

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Setiembre de 2014

Boletín N° 41



PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



CONTENIDO

PRESENTACIÓN

El compromiso anticorrupción también es una cuestión del electorado

COMENTARIO

Caso Aurelio Pastor

PONENCIA

La transgresión a la ley como norma social

NOTICIAS INTERNACIONALES

Porque no sólo pasa en el Perú.



El compromiso anticorrupción también es una cuestión del electorado

Hace algunos días los resultados de un estudio estadístico arrojaban que gran parte del universo de votantes creía, estaba consciente, aceptaba (y es que poco o nada importa el verbo, cuando la idea es la misma) el hecho de elegir a alguien “que robe, pero que haga obras”. O lo que es lo mismo, “no importa que robe, todos lo hacen, pero aunque sea que haga obras”.

Es criticable que un candidato acepte que el público votante así lo identifique, pero es aún más grave e inaceptable que quienes tienen el poder de elegir se decidan en virtud de concepciones de ese tipo. El candidato, gracias al beneficio exclusivo que obtiene con las conductas de corrupción, puede entender y aceptar que se le elija a sabiendas y calificándolo como corrupto. Sin embargo, cuando es el electorado el convencido de que así funcionan las cosas, de su parte no exista ninguna ganancia. Al contrario, solo existen una serie de perjuicios que se reflejan en la calidad de los servicios existentes y en la ausencia de aquellos que no podrán realizarse en virtud del “robo” del político elegido. Ya con esta relación costo-beneficio debería bastar para convencer a todos de que la consigna “que robe, pero que haga obras” es un completo autosabotaje como ciudadanos. Pero lamentablemente, así no son las cosas.

Las obras públicas, por definición, no son un favor que nos hacen nuestros gobernantes o autoridades: es una obligación que tienen como administradores y gestores de los recursos, bienes y servicios con que cuenta el Estado para asegurar condiciones de bienestar y desarrollo de sus ciudadanos. Si esto es así, nada, además de sus sueldos, debería servir como contraprestación del cumplimiento de sus deberes.

De otro lado, no todo pasa por “hacer obras”. Una correcta gestión gubernamental tiene que ver, además, con programas de desarrollo, atención e implementación de instituciones ya creadas, y principalmente, control, prevención y sanción de conductas de corrupción: de





acciones que tergiversan el fin prestacional de la Administración. Tan importante como las obras es el compromiso y ejecución de una gestión política libre de corrupción, pero además, atenta a su realización, detección y sanción.

El fenómeno jurídico social de la corrupción tiene como principal germen de desarrollo (es decir, que facilita su realización y complica su detección) la complicidad de las altas esferas del poder político. Y esto es así por una cuestión bastante lógica: si quien está llamado a preservar los valores y principios éticos y legales de la entidad es corrupto, quien le esté subordinado se tendrá que alinear a tamaño “política de trabajo”. Con lo cual, elegir con la consigna “robará, pero trabajará” solo condena la estabilidad democrática de nuestra sociedad, deparándonos un futuro mucho peor al tan criticado presente político.

Finalmente, los comicios no solo reflejan la “voluntad del pueblo”, también reflejan el nivel de desarrollo del mismo, por ende, y aunque a veces suena duro decirlo, el electorado tiene el gobernante, no que se merece, pero sí el que esté más próximo a sus planes de corto plazo, y parece ser que la lucha contra la corrupción es un asunto de muy largo plazo.

Erick Guimaray

**Coordinador del Área penal
del IDEHPUCP**



Caso Aurelio Pastor

Área penal del IDEHPUCP



RESUMEN DE LOS HECHOS

El 25 de noviembre del año 2012 el noticiero “Cuarto Poder” presentó un informe periodístico en el cual la alcaldesa de Tocache, Corina De la Cruz Yupanqui, denunció que, en el contexto en el que afrontaba un proceso de vacancia, Aurelio Pastor Valdivieso le solicitó la suma de S/.50,000.00 soles a cambio de ayudarla utilizando las influencias que él tenía en la Corte Suprema y en el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

En ese entonces, la denunciante Corina De la Cruz Yupanqui era parte de un proceso ante la Corte Suprema con la finalidad de regresar a su cargo de alcaldesa de Tocache, del cual había sido suspendida por haber sido condenada por la comisión del delito de difamación. Debido a la situación legal en la que se encontraba, la alcaldesa de Tocache buscó a Aurelio Pastor para que la asesorara legalmente. Para ello, se reunieron en dos oportunidades en el consultorio jurídico de San Isidro de Aurelio Pastor.

Al denunciar la posible comisión de delitos contra la administración pública, la alcaldesa presentó unos audios en los cuales se escuchan conversaciones entre Aurelio Pastor y De la Cruz Yupanqui, en los cuales Pastor le dice expresamente que tiene amigos en el JNE, como por ejemplo, José Pereira Rivarola (Fiscal Supremo y Miembro Titular del JNE). Asimismo, le afirma a De la Cruz Yupanqui que las cosas en el Jurado Nacional de Elecciones se consiguen no con plata, sino con amigos.

El 26 de noviembre del año 2012, la Primera Fiscalía Corporativa Provincial Especializada en delitos de corrupción de funcionarios emitió la disposición de apertura de la investigación preliminar en contra de Aurelio Pastor Valdivieso y las demás personas que resulten responsables. Ello ya que los hechos narrados en el informe periodístico del programa televisivo “Cuarto Poder” podrían constituir delitos contra la administración pública, en sus modalidades de tráfico de influencias y colusión ilegal.



El entonces Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción, Julio Arbizu González, solicitó mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2012, la ampliación de las diligencias preliminares. Asimismo, el 27 de diciembre del 2012, la Procuraduría Anticorrupción presentó nueva información y solicitó diligencias preliminares adicionales. La nueva información presentada consiste en la transcripción de audios que la alcaldesa presentó a la Procuraduría, los cuales contienen otra conversación entre ella y Aurelio Pastor. En esta conversación transcrita, Pastor le habría dicho a la alcaldesa expresamente que aquél conversó con el Presidente del JNE y le pidió que demore todo lo posible el caso de la alcaldesa para poder ganar tiempo en la Corte Suprema. Del mismo modo, en esta nueva conversación presentada, Aurelio Pastor le dice a Corina de la Cruz que en el Jurado Nacional de Elecciones las cosas no se consiguen con plata, sino que todo se consigue por medio de amigos. La nueva información presentada lleva a la Procuraduría a considerar que existen elementos de convicción que respalden la teoría de que Aurelio Pastor habría cometido el delito de tráfico de influencias.

El 02 de enero del año 2013, el Procurador Julio Arbizu solicitó ante la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria del investigado Aurelio Pastor.

El 22 de enero del presente año, la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios formuló acusación fiscal en contra de Aurelio Pastor por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias en agravio del Estado.

ASPECTOS PRINCIPALES SOBRE EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Sobre la conducta prohibida en el delito de tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias se encuentra contemplado en el artículo 400° del Código Penal que establece lo siguiente:

“El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor pública que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.”

Como se puede apreciar, el artículo 400 sanciona la conducta cometida tanto por particulares como por funcionarios públicos –agravando la pena cuando el hecho es cometido por estos últimos-. En otras palabras, esta figura delictiva presenta una modalidad básica que constituye un delito común, y también una modalidad agravada que implica un delito especial, en vista de que se exige que el sujeto activo tenga calidad de funcionario público.¹ Es importante tener en cuenta que en el caso concreto, Aurelio Pastor habría incurrido en el delito de tráfico de influencias en calidad de particular y no

1 MONTROYA VIVANCO, Yván y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 111.



8 de funcionario público, pues no ocupaba ya ningún cargo en la administración pública cuando se dieron los hechos en cuestión.

Con respecto al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, se puede decir que este delito no sanciona el mero hecho de poseer influencias ya que todas las personas, en virtud de su desarrollo profesional y personal que implique la construcción de cierto prestigio, puede reportar cierto grado de influencia sobre las demás personas. Por el contrario, el delito tipificado en el artículo 400° CP sanciona el invocar las influencias (existan estas o no) con la finalidad de tergiversar el correcto funcionamiento de la administración pública^[2]. Respecto al bien jurídico protegido, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto señalando que:

“Al respecto, desde el Derecho Penal se ha entendido que la tipificación de actos de Tráfico de influencias supone una suerte de adelantamiento de la corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa [SAN MARTÍN y otros. Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 27]. De este modo, queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de Actos de personas que busquen influir



negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos.”^[3]

Así, puede afirmarse entonces que lo que se busca con este tipo penal es evitar que se influya en las decisiones de funcionarios públicos judiciales o administrativos de manera que estos defrauden sus deberes de imparcialidad y objetividad poniendo por encima de los intereses generales de los administrados, los intereses particulares de los involucrados en este delito. De esta manera, el bien jurídico específicamente protegido por el delito en análisis es “la institucionalidad de la administración pública”, la cual debe ser entendida como el conjunto de principios, deberes y valores que constituyen la labor de los funcionarios públicos. Si esta institucionalidad no es protegida, la administración pública -administración de justicia en concreto- sería vista como débil e influenciable por intereses personales ilegítimos.^[4] Es imperativo no confundir esta institucionalidad con la imagen o el “prestigio”

2 GUIMARAY MORI, Erick. El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad. En: MONTOYA VIVANCO, Yván (editor). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 104.

3 Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3de mayo de 2012.

4 GUIMARAY MORI, Erick. Op. Cit. pp. 105-106.



de una entidad pública pues el prestigio es producto de una valoración eminentemente subjetiva que no puede ser abarcada por la protección del Derecho Penal.

Por otra parte, a nivel jurisprudencial se ha considerado que

“nos encontramos ante un delito de peligro, donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito. Por ello, (...) el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de intersección y de la resolución que se obtenga pierde significatividad [sic] sustantiva (...) la puesta en peligro del bien jurídico se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación.”^[5]

Con respecto a la conducta típica, basta con invocar influencias referidas a la posibilidad de interceder ante determinado funcionario público para considerar consumado el delito. No es necesario que se culmine con un acuerdo de intercesión entre quien influye y el interesado, pues no estamos ante un delito de participación necesaria. No importa tampoco, para la consumación del delito, si las influencias que invoca el sujeto activo son reales o simuladas. En este sentido, no debería entenderse nunca que el delito se encuentra cometido cuando el funcionario público al que las influencias del sujeto activo hacen referencia termina actuando o cumpliendo el favor solicitado de manera efectiva por el agente. En torno a este punto, la jurisprudencia peruana también se ha manifestado en el siguiente sentido:

“El delito de tráfico de influencias exige que el sujeto activo invoque influencias reales o simuladas -no se requiere el ejercicio efectivo de las influencias-”^[6].

Entonces, basta solo con que el sujeto activo invoque las influencias ante el supuesto interesado.

Sobre el riesgo permitido y el ejercicio profesional del abogado

El abogado tiene el deber de proteger y garantizar los intereses de su cliente a partir de una serie de principios y valores que deben regir y orientar un correcto desempeño del ejercicio de su profesión. Es así que, alrededor del profesional de Derecho se identifican valores como el respeto, diligencia, veracidad, lealtad, justicia, integridad, responsabilidad, entre otros^[7]. Y ello en cuanto la actuación de un abogado debe respetar ciertos estándares dentro del marco legal vigente.

Cada uno de dichos valores se traduce en reglas prácticas para el ejercicio de la profesión del abogado^[8]. Así pues, por ejemplo, debe existir respeto en relación con el cliente, así como con las otras partes involucradas en el proceso; el deber de diligencia implicará que la asesoría sea de calidad; veracidad tanto en la información que el abogado proporciona al cliente sobre la situación legal en la que se encuentra, así como las posibles acciones a adoptar para salvaguardar sus intereses; lealtad frente al cliente; mientras que el deber de justicia deberá ser entendido como “el respeto del marco constitucional vigente y los principios en que se sustenta”^[9]. Es en el valor de justicia en el que encontramos un

5 Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013.

6 R.N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema del 10 de abril de 2006.

7 BOZA Beatriz y Del Mastro Fernando. Valores en el perfil del abogado. Revista IUS ET VERITAS No. 39, P. 9.

8 Ibidem. pp.10-22.

9 Ibidem. p.20.



10 deber esencial en el ejercicio profesional del abogado: el patrocinio debido.

El patrocinio exige que “la prestación de servicios legales [se realice] dentro del marco legal permitido”^[10]. Como regla práctica, el abogado no puede utilizar medios indebidos para alcanzar la satisfacción de los intereses de su cliente, como bien podría ser el uso de recursos manifiestamente infundados para dilatar el proceso, la destrucción u ocultamiento de pruebas, o la invocación de influencias^[11].

Con respecto a este último aspecto, se entiende que “[e]l abogado debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pudiera influir indebidamente en el tiempo o el modo de resolver por parte de la autoridad. No debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, ni permitir que el cliente lo haga”^[12]. El ejercicio de una influencia indebida por parte de un abogado no solo se traducirá en la inducción a error de los órganos de administración de justicia, sino también cuando estas se ejerciten mediante dádivas, o apelando a amistades o vínculos en el interior del sistema de administración de justicia.

Lo dicho anteriormente se encuentra recogido además en el Código de Ética del Abogado, y el Anteproyecto de

Código, que en sus artículos 63 y 60, respectivamente, señalan:

Artículo 63

El abogado no debe utilizar medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, sin perjuicio del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Asimismo, el abogado debe instruir a su cliente que no debe ejercer influencia sobre la autoridad apelando a vinculaciones políticas, familiares, de amistad, o de otro tipo que sean ajenas al patrocinio.

Artículo 60

El abogado no debe utilizar medios que impidan, dificulten o representen una injerencia



10 Ibidem. p.20.

11 BOZA, Beatriz y CHOCANO, Christian. Patrocinio debido: Medios que pueden emplearse. En: Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho. THEMIS. Lima, 2008, pp. 186.

12 Ibidem. p.194.



o intromisión para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad. Asimismo, el abogado debe instruir a su cliente que no debe ejercer influencia sobre la autoridad apelando a vinculaciones políticas, familiares, de amistad, o de otro tipo que sean ajenas al patrocinio.

Cuando un abogado emplea medios indebidos, utilizando, por ejemplo, influencias para conseguir un resultado en un determinado proceso, afecta la imagen de la profesión de abogado ante la sociedad.

Asimismo, según el artículo 81 del Código de Ética del Abogado

Artículo 81°.- Actos contrarios a la ética profesional

Constituyen actos contrarios a la ética profesional la transgresión de las normas estatutarias del respectivo colegio, así como aquellas contenidas en el presente código. Se comprenden también los actos contrarios a la ética profesional la conducta o hechos en que incurrir los miembros de la Orden que, sin haberse producido en el ejercicio profesional, inciden directa o indirectamente en la calidad del servicio que brinda el abogado y que desprestigia la profesión.

La afectación al deber de patrocinio debido constituye un acto contrario a la ética profesional del abogado, por lo que constituye materia de una sanción. Según el artículo 102 del referido Código, se tiene que:

Artículo 102°.- Sanciones

En caso de determinarse responsabilidad disciplinaria del denunciado, las medidas disciplinarias que pueden imponerse son las siguientes:

a) Amonestación escrita, la cual quedará registrada en los archivos por un periodo de tres (03) meses.

b) Amonestación con multa, la que quedará registrada en los archivos por un periodo de seis (06) meses. La multa no podrá exceder de 10 Unidades de Referencia Procesal.

c) Suspensión en el ejercicio profesional hasta por dos (2) años.

d) Separación del Colegio hasta por cinco (5) años.

e) Expulsión definitiva del Colegio Profesional.

Estas sanciones rigen en todo el territorio nacional y son de observancia obligatoria para todos los Colegios de Abogados del Perú¹³.

A propósito de este tema, debemos tomar en cuenta lo previsto por el artículo 39 del Código Penal con respecto a la pena de inhabilitación, la cual será aplicable a un abogado cuando se demuestre que cometió delito valiéndose del ejercicio de su profesión:

Artículo 39.- La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituya abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal.

Dicha inhabilitación producirá los siguientes efectos:

13 El subrayado es nuestro.



12 Artículo 36:

(...)

4. *Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.*

Cabe mencionar que el Código de Ética del Abogado se preocupará de calificar la conducta como contraria a los deberes de respeto, integridad, justicia, lealtad, del abogado. Analizará si dicha conducta se condice con la misión del abogado en tanto defensor de los derechos de su cliente y garante del Estado Constitucional de Derecho.

De cara al análisis del caso de Aurelio Pastor, debemos analizar si su conducta es acorde con los valores que inspiran la profesión del abogado, o si por el contrario contravienen los mismos generando un riesgo prohibido en contra de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Al respecto, debemos recordar en primer término que, al establecerse la relación abogado-cliente, el abogado suscribe un contrato de prestación de servicios profesionales con la finalidad de asumir la defensa de los intereses del cliente. En virtud de tal acuerdo, el abogado recibirá sus honorarios bajo la condición de que influya sobre una autoridad judicial o administrativa para alcanzar una decisión favorable a su patrocinado^[14].

Sin embargo, dicha influencia debe encontrarse dentro del marco permitido por nuestro ordenamiento jurídico, y esta se conseguirá

en tanto el abogado pueda argumentar con solidez la postura que defiende, mediante el uso o empleo de argumentos jurídicos sólidos y coherentes. Estos podrán ser fortalecidos en base a los conocimientos adquiridos, la práctica de la profesión y las habilidades que haya podido desarrollar. Sólo así estaríamos ante un verdadero comportamiento neutral, propio de la profesión de abogado y dentro de lo socialmente aceptado.

En el caso de Aurelio Pastor, se apela a la existencia de ciertos vínculos de amistad en el Jurado Nacional de Elecciones para favorecer a Corina De la Cruz Yupanqui en el proceso de vacancia en el que se encuentra. Ello no solo supone una afectación al deber ético de patrocinio debido de Pastor como abogado, sino además la creación de un riesgo prohibido en contra del bien jurídico protegido por el tipo penal de tráfico de influencias: la institucionalidad de la Administración Pública. Así pues, la invocación de influencias en este caso particular va a generar que se perciba a la Administración Pública como transable, endeble y en donde la existencia de influencias va a pesar sobre su capacidad de investigar y administrar justicia.

ASPECTOS SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA

La prueba está directamente vinculada con los diversos objetivos y conceptos que el proceso judicial puede cumplir^[15]. Durante la Edad Antigua y Media, el Derecho procesal era un mecanismo inquisitivo que tenía por objetivo la búsqueda de la verdad a cualquier precio.

Sin embargo, el modelo actual de Estado Constitucional de Derecho exige mecanismos que garanticen los derechos del imputado y construyan, a la vez, barreras contra la

¹⁴ Este será el supuesto normal de interacción social del abogado en su ejercicio profesional, es decir, el riesgo permitido. Sobre el riesgo permitido: JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho Penal. Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1996.

¹⁵ TARUFFO, Michel. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008. p.20.



posibilidad del abuso del poder estatal¹⁶. La verdad de los hechos en litigio ya no es un objetivo en sí mismo ni un propósito final del proceso, sino una condición necesaria para que se logre el verdadero objetivo del proceso: una decisión justa y legítima¹⁷.

En el caso del proceso penal, Roxin señala que la meta es lograr una decisión sobre la punibilidad del imputado que sea materialmente correcta, obtenida conforme al ordenamiento jurídico procesal y que restablezca la paz social¹⁸. Así, en un proceso penal propio de un Estado de Derecho Constitucional, la protección de los derechos fundamentales de las partes no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica¹⁹.

En este contexto, queda excluido todo medio probatorio que haya atentado contra los derechos fundamentales del imputado, en la medida que valorar un instrumento así implicaría una decisión ilegítima. Así, nuestra Jurisprudencia ha definido a la

prueba prohibida o ilícita como aquella cuya obtención o actuación lesiona derechos fundamentales o que viola normas constitucionales, de modo que dicha prueba deviene en inutilizable²⁰. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que “todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido o incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo” y que “carecen de efecto legal las prueba obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Ahora bien, en el caso concreto se podría discutir la licitud de la prueba desde dos escenarios. Por un lado, se podría cuestionar la licitud de la grabación hecha por Corina De la Cruz Yupanqui como medio de prueba, toda vez que podría implicar una vulneración a los derechos a la intimidad, secreto o inviolabilidad de las comunicaciones.

Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha señalado que en el caso de que uno de los interlocutores de la conversación contenida

16 ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. p. 2.

17 TARUFFO, Michel. Ob. Cit. p. 23.

18 ROXIN, Claus. Loc. Cit.

19 *Ibidem*.

20 R.N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2007.



14 en la grabación sea quien pone al descubierto el diálogo, se deberá tomar el medio de prueba como legítimo. En estos casos, no se lesionan los derechos antes señalados. En esta medida el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en Trujillo ha señalado lo siguiente:

«Admitir la Teoría del riesgo, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intrusiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas. Se reconoce que en el caso del agente encubierto, existe fuerte oposición pues se recusa el valor probatorio de la prueba obtenida a través del engaño al inculpado. Sin embargo, dada la popularidad de esta metodología de la investigación en los delitos contemporáneos, los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables. Asu-

men, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, grabadas o infiltradas». (el resaltado es nuestro)^[21]

Como vemos, en el presente caso es claro que estamos ante una prueba lícita, toda vez que Aurelio Pastor Valdivieso, como interviniente de la conversación con la señora De la Cruz Yupanqui, asumió voluntariamente el riesgo de delación de la conversación.

Por otro lado, se podría señalar que estamos ante una prueba ilícita en la medida de que la señora De la Cruz Yupanqui habría inducido a Aurelio Pastor a dar un testimonio autoincriminatorio. En otras palabras, estaríamos ante una prueba prohibida al haber, supuestamente, utilizado un método de prueba que lesione la voluntad del imputado. Aquí ya no se pondría en duda la licitud de la grabación como medio de prueba, sino el actuar de la señora de la Cruz Yupanqui como método para obtener la fuente de prueba^[22]. Estamos ante actos que, al utilizar un medio que limita la libertad y/o espontaneidad del comportamiento del imputado devienen en inutilizables^[23].

Es claro que toda declaración obtenida por un método que de algún modo anule, limite o disminuya la voluntad y capacidad de autodeterminación de la persona que emite la declaración^[24].

En el presente caso, las declaraciones prejudiciales hechas por Aurelio Pastor no fueron obtenidas a través de violencia o error, en la medida que él tenía absoluta libertad y conocimiento sobre lo que ofrecía a la señora

21 En este mismo sentido: Exp.21-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de febrero de 2001 y el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en Trujillo.

22 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2 Edición. Barcelona: Bosch, 2004. p.35.

23 Ídem. p. 36.

24 Ídem. p. 38.



De la Cruz. En otras palabras, la señora De la Cruz no utilizó la tortura, la amenaza, el detector de mentiras, la hipnosis por narcoanálisis u otro mecanismo que pueda al menos disminuir la libertad y la capacidad de autodeterminación de Aurelio Pastor^[25].

SOBRE EL SUPUESTO DELITO PROVOCADO

Ahora bien, alguien podría pensar que estamos ante un delito provocado. El delito provocado, a diferencia de la declaración obtenida por un medio ilegítimo, se refiere ya no a la instigación a declarar, sino a la instigación a cometer un delito. En esta línea, la doctrina señala que el delito provocado cumple con tres características:

1. Que el agente provocador tome las medidas precautorias para evitar que el hecho realizado alcance el desvalor que fundamenta el injusto del delito^[26].
2. Existencia de un agente provocador que tomará una iniciativa a consecuencia de la cual el agente decida cometer el delito
3. Que el agente provocador aspire a demostrar un delito

En el presente caso, ¿estamos ante un supuesto de agente provocador? Parece claro que no.

- En primer lugar, porque el desvalor del injusto se ha cumplido. Aurelio Pastor le ofreció las influencias a la señora De la Cruz, lesionando y poniendo en duda la institucionalidad de la administración pública. De esta

manera, la señora De la Cruz no podía proveer mecanismos que eviten el desvalor del hecho.

- En segundo lugar, la señora De la Cruz no instigó a Aurelio Pastor a cometer el delito de corrupción, sino que él, libre y voluntariamente, ofreció sus influencias en la administración pública a cambio de 50 mil soles.

El delito provocado exige que el sujeto provocado no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente desencadenante^[27]. En otras palabras, no se puede instigar a quien ya estaba previamente decidido a cometer el crimen^[28]. En el presente caso, Aurelio Pastor ya estaba resuelto a cometer el delito de tráfico de influencias, por lo que no podemos decir que estamos ante un delito provocado.

CONCLUSIONES

1. Aurelio Pastor sí habría cometido el delito de tráfico de influencias pues habría cometido la conducta típica establecida en el artículo 400° referida a “el que invoca”. Es decir, basta con el solo invocar las influencias y no es necesario que el favor al que estas hacen referencia se concrete de manera efectiva.
2. El comportamiento de Aurelio Pastor no se enmarcaría dentro los límites permitidos por el Derecho, pues no habría desarrollado su labor de abogado de manera neutral sino apelando a las influencias conseguidas cuando ocupó cargos públicos.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ RUIZ ANTON, Luis Felipe. La provocación de la prueba y el delito provocado. Las garantías del Estado de Derecho. p. 218. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, N°11, 2003, pp. 213-230. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119310>

²⁷ Ob. Cit. p. 221.

²⁸ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 9ª Edición. Barcelona: Reppertor, 2001. p. 404.



Las influencias, para ser consideradas “debidas”, deben encontrarse dentro del marco permitido por nuestro ordenamiento jurídico, y estas se conseguirán en tanto el abogado pueda argumentar con solidez la postura que defiende, en base a los conocimientos adquiridos, la práctica de la profesión y las habilidades que haya podido desarrollar. Cualquier otro tipo de influencia, como el recurrir a la amistad que se tiene con funcionarios públicos que se encuentran viendo casos judiciales o administrativos, no son consideradas dentro de los comportamientos de riesgo permitido o neutrales por el ordenamiento jurídico y tampoco se encuentran conformes a los deberes extrapenales establecidos en el Código de ética del abogado.

3. Las grabaciones a las que se hace referencia en el presente caso serían una prueba lícita ya que Aurelio Pastor

Valdivieso, como interviniente de la conversación con la señora De la Cruz Yupanqui, asumió voluntariamente el riesgo de delación de la conversación. Con mayor razón si las declaraciones prejudiciales hechas por Aurelio Pastor no fueron obtenidas a través de violencia o error, en la medida de que él tenía absoluta libertad y conocimiento sobre lo que ofrecía a la señora De la Cruz.

4. En tanto el delito provocado exige que el sujeto provocado no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente desencadenante, se puede concluir que la señora De la Cruz no habría instigado a Aurelio Pastor a cometer el delito de corrupción, sino que él, de manera libre y voluntaria habría ofrecido sus influencias en la administración pública a cambio de 50 mil soles.





La transgresión a la ley como norma social

Por **JAN MARC ROTTENBACHER DE ROJAS**
Psicólogo Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Historia por la PUCP. Investigador del Grupo de Psicología Política de la PUCP. Profesor del Departamento de Psicología de la PUCP.

X ENCUENTRO SOBRE DERECHOS HUMANOS. CÓMPlices ¿A QUIÉN LE AFECTA TU CORRUPCIÓN?

17.09.2014

Aunque aún es un campo plagado de zonas grises, y escurridizo como objeto de estudio, afortunadamente diversos científicos sociales peruanos y latinoamericanos han avanzado mucho en la comprensión de la forma en la que opera la transgresión cotidiana en nuestra sociedad.

Desde las aventuras conceptuales de Michel Maffesoli acerca del culto al diablo y la anomia en América Latina, pasando por las elaboraciones teóricas de corte histórico-culturalista de Gonzalo Portocarrero acerca

de la sociedad de cómplices, la cultura de la transgresión y aquellos rostros criollos del mal, los trabajos empíricos sobre la corrupción en espacios locales realizados por Ludwig Huber en Ayacucho, las reflexiones acerca del triunfo de la piratería de DVDs realizadas por Víctor Vich, y las descripciones densas de Jaris Mujica acerca de las redes de corrupción y los cinturones de informalidad que rodean centros de poder estatal como el Palacio de Justicia; es mucho lo que las ciencias sociales latinoamericanas y peruanas han avanzado en el estudio de la transgresión en la vida cotidiana.

Economistas e historiadores también han aportado lo suyo. En estas disciplinas se pueden resaltar, entre muchos otros trabajos,



el libro publicado por Francisco Durand acerca de las tres economías interconectadas del Perú: la formal, la informal y la delictiva. Desde la historia, un texto de consulta obligatoria, es esta especie de reciente best seller, escrito por Alfonso Quiroz y publicado por el Instituto de Estudios Peruanos, titulado: Historia de la Corrupción en el Perú.

Finalmente, compilaciones como El Pacto Infame de Felipe Portocarrero Suárez, agrupan trabajos de autores provenientes de las más diversas disciplinas y que abordan el fenómeno de la transgresión cotidiana desde diferentes puntos de vista, tratando de desmenuzar sus múltiples aspectos y la forma en que se presenta en el día a día de nuestra sociedad.

La contribución de la psicología social ha sido menor, aunque muy recientemente llaman la atención algunos estudios empíricos realizados en el Perú y en algunos países de Latinoamérica acerca de la tolerancia hacia la transgresión y que apuntan a dilucidar qué tan tolerables son determinados comportamientos transgresores y por lo tanto, que tan “normalizada” está la transgresión a las normas (aunque parezca un trabalenguas).

Quiero centrar mi exposición justo en este tema.

Presentaré la hipótesis de que la transgresión a las leyes es una norma social vigente y forma parte de nuestros propios códigos culturales de interacción.

La idea es sencilla: en nuestra cultura se espera que las personas transgredan algunas leyes o actúen en contra, o de forma paralela, a determinados procedimientos formales. Por el contrario, una persona que actúe con completa rectitud y cumpla las leyes y procedimientos al pie de la letra, es percibida como rara, inusual, una especie de freak o nerd que no ha logrado convertirse en un actor social competente: “no tiene calle”, es un

sonso, cualquiera lo “escuelea”. Por lo tanto, conducirse de manera íntegra en nuestra cultura es, en la mayoría de los casos, un comportamiento socialmente sancionado.

Según diversas disciplinas, desde la psicología social hasta la pragmática del lenguaje, las normas sociales pueden ser definidas de forma amplia como expectativas de comportamiento. Acciones que se espera que una persona realice durante la interacción cotidiana.

Estas expectativas pueden ser de tipo descriptivo o prescriptivo. Las normas sociales descriptivas se refieren a regulaciones del comportamiento social basadas en lo que “usualmente se hace”. Las personas que no siguen estas normas son percibidas como “raras” o “inusuales”. Por otro lado, las normas sociales prescriptivas tienen que ver con regulaciones del comportamiento basadas en lo que “se debe hacer”, en restricciones de carácter moral y lo que es socialmente aceptable o inaceptable, bueno o malo. Estas últimas (las normas sociales prescriptivas), por lo general, atraviesan un proceso de institucionalización y formalización convirtiéndose muchas de ellas con el tiempo –aunque no todas y no siempre–: en leyes, reglamentos, códigos, u otros tipos de normas formales. Entiéndase aquí norma formal como ley o reglamento.

Hasta aquí tenemos tres tipos de normas: normas sociales descriptivas, normas sociales prescriptivas y leyes (normas formales).

Voy a proponer, como ya lo mencioné, que la transgresión a las leyes y hacia ciertas normas prescriptivas, constituye una norma descriptiva en nuestra cultura, en la medida en que constituye un comportamiento considerado usual, algo que se espera de un individuo común. ¿Cuál es el problema de que la transgresión a las leyes y procedimientos sea una manifestación cultural aceptada?



Básicamente el problema radica en lo que proponen Ortiz de Zevallos y Calderón desde el enfoque neo-institucional de la economía: “Si un comportamiento es penado por ley, pero tolerado socialmente lo más probable es que la ley nunca tenga éxito.” Esto quiere decir que: “Si un comportamiento es penado por ley, pero tolerado socialmente lo más probable es que los individuos busquen transgredir o encontrar caminos paralelos para no cumplir dicha ley.”

Si algún comportamiento se prohíbe a través de un reglamento, pero a la vez es aceptado socialmente, muy pronto el reglamento será rebasado por una realidad que no lo reconoce como legítimo. Si el reglamento permanece –es decir se entera en permanecer vigente–, poco a poco, las personas irán diseñando caminos o mecanismos paralelos de cara hacia afuera “que hagan parecer” que se cumple la ley, mientras, en realidad, se incumple.

La corrupción no es la excepción a esto. Se puede concebir la corrupción como una forma específica de transgresión a las leyes en la cual, lo transgresor radica en el hecho de utilizar el poder público o algún rol de autoridad en beneficio privado. Propongo que la corrupción, concebida de esta manera, también es una manifestación aceptada culturalmente y considerada usual. Es una norma social descriptiva.

Mientras intentemos combatir la corrupción con medidas punitivas y de control, basadas en principios éticos universales asentados sobre criterios civilizatorios muy elevados, indefectiblemente fracasaremos. Antes de formular leyes, reglamentos o sanciones, debemos analizar con sumo detalle cual es el código cultural vigente sobre ese aspecto de la vida cotidiana que deseamos modificar. (Porque queda claro que cuando elaboramos una ley, lo que buscamos es modificar o controlar el comportamiento de las personas es un aspecto determinado de la vida.)

Una ley –ya sea reglamento, procedimiento, política anticorrupción, lo que sea– no tendrá éxito, es decir, no será incorporada como norma social, mientras no sea percibida como legítima, y no será reconocida como legítima mientras no esté en suficiente concordancia con las expectativas de comportamiento vigentes en nuestra cultura.

El problema de la corrupción en nuestro país es un problema cultural que radica en el hecho de que, de todo individuo se esperan determinados niveles de transgresión, que la transgresión es recompensada socialmente, mientras que la rectitud y probidad es sancionada socialmente al concebirla como un comportamiento inusual, extraño, raro, propio de desadaptados o ingenuos. El individuo que desee encajar en nuestra sociedad deberá comportarse de manera transgresora en determinados ambientes y en diversos grados.

El reto de nuestra sociedad radica en introducir un cambio cultural, a partir del cual, suceda lo contrario: es decir, lo transgresor sea percibido como lo raro, lo inusual, lo extraño, y sea, por lo tanto, sancionado socialmente.

¿Cómo favorecer este cambio cultural?

Dejo esa pregunta en el aire, ya que por lo menos hoy miércoles 17 de setiembre del 2014, no tengo una respuesta sólida y completa, sólo ideas sueltas.

Gracias.

JAN MARC ROTTENBACHER DE ROJAS

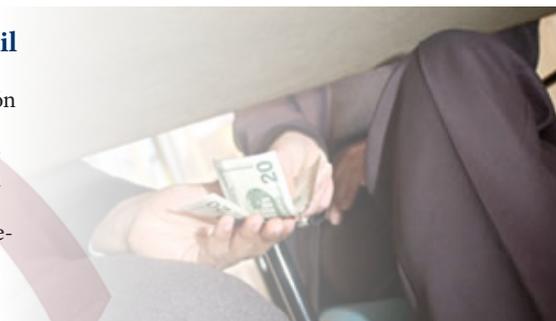
Lima, 17 de setiembre del 2014.



La corrupción genera pérdidas por 790 mil millones de dólares en el mundo

Un reporte de la ONG One asegura que la disminución de la pobreza en el mundo se encuentra en peligro debido a este grave problema. El informe indica que si se toman medidas para aumentar la transparencia y eliminar la corrupción y los montos incautados se invierten en salud, muchas muertes podrían ser prevenidas en países de bajos ingresos.

Seguir leyendo en... <http://j.mp/1vIoxd0>



Condenados a prisión Ex Ministro y grandes empresarios lusos por corrupción

El ex ministro socialista portugués Armando Vara y los grandes empresarios José Penedos y Manuel Godinho fueron condenados a penas de prisión en uno de los mayores casos de corrupción de las últimas décadas en Portugal. El proceso, denominado "Face Oculta" (cara oculta), implicaba a 36 acusados por una red de tráfico de influencias, fraude y corrupción en la adjudicación de concursos y asesorías públicas en el sector de la gestión de residuos industriales.

Seguir leyendo en... <http://j.mp/1tr5pvC>

Mario Zelaya, capturado por desfalco al IHSS

El exdirector del Instituto Hondureño del Seguro Social (IHSS) Mario Zelaya Rojas, fue capturado por la Policía Militar hondureña. Zelaya Rojas es un reconocido médico ortopeda y cirujano, y es artífice de uno de los desfalcos más grandes de la historia de Honduras estimado en unos 7,000 millones de lempiras (335 millones de dólares).

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



Condenado a quince años el empresario canadiense Cy Tokmakjian

Un empresario de Canadá fue sentenciado a 15 años de prisión en Cuba por cargos relacionados con actos de corrupción, que funcionarios cubanos califican como parte de una extensa campaña contra los sobornos, informó la compañía canadiense que él preside.

Seguir leyendo en... <http://j.mp/1n8RGfW>