción de casos de corrupción a

23 Sentencia del 2 de mayo de 2008 emitida por Corte Interamericana de Derechos Humanos. Kimel vs. Argentina. Serie C, N° 177.

24 cf. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La libertad de expresión e Información y el Derecho a la Intimidad personal. Lima: Palestra, 2004. Pág. 125.

25 Ídem. pág. 126.

21 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 17 de octubre de 2005 en el Exp. 6712-2005/HC.

22 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 15 de octubre de 2007 en el Exp.04573-20075/PHD.

partir de la supuesta vulneración de la intimidad del servidor público, toda vez que estamos frente a datos directamente relaciones con el ejercicio de la función pública.

Finalmente, se ha dicho que un argumento frecuente para negar el acceso a piezas procesales por parte de terceros se fundamenta en la supuesta protección de la eficacia de los procesos. Creemos que este argumento es coherente con el derecho a la tutela jurisprudencial efectiva, reconocido en el artículo 139 del Constitución. En este sentido, no esta permitido que, en aras de permitir el acceso a la información, el proceso judicial pierda eficacia y se lesione el derecho que tienen las partes de que sus procesos sean llevados eficazmente. No obstante, el problema radica en la mala interpretación de dicha excepción. En esta medida, sólo cuando se afecta el contenido de las diligencias y la eficacia del proceso de forma actual o inminente, y no de forma remota distante o hipotética, se puede restringir el acceso a la información<sup>[26]</sup>.

Lo antes relatado manifiesta que es necesario hacer un test de proporcionalidad entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De ello se desprende, como primera conclusión, que en los casos en los que no exista peligro inminente de lesionar la tutela jurisdiccional efectiva no se podrá restringir el acceso a la información. Ello no sólo ocurre en la información sobre procesos con archivo definitivo (sea en sede fiscal o judicial), sino también en información que no posibilita la frustración de una diligencia o la eficacia misma del proceso. Formulada con otras palabras, si el acceso a la información no le resta eficacia al proceso, no debe de limitarse el acceso a la información.

Ahora bien, los casos de corrupción requieren una especial consideración, toda vez que el test de proporcionalidad debe evaluar no sólo el acceso a la información y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino que también debe considerar el principio de lucha contra la corrupción. En esta

medida, se debe recordar que el principio de publicidad sobre los procesos por actos de corrupción permite vigilar y evaluar lo que sucede en la administración de justicia<sup>[27]</sup>. De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, la lucha contra la corrupción representa un interés internacional<sup>[28]</sup> constitucionalmente protegido<sup>[29]</sup>, un mando constitucional<sup>[30]</sup> y un principio constitucional<sup>[31]</sup>. Es por este motivo que, para poder restringir el acceso a información sobre casos de corrupción, el peligro sobre la eficacia del proceso debe ser muy grave, al punto de que decline la publicidad extraprocesal reconocido por la Constitución. En todo caso, este test de proporcionalidad deberá ser realizado de acuerdo al caso concreto.

## VI. Acceso a la información pública y medios de prensa peruanos

A lo largo de los años, los medios de comunicación han hecho eco de las debilidades del marco establecido por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información (Ley N° 28706). Y es que, casos como el de José Enrique Crousillat (en donde se solicitaban los informes que sustentaron su indulto), la solicitud de la relación de visitantes a Antauro Humala dirigida al Instituto Nacional Penitenciario, o el caso de la declaración jurada de los bienes del expresidente Alan García Pérez, son una pequeña muestra de los rezagos de una cultura del secreto que se mantiene en ciertas entidades públicas. De esta manera, son los medios de comunicación quienes tienen un papel preponderante en la denuncia de actos contrarios al ejercicio del derecho de acceso a la información

27 cf. VICTORERO, Sabrina. VICTORERO, Sabrina. *La Publicidad, una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción*. En: *Revista Lecciones y Ensayos*, N°80 2010. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2010. pág. 204.

28 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 8 de agosto del 2008 en el Expediente 1217-2008-PHC/TC

29 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 21 de julio de 2005 en el Expediente 019-2005-AI/TC

30 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 23 de abril de 2007 en el Expediente 0006-2006-CC/TC

31 Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 29 de agosto de 2007 en el Expediente 009-2007-PI/TC

26 cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ob. Cit. pág. 196.

pública, sobre todo si se tratan de casos relacionados con actos de corrupción.

Toda la información anteriormente mencionada fue negada en su momento bajo el argumento de supuestas infracciones a la intimidad o afirmando que en realidad se trataba de información que atentaba contra la defensa y seguridad nacional, lo cual generó la denuncia correspondiente por parte de los medios de prensa. Cabe precisar que estos no fueron los únicos casos relacionados con la materia, por lo que a continuación, realizaremos un breve repaso por los principales casos que fueron noticia, resaltando en su oportunidad aquellos que tuvieron un éxito significativo en cuanto al acceso a la información.



### 1. Secreto Militar

Una de las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información prevista por la ley 27806 es aquella que, por su naturaleza, es clasificada como secreta (artículo 15) por estar íntimamente vinculada con la seguridad y defensa nacional (como el caso de los planes de defensa o inteligencia, por ejemplo). Sin embargo, bajo el argumento de encontrarnos ante este tipo de información, se han presentado casos que han sido criticados por los medios de prensa.

En el año 2003, Mauricio Aguirre, entonces periodista del programa Cuarto Poder, fue acusado de cometer el delito de revelar secretos de interés

nacional en agravio del estado<sup>[32]</sup>. Dicha acusación se sustentaba a partir de la propalación de un video en el que se registraba una sesión del Consejo de Defensa Nacional a propósito del diferendo limítrofe entre Perú y Ecuador.

Un caso más reciente ha sido el pedido realizado por el periodista Christopher Acosta (agencia INFOS) al Ministerio de Defensa sobre la relación de miembros de las fuerzas armadas caídos en actividad en el Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM)<sup>[33]</sup>. La respuesta a dicha solicitud fue negativa en la medida que, según la cartera de Defensa, se trataba de información secreta, encontrándose por tanto en la excepción prevista por la normativa vigente.

Esta excepción ha sido criticada duramente por su poca precisión al momento de establecer qué información recae en el supuesto, crítica que ha tomado mayor relevancia a partir de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1129 (Decreto Legislativo que regula el Sistema de Defensa Nacional) el día 7 de diciembre de 2012.

La crítica al referido dispositivo se concentra en su artículo 12, según el cual *“Los acuerdos, actas, grabaciones, transcripciones y en general, toda información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, y aquellas que contienen las deliberaciones sostenidas en las sesiones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional, son de carácter secreto”*. Según la prensa nacional, el referido artículo atenta abiertamente contra el derecho de acceso a la información.

Al respecto, el Instituto de Prensa y Sociedad (IPYS) se pronunció señalando que: *“De acuerdo al artículo 12° de esta norma, la opinión pública no podrá conocer en adelante ningún tipo de información relacionada con la Seguridad y la De-*

32 Diario La República. “Buscando al Snowden peruano”. En línea. Disponible en: <<http://www.larepublica.pe/29-10-2013/buscando-al-snowden-peruano>> Consulta: 9 de marzo de 2014.  
33 Ibid.

fensa Nacional. Así, este tipo de información es considerada secreta en todos los casos y sin ningún límite de tiempo, estableciéndose una inaceptable presunción de secretismo o, lo que es lo mismo, la imposición del secreto como una regla absoluta, sin excepciones<sup>34</sup>. De esta manera, según IPIYS, existe la posibilidad de que aquellos periodistas que publiquen ese tipo de información sean denunciados por la comisión del delito de revelación de secretos nacionales, tipificado en el artículo 330° del Código Penal.

A partir de ello, la Defensoría del Pueblo presentó una demanda de inconstitucionalidad<sup>35</sup> contra dicha norma, argumentando, junto a algunos aspectos formales (como el exceso del Poder Ejecutivo al haber legislado sobre temas que no le habían sido autorizados, así como la vulneración al principio de reserva de ley en la afectación de derechos fundamentales) que vulnera y anula el derecho fundamental de acceso a la información pública, el cual está reconocido por nuestra Constitución y el sistema interamericano de derechos humanos.

## 2. Información confidencial y Afectación a la intimidad

### Información “confidencial”

Con este argumento se denegaron solicitudes de acceso a la información a varios periodistas, de los cuales, pueden mencionarse tres casos en particular. En primer lugar, la solicitud de la periodista Dánae Rivadeneira a propósito de los contratos de los miembros del programa “Inserción Social para Personas con Conducta en Riesgo”,

ejecutado por el Gobierno Regional del Callao. Y ello en cuanto se tenía la sospecha de que en realidad se estaba contratando a los guardaespaldas del Presidente Regional del Callao. El pedido fue denegado.

Un segundo caso fue el pedido realizado por el abogado Kyoshy Kuroki, respecto de los informes que sustentaron el indulto a José Enrique Crousillat. En concreto, se solicitaba el informe humanitario, el acta de la Junta Médica Penitenciaria, y el Protocolo Médico del indultado. Sin embargo, ninguno de estos documentos le fueron entregados.

Situación similar se ha presentado en relación a la información solicitada por Rafael Verau (periodista) sobre la lista de visitas que ha recibido Antauro Humala en la prisión de Piedras Gordas. El Instituto Nacional Penitenciario (Inpe) rechazó la solicitud señalando que se trataba de un asunto confidencial, sin ofrecer motivo alguno que sustente tal decisión.

Intimidación: caso de las declaraciones juradas sobre bienes y rentas

Uno de los argumentos en virtud de los cuales se niega determinada información es la supuesta injerencia en temas relacionados con la intimidad de los funcionarios públicos. Un caso reciente que fue valorado por el propio Tribunal Constitucional, fue la solicitud de información presentada por el periodista Carlos Enrique Bracamonte, sobre los bienes y rentas del expresidente de la República, Alan García Pérez<sup>36</sup>. Como resultado de dicha solicitud, el periodista recibió las fechas en las que el diario oficial El Peruano había publicado la declaración jurada del exmandatario, en las cuales se consigna un monto aproximado de su patrimonio.

Ante ello, el periodista interpuso una demanda

36 Ricardo Uceda. “El lado oscuro del acceso a la información pública”. En línea. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/11-02-2013/el-lado-oscuro-del-acceso-la-informacion-publica>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

34 Instituto de Prensa y Sociedad (IPYS). “El Ipys denuncia grave atentado del gobierno contra la transparencia, el acceso a la información y la libertad de expresión”. En línea. Disponible en: <http://www.ipys.org/comunicado/1478-10-de-diciembre-de-2012>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

35 Demanda de inconstitucionalidad presentada el día 15 de febrero, la misma a la que puede accederse mediante el siguiente link: <http://es.scribd.com/doc/125693179/Demanda-de-inconstitucionalidad-Defensoria>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

de Hábeas Data bajo dos argumentos en concreto. En primer lugar que, conforme al artículo 40 de la Constitución, “es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos”. Por otro lado, que según la Ley 27482, “La Declaración Jurada debe contener todos los ingresos bienes y rentas, debidamente especificados y valorizados tanto en el país como en el extranjero, conforme a formato único aprobado por el Reglamento de la presente Ley”.

A pesar de los argumentos esgrimidos en la demanda, el Tribunal Constitucional negó parcialmente la entrega de la información señalando que “el otorgar publicidad e información tan detallada de los funcionarios públicos y de sus cónyuges constituye una pretensión que se distanciaría del interés público para pasar al ámbito de la mera curiosidad, la misma que no encuentra en modo alguno respaldo constitucional”. Asimismo, apuntó que “dicha restricción de acceso a la información pública se encuentra justificada constitucionalmente en la protección del derecho a la intimidad o vida privada, del cual también gozan los funcionarios y los servidores públicos así como sus cónyuges”. De esta manera, el periodista Carlos Enrique Bracamonte solo pudo tener acceso a la información de los bienes registrables de Alan García, información que fue considerada de acceso público, quedando de lado los bienes no registrables e ingresos provenientes del sector privado, ahorros colocaciones, depósitos e inversiones tanto del funcionario como de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, cabe mencionar que, tal y como veremos a continuación, no todos los casos de acce-



so a la información han sido rechazados respecto de la prensa nacional.

## 3. Casos en los que se concedió el acceso a la información

### a) Caso congresista Tula Benítez<sup>37</sup>

En este caso, el IPYS solicitaba el acceso al registro de los debates parlamentarios que se hicieron en el marco de la investigación a la congresista Tula Benítez (APRA), a propósito de la presunta contratación irregular de un trabajador. Dicha investigación determinó la suspensión en sus labores parlamentarias, ya que habría retenido el dinero correspondiente al sueldo mensual del trabajador.

La respuesta del Congreso ante la solicitud fue que el debate era secreto, por lo que no podía brindar dicha información. Ante ello, el IPYS presentó una demanda de Hábeas Corpus que resultó favorable por considerarse que el pedido no estaba referido a ninguna de las excepciones previstas en la Ley de Acceso a la Información. En la sentencia, el Trigésimo Juzgado Civil de Lima señaló que, “(...) la reserva ocurre sólo durante la investigación, una vez concluida ésta y producido el pronunciamiento, es posible divulgar tanto el fallo como las actuaciones realizadas. Esto tiene su lógica, pues se evita un prejuzgamiento en la opinión pública, y se presenta una sola idea, sin que existan suposiciones o rumores respecto del investigado<sup>38</sup>”. De esta manera, se ordenó al Congreso de la República que entregue la información<sup>39</sup>.

37 Sobre el caso Tula Benítez, puede accederse a la siguiente página web: <http://www.desdeeltercerpiso.com/cat/tula-benites/>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

38 Sentencia, el Trigésimo Juzgado Civil de Lima, recaída en el Exp. N° 45941-2007-0-1801-JR-CI-32, del 9 de agosto de 2011. En línea. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/63526142/SENTENCIA-Caso-Tula-Benites>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

39 Instituto de Prensa y Sociedad (IPYS). “Ipys gana nuevo juicio contra el Congreso por impedir acceso a la información”. En línea. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/29-08-2011/ipys-gana-nuevo-juicio-contra-el-congreso-por-impedir-acceso-la-informacion>. Consulta: 9 de marzo de 2014.



b) Caso Fabiola de la Cuba<sup>[40][41]</sup>

En el año 2009 la periodista Adriana León (IPYS), solicitó información con respecto a la irregular entrega de quince mil dólares americanos que realizó el Congreso de la República para subvencionar a la empresa de espectáculos Fabiola de la Cuba Producciones S.A (conforme a la Resolución de Presidencia del Congreso N° 021-2009-2010/P-CR). El monto estaba destinado a subvencionar presentaciones de la artista en Chiclayo y Trujillo.

En el pedido, se solicitaba el acta del Consejo Directivo, así como los informes presupuestales y jurídicos que sustentaban tal decisión. Ante la negativa del Congreso por remitir tales informes, se presentó una demanda de Hábeas Data, la misma que fue resuelta por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declarando fundada la demanda, ordenó la entrega de la información.

c) Caso Gestores<sup>[42]</sup>

Ante el debate que surgió por las presuntas irregularidades en la ejecución del programa “Gesto-

res por el desarrollo local”, la periodista Danae Rivadeneyra (IPYS) realizó una solicitud de acceso a la información. El pedido incluía<sup>[43]</sup>:

1. *Las Bases del Concurso Público o Términos de Referencia para la selección de personal para el programa social “Gestores para el desarrollo local”.*

2. *La relación de personas seleccionadas como “Gestores para el desarrollo local”.*

3. *Las hojas de vida (curriculum vitae) de las personas seleccionadas como “Gestores para el desarrollo local”.*

4. *Los contratos firmados por las personas seleccionadas como “Gestores para el desarrollo local”.*

En su respuesta, el Congreso de la República señaló que se trataba de “información confidencial que puede afectar la intimidad personal y familiar”<sup>[44]</sup>. Sólo por la presión de los medios de comunicación, se pudo tener acceso a la información solicitada; sin embargo, cabe destacar que dicha entrega se dio un día antes que se desactivase el programa.

d) Caso César Acuña Peralta<sup>[45]</sup>

Este fue el caso del alcalde de la Municipalidad de Trujillo, César Acuña Peralta, al cual se le acusaba por la comisión del delito de peculado, ya que durante su gestión, se aprobó la entrega de subvenciones sociales a cierto número de afiliados a su partido político, así como al pago de fiestas

40 Carlos Castillo. “Luis Alva Castro subsidió a Fabiola de la Cuba”. En línea. Disponible en: <<http://peru21.pe/noticia/380994/luis-alva-castro-subsidio-fabiola-cuba>>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

41 Instituto de Prensa y Sociedad (IPYS). “Perú: Poder Judicial obliga al Congreso entregar información sobre donación a Fabiola de la Cuba Producciones S.A”. En línea. Disponible en: <<http://ipys.org/index.php?q=noticia/756>>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

42 Martín Hidalgo. “El programa de gestores que puso en jaque a Daniel Abugattás”. En línea. Disponible en: <<http://www.larepublica.pe/24-02-2012/el-programa-de-gestores-que-puso-en-jaque-daniel-abugattas>>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

43 Se puede acceder a la solicitud de acceso a la información presentada por la Agencia INFOS mediante el siguiente enlace: <<http://www.scribd.com/doc/83535579/Pedido-de-acceso-sobre-gestores>>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

44 La respuesta del Congreso de la República a la solicitud presentada por la periodista Danae Rivadeneyra, se encuentra disponible en: <<http://www.scribd.com/doc/83517967/Respuesta-del-Congreso-sobre-Gestores>>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

45 ACOSTA, Christopher. “Acuña mete la uña”. Disponible en: <<http://www.infos.pe/2012/04/acuna-mete-la-una/>>



para los trabajadores del municipio. Además, el caso incluía la entrega de subvenciones a comedores populares, subvenciones que habían sido prometidas con tres semanas de anticipación a las elecciones municipales.



Esta denuncia fue posible luego de treinta pedidos de acceso a la información formulados a la Municipalidad de Trujillo, por parte del periodista Christopher Acosta (INFOS). Solo así se pudo advertir la existencia de un sistema detrás de la entrega de subvenciones, la misma que incluía la autorización por parte del Consejo Municipal, para que Acuña Peralta pueda disponer discrecionalmente de dichos fondos.

#### 4. Aspectos positivos y recomendaciones realizadas por los medios de prensa

Si bien es cierto que los medios de prensa han detectado ciertos inconvenientes en el ejercicio de su profesión con respecto al acceso a la información pública, se aprecian ciertos aspectos

positivos, entre los cuales se destacan la implementación de portales de transparencia y acceso a la información en cada entidad pública, los lineamientos para la creación de portales de transparencia y acceso a la información, la designación de funcionarios responsables encargados de brindar información así como la posibilidad de realizar las solicitudes en formato virtual.

Entre las recomendaciones, los medios de prensa sugieren la creación de una autoridad nacional de acceso a la información (como sucede en el caso mexicano con el Instituto Federal de Acceso a la Información). Dicho pedido también ha sido tomado en cuenta por la Defensoría del Pueblo<sup>[46]</sup>, que presentó un anteproyecto de ley en el que se propone la creación de un sistema nacional de transparencia y acceso a la información pública, dirigido por una Autoridad Nacional especializada. Dicha autoridad sería un ente autónomo que fiscalice, sancione y resuelva los conflictos de acceso a la información en sede administrativa. Asimismo, se reclama que la información que aparece en los portales web sea actualizada constantemente y que se encuentre en un lenguaje comprensible para todo público.

46 Para acceder al anteproyecto: <<http://es.scribd.com/doc/117451880/Anteproyecto-Autoridad-Autonom>>. Consulta: 9 de marzo de 2014.

## Caso de Enriquecimiento ilícito: Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Cayma



Por ANA CAROLINA NAVAS  
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

### Hechos:

El 21 de agosto de 2003, en la sesión ordinaria del Concejo de la Municipalidad Distrital de Cayma, se acordó efectuar el relanzamiento de la piscina olímpica municipal. Para ello, el 02 de octubre de 2003, en sesión de concejo, se concertó solicitar un crédito al Banco de la Nación por un millón y medio de soles (s/. 1500000.00) con la finalidad de ejecutar varias obras planificadas por la Municipalidad, entre ellas la refacción de la piscina olímpica.

El mismo día que se acordó solicitar el préstamo, mediante Resolución de Alcaldía N° 1447-2003. MDC de fecha 02 de octubre de 2003, se nombró

al Comité especial permanente de procesos de selección de adjudicación de menor cuantía de la Municipalidad de Cayma para que se encargue de la adquisición, suministro, arrendamiento de bienes, contrataciones de servicios en general y contrataciones de servicios de consultoría. Dicho comité tenía como Presidente a Luis Alberto Begazo Burga (Director Municipal) y como miembros titulares a Ofra Oscar Herrera Pastor (Jefe de Área de Abastecimiento) y Félix Charres Vargas (Jefe de Unidad de Administración Financiera). En ese sentido, tuvieron a su cargo los procesos de Adjudicación de menor cuantía N° 083-2003 y Adjudicación directa N° 141-2003.

Cabe mencionar, que en la convención probatoria se ha probado que Ofra Oscar Herrera y Félix Charres tenían conocimiento que la finalidad del comité era que resulte ganadora Heliocol Perú S.R.L., y avalaron con sus firmas la documentación relativa al desarrollo de los procesos de selección y adjudicación.

Para llevar a cabo los mencionados procesos, la Alcaldía en coordinación con la División de Desarrollo Urbano se encargaron de la elaboración del expediente técnico respecto de las obras que eran necesarias realizar en la piscina olímpica para su relanzamiento. Por lo que, el referido expediente estuvo a cargo del arquitecto Javier Palma Arredondo, Jefe de la División de Desarrollo Urbano, y sirvió para declarar en situación de urgencia la contratación, aunque en realidad no se encontraba en tal situación.

Asimismo, las bases no fueron elaboradas por todos los integrantes del comité, sino solo por Luis Begazo (Presidente del Comité) y Blanca Garavito Saavedra (Asesora externa de la Municipalidad de Cayma desde el 18 de agosto del 2003 al 31 de diciembre del mismo año). Por otro lado, Luis Begazo era el único que tenía manejo de todos los procesos de adquisiciones, ya que los demás miembros del comité, por su falta de experiencia y conocimiento, no participaron directamente.

Además, las bases fueron aprobadas sin contar con el expediente técnico; sin considerar que de dicho documento se debió extraer las especificaciones técnicas y términos de referencia que deben contener las bases. Tampoco se consideró en el documento el cronograma para la ejecución del desmontaje y el detalle de los trabajos a ejecutar por el contratista, y no se incluyó las fechas en que los que se desarrollaría el proceso de selección.

Por otro lado, se invitó a que participaran, en el proceso de adjudicación, empresas que no reunían las calidades de especialidad y experiencia requeridas. Conjuntamente, tres propuestas de empresas aparentemente invitadas coinciden en la forma del escrito y redacción, a tal punto que

incurren en el mismo error, puesto que consignaron Adjudicación Directa Pública N° 141-2003-MDC cuando lo correcto era Adjudicación de Menor Cuantía N° 141-2003-MDC. Ello demuestra que se hizo ingresar por mesa de partes cotizaciones que fueron elaboradas por una misma empresa o persona, y que fueron presentadas con el fin de simular que habían otras empresas interesadas, cuando en realidad la invitación al proceso fue restringida.

A todo ello, se añade que el gerente de Heliocol Perú presentó una cotización falsa presuntamente elaborada por la empresa LAVISA S.R.L. Incluso, la encargada de mesa de partes, Yery Lazarte Juyo, indicó que Luis Begazo presentó por mesa de partes los sobres que contenían las propuestas de las otras empresas postoras. Al final, no hubo más postores que Heliocol Perú S.R.L. para participar en el proceso de adjudicación.

Y con respecto a la adjudicación de la buena pro, no hubo ninguna reunión del comité para otorgarla, solamente se habían encargado del tema el presidente del comité, Luis Begazo (Director Municipal) y la Alcaldía.

El 01 de diciembre de 2003, Luis Begazo comunicó a la Alcaldía, el otorgamiento de la buena pro a la empresa Heliocol Perú S.R.L. Y el en el contenido del Acta de adjudicación de la buena pro, se aprecia criterios no establecidos en las bases, Heliocol no contaba con licencia de funcionamiento y la Municipalidad Distrital de Cayma era su primer cliente. En resumen, estamos frente a un caso en que se acreditó que hubo una disposición de dinero de la Municipalidad Distrital de Cayma en una obra cuyo proceso de selección fue simulado, declarando irregularmente la urgencia del proyecto, limitando la participación de los postores y adjudicándolo a una empresa sin experiencia y de la cual la Municipalidad Distrital de Cayma fue su primer cliente.

### Extracto relevante:

*"(...) el Fiscal acusa en mérito al artículo 397 del Código Penal (modificado por Ley*



N° 27074) y precisa que la modalidad empleada por el recurrente ha sido la realización de actos simulados, para ello se debe probar en primer lugar, cuales son los actos simulados por el recurrente. En segundo lugar, la existencia de vinculación directa entre el recurrente y la persona o empresa que adquiere la buena pro, si no se acredita esto, no se configuraría el ilícito por el que se le acusa al recurrente (...)"

## COMENTARIO:

### Elementos del tipo penal de Negociación Incompatible

El tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, recogido en el artículo 399° del Código Penal, sanciona la conducta por la cual el funcionario o servidor público se aprovecha indebidamente de su cargo al mostrar un interés particular que entra en colisión con los intereses públicos o estatales<sup>[1]</sup>. El tipo penal exige que dicho interés particular o privado se enfoque sobre alguna operación económica en la que intervienen el Estado y el funcionario público con motivo del cargo público que ocupa.

El bien jurídico que protege la negociación incompatible y que se vulnera en el presente caso, es el correcto funcionamiento de la administración pública, y en específico, la rectitud e imparcialidad que se debe garantizar frente a los administrados y frente a los competidores ofertantes que participen del proceso de selección<sup>[2]</sup>. En este caso en particular, observamos que se atenta contra el principio de probidad, entendido como la honradez y honestidad orientadas a satisfacer el interés general, desechando toda ventaja e interés particular<sup>[3]</sup>.

Con respecto a la conducta típica, el tipo indica "el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que se interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años en inhabilitación (...)".

Observamos que los miembros del comité tenían como labor llevar a cabo el proceso de selección y adjudicación de las obras de la Municipalidad Distrital de Cayma. Sin embargo, realizan una serie de actos indebidos como: elaborar un informe técnico que declara la urgencia de llevar a cabo el proyecto de refacción de la piscina olímpica, elaborar las bases del concurso sin considerar el expediente técnico y las exigencias reales de la obra. Además, no se exige solo un interés directo por parte del funcionario, ese interés puede expresarse mediante una gestión indirecta o mediante acto simulado.

2 Idem, p. 104.

3 DONNA, Edgardo Alberto. Delitos contra la administración pública. Segunda edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 2008, p. 363.

En el caso, apreciamos que se invitaron a participar a empresas inidóneas para ejecutar el proyecto, y el Director Municipal presentó propuestas de empresas al concurso a través de la mesa de partes. La Sala sostiene que existe un acto simulado, puesto que recoge que el fin de la constitución del comité fue otorgarle la buena pro a la empresa Heliocol, y se armó todo un proceso de selección y adjudicación para conseguir dicho fin.

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto actúa en la celebración de la operación económica aparentando que actúa defendiendo los intereses de la administración pública, cuando en realidad son particulares o personales<sup>[4]</sup>. Se advierte que los sujetos activos (los miembros del comité) participan en el proceso de selección y adjudicación y realizan una serie de actos ficticios y engañosos para simular todo un proceso en el cual ya se sabía a quién se le otorgaría la buena pro.

Asimismo, el tipo también exige que el aprovechamiento indebido del cargo debe ser en provecho propio o de tercero, por medio de cualquier contrato u operación en que el funcionario interviene por razón de su cargo. En esa línea, observamos el provecho que se produce en favor de un tercero, es decir, existe un provecho o ventaja patrimonial de la empresa Heliocol. Es correcto haber indicado ello, puesto que no se contaba con ningún elemento probatorio para sustentar que hay un provecho propio de los funcionarios implicados.

Por tanto, observamos que el interés que demuestra el agente en la contratación u operación debe ser particular y genera un perjuicio al interés de la administración pública a la cual el funcionario público pertenece, ya que el tipo penal reprime la existencia de parcialidad del sujeto<sup>[5]</sup>. Además, el medio que se utiliza es una operación, entendida como actos dispuestos o convocados por el Es-

tado como licitaciones, convocatorias diversas<sup>[6]</sup>. En el caso concreto, la operación es el proceso de selección y adjudicación que tenía a su cargo el comité.

Si bien, el tipo exige que haya una vinculación funcional, es decir, que el sujeto activo en razón del cargo tenga que estar asignado al interior de la administración pública. Lo cual es un hecho concreto, y si este elemento no se verifica, el delito no se configura. No se debe confundir con lo que en la sentencia se recoge, que es la necesidad de probar la vinculación de directa entre el recurrente y la persona o empresa que adquiere la buena pro.

El juzgamiento o investigación de los delitos de corrupción de funcionarios se encuentran, generalmente, frente a un problema probatorio, porque estos delitos se perpetran de forma privada y clandestina. Por ello, el legislador ha tomado en cuenta para la elaboración del tipo penal, no exigir una vinculación directa entre el funcionario público que comete el delito y el tercero que, en este caso es, una empresa beneficiaria.

Por ello, consideramos que basta que se presenten los elementos anteriormente señalados y sean probados para imputar el delito de negociación incompatible. A pesar de ello, como se puede observar en el extracto de la sentencia, la Sala exige que se demuestre la realización del acto simulado y la existencia de vinculación directa entre el funcionario y la empresa. Este último requisito no es parte del tipo penal, no hay necesidad de probarlo y como mencionamos es complicado acreditar la existencia de esa vinculación o acuerdo.

### Extracto de la sentencia

*"El argumento propuesto por la defensa de Begazo Burga, en el sentido que la **responsabilidad es Colegiada**; y que, por tanto, debería responder también los otros imputados tiene su base en la clásica teoría*

4 SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Segunda edición, Grijley, Lima, 2011, p. 558.

5 MONTOYA, Yvan y otros. Op cit. P. 104.

6 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op cit. P. 559.

de considerar a los delitos funcionariales como delitos de Infracción de Deber; que daba lugar a que era suficiente verificar el deber jurídico y su infracción para imputar un delito funcional. Sin embargo, se estima, con acierto, que la infracción de un deber constituye tan sólo un indicio; empero, lo determinante será la particular posición de dominio que asume el sujeto activo, como consecuencia de su estatus funcional. Por tanto, es viable imputar responsabilidad independiente a uno o más integrantes de un Comité colegiado, sin que necesariamente ello vincule a los otros miembros.”

“En el caso del delito de Negociación incompatible, la relación de funcionalidad está vinculada a los procesos de selección, y así debe ser expresada en la imputación vinculada al contrato o convenio por el que se adjudica la Buena Pro. Sin embargo, la restricción que plantea la relación de funcionalidad puede generar escenarios de impunidad o de puniciones indebida; en efecto, es frecuente que los que ejercen cargos directivos – Alcaldes, Presidentes Regionales, Directores Municipales etc. – muchas veces no están vinculados funcionalmente directamente con los procesos de selección --contratos, empero, de hecho, tiene una posición privilegiada respecto de esos bienes jurídicos con dominabilidad fáctica; por esa razón, esta teoría de la posición privilegiada del sujeto activo con relación al bien jurídico alcanza aquellos funcionarios que con o sin relación funcional tienen un dominio privilegiado sobre los contratos, respecto de los otros integrantes del Comité Especial. Así, quien Preside el Comité tiene ese poder dominante, obviamente tiene una posición de dominio vinculante sobre los integrantes del Comité; empero, bajo al clásica figura de la relación de funcionalidad, sustentado en

la infracción de un deber especial, debería responder todos los integrantes, a pesar de que sólo Begazo Burga, es quién tenía esa posición privilegiada; esta razón ha sido expresada en la sentencia que considera materialmente la dominabilidad que tenía Begazo Burga respecto del bien jurídico, en tanto que los otros procesados sólo aparecen vinculados formalmente.”

#### COMENTARIO JURISPRUDENCIAL:

##### Delitos de Infracción de Deber y Relación funcional

La infracción de deber consiste en que el fundamento de la autoría en algunos delitos no descansaría en el dominio fáctico del suceso, sino en la titularidad de un deber extra penal que es infringido<sup>[7]</sup>. En ese sentido, serán partícipes de estos delitos los intervinientes que no tengan este deber extrapenal, aunque no tengan dominio del suceso fáctico. A partir de la teoría de infracción de deber seguida por Jakobs, estamos frente a la competencia institucional, correspondiente a los deberes que nacen del estatus del sujeto, no se limitan a no dañar, sino que implican una prestación de ayuda y de fomento. Y dentro de estos deberes podemos distinguir los estatales, que es por ejemplo el funcionario con el correcto funcionamiento de la administración pública.

Bajo esta teoría, consideramos que el estatus de funcionario deja de ser un simple elemento agravante y se convierte en esencia del delito contra la administración pública<sup>[8]</sup>.

Sin embargo, en la sentencia se sostiene que en verdad no debería aplicarse la teoría de infracción de un deber, ya que solo es utilizado como un indicio de la comisión del delito. Con ello coincidi-

7 DONNA, Edgardo Alberto. Op cit. P. 35.

8 JAKOBS, Günther. “La competencia por organización en el delito misivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”. En: Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1997, p343-363.



mos, ya que no basta con ser funcionario público y tener el cargo que me permita cometer el delito. La Sala resuelve el caso y consideran que lo determinante es la posición de dominio que asume el sujeto activo, como consecuencia de su estatus funcional.

Según la línea jurisprudencial de los últimos años, la relación funcional es el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales (Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116<sup>[9]</sup>). No obstante, la Sala considera que la relación de funcionalidad puede generar escenarios de impunidad o de puniciones indebidas, al considerar que los altos funcionarios no están vinculados funcionalmente directamente con los procesos de selección y adjudicación,

como en este caso, sino que tienen una posición privilegiada respecto a esos bienes jurídicos con dominabilidad fáctica.

Por ello, consideran que la posición privilegiada del sujeto activo con relación al bien jurídico alcanza a aquellos funcionarios con o sin relación funcional tiene un dominio privilegiado sobre la operación económica que se realiza. Por eso, es que señala que el presidente de comité tiene una posición vinculante sobre los integrantes del Comité.

Consideramos que, la sentencia se aparta de la línea jurisprudencial al considerar que no es necesario acreditar la relación funcional. Además, considerar la posición privilegiada del sujeto estaríamos negando la posibilidad de que existieran partícipes en la comisión del delito, ya que solo los autores podrían tener esa posición de dominio con relación al bien jurídico.

Por lo tanto, opinamos que la mejor teoría a apli-

9 Emitido el 30 de setiembre de 2005.

car es la del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico<sup>[10]</sup>, la cual sostiene que el criterio de la autoría de los delitos especiales debe ser buscado no solo en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación especial de dominio sobre el resultado lesivo al bien jurídico<sup>[11]</sup>. Este dominio se fundamenta en la posición de garante cualificado, es decir, en la cercanía o proximidad fáctica al bien jurídico protegido, le permite tener la capacidad de afectarlo desde la organización estatal<sup>[12]</sup>. Dicha posición de garante no se debe solo a la formalidad del estatus, sino sobretudo el ejercicio material del mismo, es decir, a las distintas funciones a través de las cuales el sujeto asume libremente la responsabilidad por el bien jurídico<sup>[13]</sup>.

La Sala al adoptar la posición antes descrita, dejó de valorar la participación de los demás miembros del comité cuando se afirmó que el presidente del mismo, es el único que ostenta una posición privilegiada sobre el bien jurídico. Conjuntamente, no se considera lo estipulado en la convención probatoria en el cuál los miembros del comité reconocen que el mismo fue creado con en base a un interés particular (otorgar la buena pro a Heliocol). En conclusión, era importante recoger la relación funcional que tenían los dos miembros del comité, ya que debido a dicha interpretación fueron absueltos.

En cambio si la Sala hubiera recogido la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, podría distinguir que el autor del delito, Luis Begazo, era quien tenía posición de garante por el cargo que ostentaba y tenía el ejercicio material de dicho cargo. Mientras que los otros dos miembros del comité, Ofra Oscar Herrera y Félix Charres, tenía posición de garante, pero no tenía

el ejercicio material del mismo, puesto que eran inexpertos y no tenían conocimiento con respecto al proceso de selección y licitación. Todo estuvo en decisión del Director Municipal y Presidente del Comité, Luis Begazo.

A pesar de lo expuesto, creemos que Ofra Oscar Herrera y Félix Charres debieron ser considerados como cómplices del delito, puesto que colaboraron con el autor al avalar con sus firmas la documentación relativa al desarrollo de los procesos de selección y adjudicación, aunque ellos no tenían el dominio material del mismo.

### Extracción de la sentencia

*“El Procurador en su impugnación sostiene que los imputados obraron con dolo eventual, pero que para la configuración del delito de aprovechamiento indebido de cargo, “...no interesa que el interés del funcionario sea legítimo desde una perspectiva moral, que sea justo o que no afecte a la hacienda pública. El interés siempre será indebido en la medida que sea incompatible con los fines de la administración o de un sector de ella (...) que los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el delito no solo se configuran decidiendo, individual y colectivamente la contratación, sino elaborando dictámenes, asesorando, preparando el expediente, probando o ratificando una propuesta o a través de una intervención favorable”; sin embargo, el Juzgador considera que la participación de los acusados fue de buena fe. Al respecto, en primer lugar debe quedar claro que el Poder Punitivo, por su carácter de última ratio, proscribida toda forma de responsabilidad objetiva; por tanto, la responsabilidad penal solo se configura de manera dolosa o culposa –cualquier otra argumentación objetivista no es estimable-. Se argumenta que los imputados absueltos obraron con dolo eventual, esto es “aquél en el cual en la par-*

10 SHUNEMANN, Bernd. “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría”. En: Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, N° 75, vol. 25, 2004, Pp.13-25.

11 MONTOYA, Yvan y otros. Op cit. P. 43.

12 DONNA, Edgardo Alberto. Op cit. P. 273.

13 MONTOYA, Yvan y otros. Op cit. P. 44.

*te intelectual del dolo existe la representación del resultado, de manera que el autor conoce el peligro concreto de la realización del tipo penal”; por tanto, para imputar subjetivamente el hecho punible, por lo menos los procesados debieron representarse intelectualmente que Begazo Burga, no estaba regularizando los procesos de adjudicación, sino que los estaba simulando. En ese orden, se tiene que el imputado Luis Alberto Begazo Burga, tenía una posición privilegiada no solo como Director Municipal, sino como Presidente del Comité, con dominio suficiente para hacer consentir a sus coimputados que la firma de los documentos correspondía a una mera regularización y no a una simulación de procesos en el que tenía interés en favorecer a la empresa ganadora.”*

### COMENTARIO JURISPRUDENCIAL:

#### Dolo eventual

En caso, la Sala determina que el delito fue perpetrado con dolo eventual, puesto que consideran que el Director Municipal (autor del delito) podría representarse el resultado, de manera que el autor conoce el peligro concreto de la realización del tipo.

Un sector de la doctrina considera que la conducta punible es solo por dolo directo. Los actos de interés privado y, sobre todo, bajo modalidad de acto simulado, no son posibles sin quererlos<sup>[14]</sup>. Rojas Vargas, sostiene que el delito de negociación ilícita se configura con dolo directo, lo cual

14 SALINAS SICCHA. Op cit. P. 566.

se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada –como sucede en el presente caso–, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño contra la administración pública<sup>[15]</sup>.

Por otro lado, otro sector de la doctrina, como Castillo Alva<sup>[16]</sup>, sostiene que la formulación amplia de la ley no impide que la infracción pueda cometerse, por ejemplo con dolo eventual, pues nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano no alude especial y expresamente a la intencionalidad del funcionario, forma subjetiva que excluye el dolo eventual.

En efecto, consideramos que no está en discusión que el delito sea doloso, ya que el tipo no recoge la comisión del mismo de manera imprudente, ya que interviene a través de cualquier acto que revela un interés especial en un contrato o en una operación dolosa.

Al adoptar una teoría volitiva del dolo, se deber probar el conocimiento, es decir, que los miembros del comité están interviniendo, a sabiendas, en una operación estatal (proceso de licitación) mediante acto simulado, en provecho de un tercero y que se realiza ejerciendo el cargo de funcionario público.

El dolo eventual, también llamado dolo condicionado, se caracteriza porque el autor se representa el delito como resultado posible (eventual), de forma que, aunque no desea el resultado, conoce

15 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Tercera edición, Grijley, Lima, 2002, p. 591.  
16 CASTILLO ALVA, José Luis. “Negociación Incompatible”. En: Delitos contra la administración Pública, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 611.

la posibilidad de que se produzca; lo que evidencia un menosprecio reprochable del bien jurídico protegido<sup>[17]</sup>. En este caso, se aplicaría solo en los casos de Ofra Oscar Herrera y Feliz Charres, puesto que, como señala la convención probatoria, conocía la posibilidad de producción del resultado, y al tener poca experiencia y conocimiento no participaron directamente del proceso.

Sin embargo, en el caso del Director Municipal, Luis Begazo, consideramos que cometió el delito con dolo directo de primer grado, también llamado, dolo de intención, puesto que el resultado típico o la acción típica es el objetivo perseguido por el sujeto, quiere la conducta típica y la realiza<sup>[18]</sup>. Ello se ve evidenciado al ser él quien presenta en mesa de partes los sobres con propuestas de supuestas empresas postoras que quería participar de proceso de selección, encargarse de la elaboración de las bases y participar en el otorgamiento de la buena pro a Heliocol. En conclusión Luis Begazo fue quien manejo todo el proceso de selección y adjudicación, lo que demuestra no solo su autoría, sino una clara intención de montar todo este acto simulado.

Finalmente, no es necesario que el dolo abarque la conciencia de la afectación del patrimonio de la administración, ni la intención especial que se está obteniendo una determinada ventaja o beneficio o que se está actuando con ánimo de lucro<sup>[19]</sup>.

#### Con respecto a los imputados absueltos

Debemos resaltar que las pretensiones impugnatorias inter-

puestas por el Ministerio Público se dirigen solo contra los dos miembros del comité, Ofra Oscar Herrera y Feliz Charres, dejando de lado al Ingeniero Javier Palma que elaboró el expediente técnico, el cual puede vincularse al delito en calidad de partícipe, ya que contribuyó a que se simulara el proceso de selección.

Además, se menciona que Luis Begazo coordinaba con la Alcaldía para evaluar a quien se le otorgaba la buena pro, dejando de lado el comité conformado para dicho proceso. En ese sentido, observamos que no se ha investigado cual ha sido el nexos o lazos entre la alcaldía y el Director Municipal.

Por otro lado, la elaboración de las bases es realizada conjuntamente con la asesora legal Blanca Garavito, sin embargo no se realiza ninguna investigación a dicha señora, para evaluar el grado de su intervención en la comisión del delito.



17 CHANG KCOMT, Romy. "Dolo consciente: Reflexiones en torno En: Derecho y Sociedad, Lima, año 18 Idem, p257.

19 CASTILLO ALVA, José Luis. Op

## Porque no solo pasa en el Perú...

En la presente sección de este Boletín informativo el lector podrá encontrar noticias de casos graves de corrupción ocurridos en otros países del mundo, a los cuales los medios de comunicación internacionales les han dado suma relevancia.

### España: La hermana del rey Felipe es imputada por corrupción

El juez español José Castro imputó por el delito de blanqueo de dinero a la hermana del rey Felipe VI, la infanta Cristina de Borbón. Su esposo, Iñaki Urdangarín, también fue acusado pero por otros siete delitos, en una investigación por presunta corrupción.

Seguir leyendo en... <http://j.mp/1k1n74H>



### Italia: Detienen al alcalde de Venecia por corrupción

La Policía financiera italiana arrestó al alcalde de Venecia, Giorgio Orsoni, y a otras 34 personas bajo la acusación de corrupción relacionada con la construcción de "Moisés", el sistema de diques para frenar las inundaciones regulares en la ciudad.

Seguir leyendo en... <http://j.mp/1q3CD5W>



### Imputan al ministro de Economía de Argentina por caso de corrupción

Un fiscal federal en Argentina denunció al ministro de Economía, Axel Kicillof, por supuestas irregularidades en el manejo de los fondos del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (Orsna).

Seguir leyendo en... <http://j.mp/1qmw1j>



### El senador filipino Revilla entra en prisión por un caso de corrupción

Revilla es uno de los tres senadores que han sido acusados de participar en la malversación de millones de pesos que deberían destinarse a proyectos humanitarios.

Seguir leyendo en... <http://bit.ly/1oItn1z>

