



PRESENTACIÓN

Enrumbando el camino: positiva sentencia del TC en materia de lucha contra la corrupción

Por **YVÁN MONTOYA**
Coordinador del Proyecto
Anticorrupción del IDEHPUCP

Luego de una temporada de decisiones erráticas del Tribunal Constitucional en materia de lucha contra la corrupción, el 3 de mayo de 2012, el referido Tribunal emitió sentencia en la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Fiscal de la Nación, José Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modificaban en artículo 384° del código Penal (delito de colusión) y el artículo 401° del Código Penal (delito de tráfico de influencias), la misma que fue declarada fundada en la parte referida al delito de colusión.

Como se recordará, la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011, fue promovida por el congresista Rolando Sousa de la Bancada fujimorista, la misma que suscitó un acalorado debate en la opinión pública por los efectos nocivos que generaba en la lucha contra la corrupción. En efecto, mediante dicha ley, se modificó el delito de colusión del Código

Penal, de tal forma que, según el legislador, se debía exigir para su configuración un perjuicio "patrimonial" al Estado.¹ La redacción anterior de este delito solamente hacía referencia a la defraudación del Estado, sin hacer mención al contenido patrimonial de la misma. En este sentido, y bajo esa interpretación, la Ley N° 29703 dejaba espacios de impunidad para aquellos funcionarios públicos que intervenían en procedimientos de contratación estatal y habiendo concertado subrepticamente con particulares en perjuicio de los intereses del Estado y la sociedad, no llegaba a generar daños económicos a las arcas públicas. Es decir, con la Ley N° 29703, se pretendía no sancionar penalmente por el delito de colusión al funcionario que llegaba a un arreglo ilícito con un proveedor para otorgarle la buena pro de una licitación, si es que, por ejemplo, no se llegaba a otorgar la misma o habiéndose otorgado no se había llegado aún a ejecutar el contrato. Evi-

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

- Enrumbando el camino: positiva sentencia del TC en materia de lucha contra la corrupción

ARTICULO ESPECIAL

Obligaciones internacionales en materia de prevención y sanción de la corrupción

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

- Caso: Las "sentencias" del Tribunal Constitucional en el caso Ernesto Schütz Landázuri
- Sobre la Sentencia a Gerardo Leónidas Castro Rojas.

ENTREVISTA

- Equipo del Observatorio en Delitos de Corrupción de la Procuraduría Anticorrupción

dentemente, esta clase de conductas atenta de manera semejante contra los principios constitucionales² que dirigen la actuación de los funcionarios públicos en los procedimientos de contratación pública, por lo cual merece igual reproche penal.

Esta es la postura que el TC asume en su sentencia y que motiva a que se declare inconstitucional el exigir un perjuicio patrimonial al Estado. En

¹ La redacción del delito de colusión modificado por la Ley N° 29703 fue la siguiente:

"Artículo 384.- Colusión

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."

² Derivados del artículo 76° de la Constitución, el cual señala que "las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos y recursos públicos se ejecutan, obligatoriamente por contrato y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades."

A mayor abundamiento ver la sentencia del TC N° 020-2003-AI, fundamentos 12° y 16°.

efecto, como el propio TC sostiene, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 3, señala que "(...) no será necesario que los delitos enunciados en ella [la Convención] produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado".

Es decir, existe una norma internacional que respalda apreciar un delito de corrupción, incluso sino existe daño patrimonial al Estado. En este sentido, resulta positiva la decisión del TC, pues imposibilita que eventualmente algún juez deje sin sanción penal ac-

ciones fraudulentas dentro de contextos de contratación estatal que no generen un daño efectivo al patrimonio estatal. Efectivamente, aun cuando la Ley N° 29703, ya ha sido derogada en este extremo,³ esta todavía puede ser aplicada en favor de algunos funcionarios acusados de corrupción, pues constituye una norma penal más benéfica o favorable para ellos.

Finalmente, resulta necesario felicitar también al Ministerio Público por la iniciativa de plantear oportunamente una demanda de inconstitucionalidad

contra una ley que a todas luces iba a obstaculizar la eficacia de las normas penales en la represión de la corrupción, especialmente la ocurrida en el ámbito de la contratación estatal.⁴ Ello sin perjuicio de nuestros recientes comentarios sobre la necesidad de que esta institución esclarezca su actuación en el archivamiento de investigaciones fiscales sobre denuncias por delitos contra la administración pública presuntamente cometidas durante el gobierno aprista.

3 La Ley N° 29703 fue derogada en parte mediante la Ley N° 29758 de 21 de junio de 2011, la cual modificó nuevamente la redacción del delito de colusión de la siguiente manera:

"Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."

4 Según el artículo 203° numeral 2° de la Constitución, el Fiscal de la Nación es uno de los titulares de la acción de inconstitucionalidad de una norma legal.

ARTÍCULO ESPECIAL

Obligaciones internacionales en materia de prevención y sanción de la corrupción

Ponencia presentada en el taller de especialización en delitos contra la administración pública

Por **RENATA BREGAGLIO LAZARTE**

Coordinadora del Área Académica del IDEHPUCP

1. Introducción

El presente artículo tiene como objeto dar a conocer los instrumentos internacionales, y las obligaciones internacionales contenidas en ellas, en materia de prevención y sanción de la corrupción, así como analizar su valor jurídico en relación al ordenamiento interno. En esta medida conviene empezar señalando que cuando nos referimos a las obligaciones internacionales en materia de corrupción podemos encontrar dos fuentes principales: los instrumentos convencionales, esto es, los tratados; y los "actos concertados no convencionales", como son las llamadas Declaraciones, los Principios, o las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre otros.

2. Instrumentos de soft law en materia de corrupción

Los instrumentos de soft law en mate-

ria de corrupción vienen desarrollándose desde el año 1990. Estos son los siguientes:

2.1 Declaración sobre la cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo (1990):

si bien no es un instrumento específico referido al delito de corrupción, se establece que la corrupción de los funcionarios públicos es un acto que puede anular la eficacia potencial de cualquier tipo de programas oficiales y el desarrollo mismo, a la vez que victimiza a un conjunto de individuos. Por ello, la Declaración dispone que los estados están obligados, entre otras cosas, a examinar el Derecho penal y verificar las formas de corrupción existentes en él y los actos conexos, así como desarrollar mecanismos para la prevención, detección e investigación de estos delitos. Si bien este instrumento internacional no es propiamente un tratado y, como ya hemos señalado, no es instrumento específico en materia de corrupción,

podemos afirmar que jugó un rol importante como base para el desarrollo posterior del Derecho internacional en materia de corrupción.

2.2 Código internacional de conducta para los funcionarios o titulares de cargos públicos (1997):

este instrumento internacional tampoco está referido específicamente a la corrupción, pero sí plantea determinadas conductas esperables por parte de los funcionarios públicos, como son la prohibición al funcionario o titular de cargo público de utilizar su autoridad para favorecer indebidamente intereses personales o económicos; el deber de los funcionarios de declarar sus ingresos y la prohibición de utilizar indebidamente dinero o bienes públicos; y la prohibición de solicitar algún tipo de regalo o servicio especial.

2.3 Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno de las transacciones comerciales inter-

nacionales (1996): este instrumento implica el primer acercamiento directo en materia de corrupción. Dentro de sus principales aportes se puede mencionar el establecer algunos elementos del soborno y el deber de tipificación de actos de dichos actos de corrupción. Asimismo, señala el deber elaborar o mantener normas y prácticas contables para aumentar la transparencia de las transacciones comerciales internacionales. Finalmente, establece la necesidad de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito en el caso de los funcionarios públicos.



Foto: AFP

Como hemos visto, entre los años 1990 y 2004 se firmaron una serie de instrumentos en la comunidad internacional orientados a prevenir actos de corrupción y a regular la conducta de los funcionarios públicos. Ante esta realidad cabe preguntarse cuál es el valor jurídico de estos códigos de conductas y principios. Al respecto, cabe señalar que al ser estos instrumentos declaraciones aprobadas en conferencias internacionales, no son técnicamente vinculantes para los Estados, y por tanto, para el Estado peruano. Sin duda los Estados que los han debatido y los han adoptado han puesto su firma en esos documentos, pero incluso aunque el Perú hubiese participado en estos debates y los hubiese firmado, de ninguna manera, desde una perspectiva netamente jurídica, se podría alegar la obligación del estado peruano de cumplir esas declaraciones y, menos aún, la generación de responsabilidad internacional por el incumplimiento de esos instrumentos.

No obstante, los llamados instrumentos de soft law sí tienen algún valor en el ordenamiento internacional. En primer lugar pueden servir como criterios de interpretación. Por ejemplo, en el caso de la Declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales se definen los elementos del soborno; por lo tanto, antes de la Convención de las Naciones Unidas sobre corrupción, esta Declaración fue el referente obligatorio para dotar de contenido a ese delito.

Por otro lado, generalmente las declaraciones suelen ser una suerte

de antesala a lo que va a venir más adelante, esto es, la adopción del tratado. De esta manera, antes que se celebre un tratado generalmente se habrá adoptado previamente una declaración. Esto no emana de una obligación, pero es una práctica frecuente en el Derecho internacional, que de alguna manera permite medir el parecer o la voluntad política de los Estados en torno a la aprobación de un instrumento jurídico determinado. Un ejemplo de ello es el de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción, que tuvo como antecedente la Declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales.

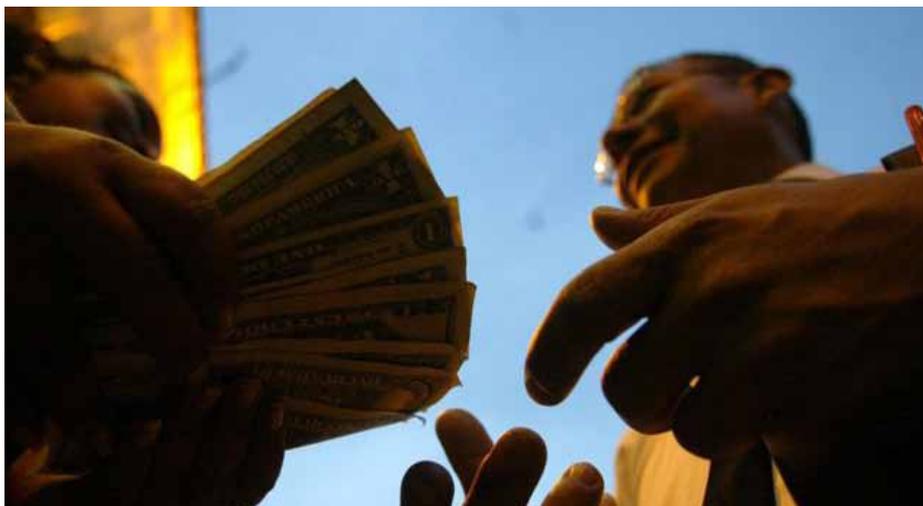
Un argumento más jurídico y menos práctico es el hecho de que, a pesar de que no estemos frente a un tratado, estas declaraciones son, al igual que los tratados, acuerdos entre Estados (aunque ciertamente los instrumentos de soft law no han pasado por el proceso de manifestación de voluntad que es la ratificación o adhesión). Es por este motivo que el Derecho Internacional los denomina **actos concertados no convencionales**. Serán concertados porque primero se debate el texto del cuerpo que se está aprobando y luego el Estado decide plasmar su firma. Y serán no convencionales porque no generan obligaciones jurídicas similares a las de un tratado. Al no haber un acto formal de manifestación de la voluntad, ni se desprenda del texto la voluntad de obligar al Estado a su cumplimiento, no es posible postular el carácter vinculante de estos instrumentos.

No obstante, el soft law es una suerte

de derecho en formación en el Derecho internacional existe el **principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones** (pacta sunt servanda), en virtud del cual el Estado debería hacer sus mejores esfuerzos para poder llevar a cabo lo que los instrumentos internacionales convencionales (o sus obligaciones derivadas) establecen. En este sentido, a partir de dicho principio se podría señalar que al momento de que un órgano (como es la Asamblea General de Naciones Unidas) firma un instrumento de soft law, es posible ubicar dicho instrumento en un marco más amplio de alguna obligación convencional, de la cual ese instrumento de soft law se vuelve como una suerte de “interpretación derivada” respecto de la cual se espera su cumplimiento. No obstante, en el caso del Perú este dilema está zanjado, toda vez que aún cuando se dijera que el Estado no está vinculado por lo señalado en los instrumentos de soft law, es parte de los dos tratados en materia de corrupción, tanto en la Convención Interamericana contra la corrupción, que se encuentra en vigor para el Perú desde el año 1997, como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, que entró en vigor para el Estado peruano en el año 2004.

3. Instrumentos convencionales en materia de corrupción:

Ciertamente, los instrumentos convencionales superan los estándares establecidos en materia de corrupción en los instrumentos de soft law mencionados, ya que generan obligaciones más puntuales y específicas.



Asimismo generan verdaderas obligaciones internacionales y, además, tienen una tendencia mucho más protectora en relación con la víctima de la corrupción, a la vez que contienen un enfoque sancionador para evitar la impunidad de este tipo de delitos. Dentro de la finalidad de estas convenciones, se encuentra, en primer lugar, desarrollar mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción y, en segundo lugar, fomentar la cooperación entre los Estados para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

Es importante señalar que la Convención de las Naciones Unidas, por ser adoptada casi diez años después que la Convención Interamericana, es una convención que tiene estándares mucho más desarrollados que la Convención Interamericana. Por lo tanto, la Convención de las Naciones Unidas es un instrumento internacional mucho más completo y es prácticamente la referencia principal en materia de corrupción. Esto no quiere decir que la Convención Interamericana no sea importante, sino que la Convención de Naciones Unidas es mucho más completa y por ello la mayoría de las disposiciones que vamos a analizar a continuación son derivadas de esta convención.

A. Concepto amplio de corrupción

Tanto la Convención de las Naciones Unidas como la Convención Interamericana contra la corrupción omiten establecer una definición de corrupción. Ello responde a la conveniencia de no tener un concepto cerrado de corrupción, sino una suerte de lineamientos y pautas que permitan plan-

tear un concepto amplio de corrupción. Plantear una definición cerrada podría generar que luego algún acto que pueda ser considerado como corrupción, pudiera ser dejado de lado. No obstante, podríamos definir al fenómeno de la corrupción como **el mal uso del poder público con el propósito de obtener ventajas y beneficios indebidos**.

Esta no-definición y concepto amplio de corrupción presente en las convenciones sobre la materia, llevan también a postular una serie de criterios flexibles para calificar un determinado comportamiento como un acto de corrupción. Así, la Convención de las Naciones Unidas dispone que cuando el Estado sancione, tipifique y legisle en materia de corrupción debe considerar tanto aquellos actos que generen beneficio propio, como un eventual beneficio terceros, ya sea directo o indirecto, ya sea económico o de otra naturaleza. Esta última idea está vinculada con lo normado en la convención al momento de señalar que para que un acto sea un acto de corrupción no se requiere que genere un perjuicio patrimonial. Con ello la Convención de las Naciones Unidas quiere señalar que, si bien podrán existir actos de corrupción que generen perjuicio patrimonial y que sólo podrán constituirse como tales si es que se genera ese perjuicio patrimonial, es perfectamente posible pensar que existan actos de corrupción que no lo generen, y que no por ello deban dejarse de considerar como delitos de corrupción.

B. Definición amplia de funcionario público

En la misma tendencia de plantear una definición amplia de corrupción, al Convención de Naciones Unidas plantea una definición amplia de funcionario. Así, señala que el funcionario público (o servidor público u oficial de gobierno, indistintamente) es aquel funcionario de Estado o de cualquier otra identidad estatal que haya sido incorporado, ya sea por contratación directa o por invitación, en planilla o bajo otra modalidad, con un cargo permanente o temporal, remunerado u honorario, que actúe en representación del estado o a través de funciones propias del estado.

C. Modalidades del delito de corrupción

Otro aspecto interesante de la Convención de Naciones Unidas es que regula que el delito de corrupción sea sancionado en la modalidad de participación como de tentativa.

D. Improcedencia del Móvil Político

La Convención de Naciones Unidas establece que la motivación política para cometer este delito es improcedente.

E. Es la base jurídica para la generación de extradición

La Convención de Naciones Unidas dispone que el mismo tratado es la base jurídica para proceder a solicitar la extradición de una persona por la comisión de un delito de corrupción.

F. Participación de la sociedad civil

La Convención de Naciones Unidas rescata el rol de la sociedad civil en la prevención, lucha y fiscalización de los actos de corrupción.

G. Establece medidas preventivas y sancionadoras

A nivel de **medidas preventivas**, ambas convenciones señalan normas de conducta para los funcionarios públicos, medida que tiene su antecedente en el código de conducta de las Naciones Unidas mencionado. Además, crea mecanismos de supervisión para cumplir esas normas e instrucciones para comprender las responsabilida-

des y el alcance de estas. Asimismo, plantea la necesidad de extender estos estándares al sector privado. Establece también medidas de transparencia que tienen relación con la declaración de gastos, rotación de funcionarios, transparencia en la contratación y estándares acerca de los sueldos. De otro lado, señala la creación de medidas de protección para aquellos ciudadanos o funcionarios que denuncien los actos de corrupción.

En relación a las **medidas sancionadoras**, podemos señalar que la convención establece tres posibilidades: i) deberes de tipificación **obligatorios**, es decir, el Estado tiene la obligación de tipificar determinadas conductas como delitos de corrupción; ii) medidas de tipificación que podríamos llamar **progresivas**, es decir, el Estado debe hacerlo pero se prevé la posibilidad que aún no lo haya hecho; y finalmente, iii) medidas de tipificación **facultativas o potestativas**, esto es, señala que sería recomendable que el Estado tipifique determinadas conductas, pero finalmente la decisión recae en el propio estado.

Así, para las medidas de tipificación obligatorias las convenciones señalan que cada Estado adoptará las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar las conductas como delitos. No cabe duda entonces que los determinados supuestos que las convenciones establecen deben ser recogidos como delitos en la norma penal. En relación con la tipificación progresiva se señala que cada estado prohibirá y sancionará la conducta determinada, pero aquel estado que no haya penalizado dicha conducta deberá realizar los mejores esfuerzos para tipificarlo más adelante.

Es posible por tanto afirmar que existe una obligación internacional de tipificar, pero esta de alguna manera se relaja y queda sujeta a la progresividad. En el caso de las medidas facultativas, se señala que el Estado "considerara la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para tipificar las determinadas conductas como delitos". Es decir, no hay una obligación directa, pero el Estado debe analizar si considera pertinente o necesario tipificar esas medidas.

Estos deberes, si bien están previstos en ambas convenciones, no lo están respecto de los mismos actos de corrupción. Un ejemplo de ello es el acto de enriquecimiento ilícito, que en el caso de la Convención de Naciones Unidas se establece como medida de tipificación facultativa, y en la Convención Interamericana como medida progresiva. En este caso, se deben interpretar ambas convenciones de manera conjunta, de manera que las obligaciones se subsuman y se garantice la mejor protección posible. En el ejemplo, por ser la tipificación progresiva más protectora que la facultativa, se esperaría que el Estado de cumplimiento a esta primera medida.

Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas señala la necesidad de implementar plazos amplios de prescripción para los delitos de corrupción. Si bien la convención no habla de una imprescriptibilidad de los delitos de corrupción (solamente señala de un plazo amplio), podríamos discutir hasta que punto la imprescriptibilidad resulta política o jurídicamente conveniente. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas señala la necesidad de que este plazo sea más amplio, o se suspenda, si se detecta que la persona inculpada ha pretendido eludir a la justicia. Finalmente, la convención también plantea la necesidad de establecer medidas de responsabilidad a las personas jurídicas.

F. Aspectos procesales propios del delito de corrupción

La Convención de Naciones Unidas también regula algunas figuras procesales. Así dispone en su artículo 30.2 que el juez debe tomar en consideración un cierto deber de proporcionalidad o equilibrio entre la protección que las inmunidades pueden generar. Además, el juez deberá considerar también la eficacia misma de la investigación; con ello la Convención de Naciones Unidas señala que no se debe alterar la eficacia de la investigación por respetar determinados privilegios o inmunidades. También estipula que la gravedad del delito es un criterio a tomar en cuenta al momento de conceder la libertad anticipada o condicional. Es preciso señá-

lar que la Convención no obliga, y en realidad sería muy difícil que lo haga, con reglas procesales claras e inamovibles. Sin embargo sí establece ciertos espacios donde deja a consideración de la autoridad que juzga de que manera va a sancionar, todo ello bajo ciertas pautas. En resumen, ¿se deben respetar las inmunidades? sí, pero siempre y cuando no se desnaturalice la investigación misma. ¿Puede el juez otorgar libertad anticipada o condicional? sí, pero debe tomar en cuenta que tan grave es el delito que ha cometido la persona a la cual se le va a otorgar esa libertad. Finalmente, la Convención establece que la gravedad del delito es un criterio a tomar en cuenta al momento de establecer procedimientos de inhabilitación; y señala la necesidad, y eso sí lo hace en forma de mandato, de generar medidas de protección para los testigos y víctimas de los actos de corrupción.

Luego de todo el análisis hecho, corresponde preguntarse de qué manera la Convención de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana contra la corrupción vinculan al funcionario público y al ordenamiento peruano. Para responder esta interrogante debemos de partir del hecho de que nuestro sistema de incorporación de normas internacionales es un sistema monista o de incorporación automática. Así, el artículo 55° de nuestra Constitución señala que los tratados celebrados por el estado peruano forman parte del ordenamiento nacional. Con ello nuestra Constitución señala que la ratificación o adhesión del tratado es el único requisito para que éste forme parte del derecho interno. Si bien la ley sobre el perfeccionamiento de los tratados señala la obligación de publicar el texto del mismo, es bien clara al momento de especificar que esa publicación no condiciona la vigencia del instrumento internacional. Esta especificación nos permite señalar que el tratado es obligatorio desde el día de su ratificación o adhesión y entrada en vigor.

El verdadero problema trata sobre el rango con el que dicho instrumento ingresa al Derecho interno. Y es que, si bien la incorporación del tratado es automática, no es claro si esta norma ingresa con un rango legal o con un rango constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido una suerte de categorías para los tratados. Así, ha dispuesto que si un tratado es de derechos humanos ingresará al Derecho interno con rango constitucional; en cambio, si el tratado no es de derechos humanos, ingresará con rango de ley. Esa calificación, es arbitraria y artificial, genera algunos problemas internos, toda vez que no estipula claramente qué se entiende por un tratado de derechos humanos.

En este sentido, podríamos afirmar, por ejemplo, que la Convención de Naciones Unidas sobre la corrupción contiene disposiciones que protegen derechos humanos por dos motivos. En primer lugar porque la corrupción es un problema de derechos humanos en la medida que el acto de corrupción lesiona fundamentalmente **el derecho a la igualdad de las personas**, toda vez que se está frente a un supuesto en donde una persona obtiene un beneficio indebido en relación con el otro universo de personas que no lo están obteniendo, generándose lógicamente una desigualdad. Sin embargo, dicho derecho humano no es el único lesionado con la corrupción. Piénsese en actos de corrupción cometidos en la esfera de la educación, en este caso no solo se afecta la igualdad de las personas, sino que también se afecta el acceso mismo a dicho servicio público.

De esta manera, los actos de corrupción implican una obstrucción o traba para el acceso a servicios como la educación, salud, vivienda y justicia por parte de las víctimas de esa corrupción. En este sentido, se puede afirmar que **un tratado con disposiciones para combatir la corrupción es un tratado que contiene disposiciones relativas a derechos humanos**; lo que nos lleva a la conclusión de que clasificación que hace el Tri-

bunal Constitucional presenta ciertas imperfecciones. Este razonamiento evidencia el hecho de que un tratado sobre corrupción, en el marco de la calificación del propio Tribunal Constitucional, debe ingresar al derecho interno con rango constitucional.

Pese a lo dicho hasta aquí, y yendo más arriba en la pirámide del Derecho, la clasificación realizada por el Tribunal Constitucional (la cual, como se ha visto, conlleva al reconocimiento de los tratados de corrupción como normas de rango constitucional) es totalmente irrelevante. Esta afirmación se basa en el hecho de que el tratado es una obligación que se celebra y se genera con otros Estados, y, por lo tanto, el rango que el Tribunal Constitucional **o que el propio Derecho constitucional interno quiera darle a ese tratado es irrelevante** desde una perspectiva de Derecho Internacional. En este sentido, el artículo 27° de la Convención de Viena sobre los tratados señala que bajo ninguna interpretación es posible incumplir una norma internacional alegando que una disposición de Derecho interno establezca lo contrario, ya sea que esta disposición de derecho interno tenga rango de ley o incluso tenga rango constitucional.

Es cierto que nosotros tenemos un procedimiento de ratificación que evita, o que al menos trata de salvar, las inconsistencias entre la Constitución y el tratado. Así, el artículo 47° de nuestra Constitución señala que cuando el tratado a ratificar afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento de reforma constitucional. Sin embargo, aún bajo el supuesto que se diera la incompatibilidad antes mencionada, el operador de justicia siempre debe preferir la norma internacional por sobre la norma nacional (salvo que esta última resulte más favorable o protec-

tora), no pudiendo discutir la obligatoriedad de esta norma sobre la base de disposiciones de derecho interno. Por tanto, la convención de Naciones Unidas contra la corrupción y las obligaciones que están establecidas en ella son absolutamente vinculantes tanto para quienes deben legislar como para quienes deben aplicar los principios que esta convención establece.

4. Conclusiones

Para finalizar, a manera de conclusión, se puede señalar lo siguiente:

- Existen instrumentos convencionales y no convencionales orientados a prevenir, investigar y sancionar los delitos de corrupción. De estos instrumentos, los más relevantes con la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, y la Convención Interamericana contra la corrupción, ambas en vigor para el Estado peruano.
- Ambas convenciones apuestan por una mirada amplia del delito de corrupción, y establecen medidas de tipificación inmediata, progresiva y facultativa.
- Ambas convenciones son absolutamente vinculantes para el Estado peruano en la medida que han ingresado al ordenamiento interno de manera automática según lo dispuesto en la Constitución.
- Si bien podría postularse el rango de estas Convenciones, en la medida que contienen disposiciones relativas a la protección de derechos humanos, siempre será posible alegar, en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, el deber del funcionario de Estado, de preferir la norma internacional.

CASO: Las resoluciones del Tribunal Constitucional en el caso Ernesto Schütz Landázuri

Por **RAFAEL CHANJAN**

Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El 20 de abril del corriente, nuestro Tribunal Constitucional (TC) emitió sentencia en el caso Ernesto Schütz Landázuri (Exp. N° 03681-2010-PHC/TC), declarando fundada en parte la demanda de Habeas Corpus formulada por la defensa del mencionado procesado. Según el TC, se habría comprobado la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por lo que declaró nula la Resolución judicial de fecha 21 de noviembre de 2006, que suspendía el plazo de prescripción de la acción penal de Ernesto Schütz en el proceso penal que se le sigue, desde el año 2001, por la presunta comisión de los delitos de peculado, tráfico de influencias y asociación ilícita para delinquir.

En efecto, cabe recordar que a Schütz Landázuri se le inició un proceso penal a partir de la visualización del “vladivideo” que lo mostraba recibiendo dinero del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres para direccionar la línea editorial de Panamericana Televisión. Schütz Landázuri se encuentra en la condición de reo contumaz desde el 2001, pesando en su contra una orden de captura internacional y el trámite frustrado de dos procedimientos de extradición ante las autoridades de Chile y Suiza.

Es por ello, que la Tercera Sala Penal Especial en el 2006 decidió suspender los términos prescriptivos de los tres delitos que se le imputan mediante la resolución de 21 de noviembre de 2006; resolución que originó que se plantee la presente demanda de Habeas Corpus.

A continuación, se muestran algunos extractos resalantes de la sentencia del TC (el énfasis y subrayado son nuestros):



Foto: El Comercio

- Sobre la prescripción de la acción penal:

*“Para analizar la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, debe reconocerse que en uniforme y reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado que existen causas establecidas en la ley que tienen por efecto interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal. **La interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que, producida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando.***

A diferencia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, la suspensión no cuenta con causas establecidas en el Código Penal (...)”

“La motivación esgrimida en la Resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 no es conforme con el supuesto previsto en el artículo 84° del Código Penal, para que legítimamente se declare la

*suspensión de la prescripción de la acción penal. **Este Tribunal considera que su motivación es arbitraria, por cuanto no justifica adecuadamente las razones por las cuales debe suspenderse el plazo de prescripción de la acción penal y porque la contumacia no puede ser entendida como otro procedimiento ajeno y distinto al proceso penal, para que pueda justificarse la suspensión de la prescripción de la acción penal. Tampoco resulta racional considerar que la contumacia en el caso del favorecido incida en la iniciación del proceso penal que se le sigue.**”*

En tal escenario, este Tribunal considera que la Resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en la medida que su argumentación no es acorde con lo prescrito en el artículo 84° del Código Penal, ya que ordenó -mecánicamente- la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal sobre la base de la declaratoria de contumacia, sin tener presente que en la STC04959-2008-PHC/TC se precisó que “la Ley N° 26641 que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal

1 Página 4 de la sentencia bajo análisis.

2 Páginas 4 y 5 de la sentencia bajo análisis.

para reos contumaces, sólo puede ser de aplicación en caso la misma no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable del proceso.³

- Sobre el delito de asociación ilícita para delinquir

“(…) el Tribunal considera pertinente precisar que para analizar la comisión del delito de asociación ilícita debe tenerse en cuenta la STC04118-2004-HC/TC, así como la sentencia de fecha 18 de octubre de 2005, emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Exp. N° 20-2003-A.V. (Caso Mobetek).⁴”

COMENTARIO

- Sobre la prescripción de la acción penal

Como es de conocimiento, la prescripción de la acción penal es una institución jurídica que supone la autolimitación de la potestad estatal de persecución penal de los delitos, estableciendo que tal potestad solo es válida durante un plazo determinado. La prescripción de los delitos implica, en definitiva, el decaimiento de la pretensión punitiva del Estado por el paso del tiempo⁵. Entre los fundamentos que justifican la existencia de la prescripción de los delitos, la doctrina ha reconocido el derecho fundamental a seguir un proceso en un plazo razonable, la seguridad jurídica y los fines preventivos del Derecho Penal⁶.

Ahora, el plazo de prescripción de la acción penal -que se contabiliza desde el momento en que se consuma el delito (Art. 82° CP)- puede verse interrumpido o suspendido. El artículo 83° del Código Penal regula la interrupción de la prescripción de la acción penal, mientras que el artículo 84° del mismo cuerpo legal hace referencia a la suspensión de

la prescripción. Como bien señaló el TC en su sentencia, la interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que, producida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse, mientras que la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando. Los supuestos bajo los cuales se aplica la suspensión del plazo de prescripción son dos: la existencia de un procedimiento que haga depender la iniciación o continuación del proceso penal y la declaratoria de contumacia.

En el presente caso, definitivamente estábamos ante un supuesto de declaratoria de contumacia, pero además existía un procedimiento de extradición en trámite del cual dependía la continuación del proceso pena contra Schütz. En efecto, Schütz Landázuri tenía en trámite un procedimiento de extradición con las autoridades Suizas a la fecha de la emisión de la resolución de la Tercera Sala Penal Especial de 21 de noviembre de 2006. El procedimiento de extradición activa (Art. 525° al 527° CPP) es un procedimiento que claramente hace depender la continuación de un proceso penal, puesto que es imprescindible la presencia del acusado para ciertos actos procesales. Esto incluso es evidenciado por el propio TC; sin embargo, tendenciosamente, prefiere desvalorar sólo parte del argumento de la Sala Penal que aparentemente haría referencia a la contumacia como causal de suspensión de la acción penal.⁷ Además, cabe mencionar que la declaratoria de contumacia constituye un acto procesal necesario para cualquier procedimiento de extradición.

La Tercera Sala Penal Especial en su resolución de 21 de noviembre de 2006 señala que “*en atención al principio de favorabilidad y a la*

*circunstancia de que el juzgamiento del acusado depende de la extradición, resulta legítimo optar por suspender el plazo prescriptivo de la acción penal (...)*⁸” Aquí la Sala hace mención explícita a la extradición como fundamento para declarar la suspensión de la acción penal, lo cual pudo haber sido valorado por el TC como una motivación suficiente y adecuada. Resulta, por tanto, criticable que el TC no haya previsto las consecuencias nefastas para la lucha contra la corrupción que su pronunciamiento acarrearía, al abrir la puerta para que prófugos de la justicia puedan hacer prescribir sus delitos.

En efecto, lo grave de este pronunciamiento es que permitiría que Schütz Landázuri pueda hacer prescribir los delitos que se le imputan, puesto que, según el artículo 83° del Código Penal, existe un plazo de prescripción extraordinario que hace prescribir los delitos, aun cuando exista una interrupción del plazo prescriptivo ordinario.⁹ El plazo de prescripción extraordinaria opera cuando se sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción, por lo que, en el caso de Schütz, ya habrían prescrito extraordinariamente todos sus delitos.¹⁰ En contraste, la suspensión de la acción penal no cuenta con un plazo de prescripción extraordinario.

Sobre este tema, cabe mencionar que, el 8 de mayo, el TC emitió una resolución en la que se declaró improcedente el pedido de aclaración formulado por la Procuraduría Anticorrupción. En dicha resolución, el TC señala que su sentencia sólo se limitaría a concluir que la motivación de la suspensión de la acción penal es indebida, lo cual no prohibiría al órgano emplazado a efectuar una nueva motivación. Sin embargo, esta justificación no elimina la incertidumbre creada, ya que parte de la argumentación de la sentencia se avoca a justificar que

³ Página 5 de la sentencia bajo análisis.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Ver al respecto PROYECTO ANTICORRUPCIÓN (IDEH-PUCP). La Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. boletín N° 6. Mayo 2011. p. 1.

En: http://idehpucppucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/septiembre_2011_n06.pdf. Visitado el 14 de mayo de 2012.

⁷ Ver página 4 y 5 de la sentencia bajo análisis.

⁶ Ver PROYECTO ANTICORRUPCIÓN (IDEH-PUCP). La Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. op. cit. p. 2. ⁷ Ver página 4 y 5 de la sentencia bajo análisis.

⁸ Página 3 de la sentencia bajo análisis.

⁹ Ver el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de la República N° 9-2007/CJ-116 de 16 de noviembre de 2007.

¹⁰ Ello pues el delito con mayor pena es el de peculado, cuyo máximo es de 8 años, lo cual hace prescribir extraordinariamente el delito en 12 años.

en estos casos estamos ante una interrupción y no una suspensión del plazo prescriptorio.

- Sobre el delito de asociación ilícita para delinquir

Como se muestra en los extractos antes citados de la sentencia del TC, se señala que el incorporar el delito de asociación ilícita para delinquir dentro de la imputación contra Schütz Landázuri, no supone una vulneración de su derecho a la libertad individual, puesto que conforme se estableció en la STC N° 4118-2004-HC/TC, puede concurrir en una misma imputación penal el delito de asociación ilícita y la complicidad de otro delito.

En efecto, en esta sentencia, al igual que en el caso Mobetek (Exp. 20-2003),¹¹ se estableció que la asociación ilícita es un delito autónomo que requiere para su configuración una vocación de permanencia del agente, en donde éste forme parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos. El ser cómplice de un delito aislado no

puede dar lugar per se a la sanción por el delito de asociación ilícita¹²; no obstante, puede darse el caso de que una persona perteneciendo a una banda organizada para cometer delitos, participe en la comisión de alguno de estos. De ello que sea perfectamente posible procesar y, eventualmente, condenar a Schütz Landázuri por el delito de asociación ilícita y, también, por complicidad en el delito de peculado doloso.

- Sobre la nulidad de la sentencia del TC

Un último tema a comentar es el referido a la resolución del TC que declara la nulidad de su sentencia del 20 de abril y su resolución del 8 de mayo. El 11 de mayo, el TC publicó una resolución en la que declara nulas las sentencias antes mencionadas, ya que no se alcanzó mayoría en el extremo de su sentencia de 20 de abril que declaró la nulidad de la resolución que suspendió el plazo prescriptorio de los delitos que se imputan a Schütz Landázuri. Se señaló que hubo un error en la contabilización

de los votos de los magistrados, por lo que se hizo necesario llamar al magistrado Calle Hayen para que emita pronunciamiento definitivo. Posteriormente, el 22 de mayo, el magistrado Calle Allen emitió su voto sobre el particular declarando improcedente la demanda de Habeas Corpus. Su decisión, lejos de analizar el tema de fondo sobre la suspensión de la prescripción y la contumacia, se sustenta en la no firmeza de la resolución del 21 de noviembre de 2006, toda vez que el recurrente, en su momento, dejó consentir esta resolución sin interponer recurso alguno.

Así pues, con el voto del magistrado Calle Hayen, se llegó a una mayoría en el pronunciamiento del TC que permitió resolver definitivamente el caso, declarando la improcedencia de la demanda de Habeas Corpus que cuestionaba la resolución del 21 de noviembre de 2006. Esta Solución se muestra como positiva, pero deja, igualmente, dudas sobre el compromiso y capacidad del TC para luchar contra la corrupción en el país.

¹¹ Ver sentencia en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/sentencia_mobetek-020-2003.pdf. Visitado el 15 de mayo de 2012.

¹² En este mismo sentido se pronuncia el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 4-2006/CJ-116 de 13 de octubre de 2006. Fundamento 12.

Comentario a la sentencia del caso Gerardo Castro

Por **YVANA NOVOA**

Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

La presente sentencia, emitida el 21 de diciembre de 2011 por el Tercer Juzgado Unipersonal Especializado en delitos cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima, condenó, a cinco años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación, al ex Viceministro de Justicia Gerardo Castro Rojas como autor del delito contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios- en la modalidad de Cohecho Activo (Art. 397° CP), en agravio del Estado. Esto, debido a que el acusado entregó la suma de \$10,000.00 dólares a Alejandro Ríos Delgado –asesor de la vice ministra de industria- para obtener resoluciones administrativas que permitirían el incremento del porcentaje máximo de captura del recurso de anchoveta. El

acusado Castro Rojas fue contratado como abogado por el señor Valentín Palma Huamanchumo para que aquél le hiciera el trámite que le permitiera a los propietarios de determinadas embarcaciones pesqueras extraer un mayor porcentaje de anchoveta.

Es importante señalar que la Corte, en la presente sentencia, absuelve a Palma Huamanchumo de los cargos por la supuesta comisión del delito de Cohecho Activo Genérico, ya que se considera que no ha podido ser probado que éste dio la suma de \$20,000 dólares a Gerardo Castro para que éste último consiguiera las resoluciones administrativas de modo ilícito. Por el contrario, los hechos dan a entender que Palma Huamanchumo pagó a Castro dicha suma de dinero

bajo el concepto de pago por los servicios profesionales de abogado que Castro le estaba brindando, sin saber que parte de ese monto iría destinado a corromper a un funcionario público. Un aspecto importante a resaltar del presente caso es el referido a que Alejandro Ríos Delgado denunció ante las autoridades el hecho de que los acusados le habían ofrecido dinero a cambio de obtener las resoluciones administrativas de forma indebida. Es por esta razón que se inició una investigación fiscal y la preparación de un operativo. A fin de obtener una prueba fehaciente sobre las reuniones que se dieron en el Ministerio de Producción entre los acusados y el asesor Ríos Delgado, se efectuaron video-vigilancias los días 01 y 02 de febrero de 2011, sin embargo, éstas

no contaban con autorización judicial. Y es que sólo se otorgó autorización judicial para realizar grabaciones el día 31 de enero y ésta autorización caducó al final de ese mismo día. Por esta razón, en el proceso penal llevado contra Gerardo Castro y Adriana Pérez Guedes, no se procedió a valorar el contenido de los videos y audios obtenidos los días 01 y 02 de febrero pues se les considera pruebas prohibidas.

A continuación, los extractos más importantes de la sentencia referidos a la prueba prohibida:

1. Valoración de la prueba

“La valoración probatoria es el momento culminante del desarrollo procesal en el que el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis crítico y razonado sobre el valor acreditante que los elementos probatorios introducidos tengan. (...)”

Como es fácil de comprender, un paso previo a la valoración de las pruebas actuadas en el juicio, es verificar si las mismas se encuentran revestidas de licitud, y que en su caso no constituyan pruebas prohibidas, entendidas éstas como aquellas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Si bien esta labor debe ser emprendida de oficio por la judicatura, debido a nuestra primaria y necesaria sujeción a la Constitución, en el caso que nos ocupa, resulta más que imperativo, al haber alegado los abogados defensores la existencia de esta figura, en lo que respecta a las grabaciones de audio y video realizadas los días 01 y 02 de febrero en el salón de reuniones del séptimo piso del Ministerio de Industria, al ser producto de video-vigilancias realizadas en lugar cerrado, sin que se haya contado con autorización judicial.

2. Sobre la prueba prohibida

“(...) siendo la libertad el principio natural del individuo, la posibilidad que la autoridad establezca restricciones a ella, si bien justificadas por su in-

tegración a la sociedad, debe cumplir ciertas condiciones (...) En ese sentido, en caso la autoridad establezca restricciones a la libertad, entre otras cosas, deberá hacerlo a través de una norma expresa y clara que posibilite a sus ciudadanos la cabal comprensión de tal limitación. (...)”

En este sentido, la exigencia que los actos invasivos en la libertad del individuo se encuentren plasmadas en una norma legal, expresa su adecuada relevancia cuando la confrontamos con el poder de policía que tiene todo Estado y que, sin temor a equivocarnos, constituye el mecanismo que más restricciones puede generar en el derecho de los ciudadanos. (...)”

En efecto, el proceso penal en un Estado Constitucional de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. (...)”

En esta misma línea tenemos que *el maestro Muñoz Conde dice: “el respecto a las garantías y derechos fundamentales del acusado puede suponer y, de hecho supone efectivamente, un límite a la búsqueda de la verdad que obviamente ya no puede ser una verdad a toda costa.”* (...)”

Entonces, de todo lo precedentemente expuesto, se concluye que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. (...) Es por ello que nuestro máximo intérprete de la Constitución tiene dicho sobre el particular que: *“la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (...) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valo-*

ración de la prueba (...)”²

3. Sobre los actos de video-vigilancia

“(...) nuestra nueva legislación procesal penal ha previsto la posibilidad que la autoridad encargada de la persecución del delito pueda realizar acciones dirigidas a la obtención de medios de prueba que le permitan un adecuado ejercicio de la acción penal. (...) nuestro ordenamiento ha establecido la posibilidad de que el señor representante del Ministerio Público, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, pueda ordenar la realización de video-vigilancias, cuando la misma resultase más provechosa a la investigación conforme al artículo 207, 1° del CPP. (...) la realización de tal acto de investigación tiene implicancia con ciertos derechos del individuo (...). Alguno de los derechos que se pudieran ver restringidos por el uso de medios tecnológicos que permitan el registro de la imagen y/o voz del individuo, son el respeto a la vida privada o el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen e incluso se habla de afectación a la libertad ambulatoria.

(...) [una] previsión que deberá tener en cuenta el funcionario persecutor del delito será en los casos en que las video-vigilancias deberán efectuarse al interior de inmuebles o de lugares cerrados. En estos casos, conforme los dispone el artículo 207, 3° CPP, [para lo cual] se requerirá de autorización judicial. Ello (...) se debe a que el uso de este procedimiento genera una mayor afectación a los derechos fundamentales antes mencionados dado el escenario donde se producen las mismas, contrario a lo que sucede en lugares distintos a éstos (públicos), donde producto de la propia convivencia social, estos deben ser relativizados.

(...) La autorización judicial importa un examen previo respecto de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida solicitada. (...)”

En el caso que nos ocupa, ha quedado claramente establecido en la secuencia de las audiencias que las

1 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2000, p.107.

2 STC del 27 de octubre de 2012, expedida en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, del 27 de octubre de 2010. Caso Alberto Quimper Herrera.



video-vigilancias efectuadas los días 01 y 02 de febrero en el salón de reuniones del Séptimo Puso del Ministerio de la Producción no contaron con autorización judicial. Si bien hubo un pedido autorizado judicialmente para el 31 de enero, el mismo caducó al extinguirse ese día (...). (...) En atención a lo expuesto, es que en análisis de los medios de prueba actuados en las audiencias del juicio oral materia de la presente resolución, no se procede a valorar el contenido de los videos y audios correspondientes a las video-vigilancias del 01 y 02 de febrero (...)."

COMENTARIO

Estamos de acuerdo con lo señalado por el juzgado respecto a que la libertad personal es un valor fundamental del ordenamiento y, en ese sentido, las restricciones a ésta deben cumplir ciertos requisitos para ser legítimas. Por ello, se debe exigir que las restricciones a derechos fundamentales se encuentren previstas claramente en una ley. Y es que la libertad personal constituye una base primordial para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. En este orden de ideas, también estamos de acuerdo en que el poder de policía del Estado es uno de los que más restricciones puede generar a los derechos de los ciudadanos.

No obstante, no estamos de acuer-

do en lo expuesto por el juzgado al referirse a que, en el presente caso, las grabaciones provenientes de las video-vigilancias deban considerarse prueba prohibida por el hecho de que se hayan realizado en un recinto cerrado y sin autorización judicial previa. Esto, en tanto de lo indicado por el juzgado, los que ocurra en un lugar cerrado forma parte del ejercicio de derechos como la intimidad, privacidad e imagen de las personas. El juzgado ha recurrido, en este punto, al artículo 207° del Código Procesal Penal. Sin embargo, consideramos que, atendiendo a una interpretación teleológica de dicha norma, no podría equipararse una sala de reuniones de un ministerio –como lo es en este caso el Ministerio de la Producción– con un recinto cerrado y privado (como puede ser un despacho privado) donde el desempeño de las funciones públicas –que deben obedecer en todo momento a los deberes especiales de integridad y probidad de la función pública– constituya una conducta íntima o privada que no pueda ser susceptible de control estatal. Y es que un ministerio es una institución pública y las actividades que se desempeñan dentro de ésta son a su vez de carácter público. Distinto sería el supuesto en el cual se intercepte telefónicamente las conversaciones privadas de un funcionario realizadas desde su número privado de celular. Asimismo, sería distinto que las grabaciones se efectuaran dentro de los servicios higiénicos de la institución

pública. Incluso, consideramos que tomando en cuenta los altos niveles de corrupción estatal que existen en nuestro país, el permitir que haya cámaras que graben las instalaciones de instituciones públicas como, en este caso, un ministerio, sería una medida eficiente y acertada de control y transparencia de la función pública.

Por otro lado, nos parece que en el caso concreto se habría dado un supuesto de excepción a la prueba prohibida. Pues bien, según la teoría del riesgo³, se debería admitir una grabación cuando uno de los involucrados en la grabación tenga conocimiento de ésta. Respecto a este punto, Reaño Peschiera considera que son dos los supuestos en los cuales se pueden considerar lícitas las grabaciones secretas: i) cuando al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación y, ii) cuando el contenido de la conversación no corresponda al ámbito privado o íntimo de los sujetos grabados, "lo cual no sucederá cuando ella esté referida a la comisión de hechos punibles, cuya persecución será de carácter público (...)."⁴ Asimismo, nos parece acertada la postura de este autor referida a que sólo se prohíba una prueba cuando las conversaciones secretas o video-grabadas hayan sido provocadas preponderantemente por el órgano encargado de persecución penal y, por el contrario, se admitan aquellas grabaciones donde el particular haya permitido que se le grabe.⁵

Siendo esto así, lo ocurrido en el presente caso encajaría dentro del supuesto recién indicado en el que se debería permitir o admitir un video secreto como prueba. Esto en razón de que el asesor del ministerio de producción, Alejandro Ríos Delgado, denunció inmediatamente a las autoridades los hechos referidos al ofrecimiento de dinero para emitir resoluciones administrativas de modo ilícito. A raíz de esta denuncia se organiza el operativo y se realizan los actos de video vigilancia, por lo cual entende-

3 SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. *Excepciones a la prueba prohibida. "La prueba prohibida en el proceso penal"* En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 145.

4 REAÑO PESCHIERA, José. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista editores, 2009, p. 113. Dicha teoría es compartida en el acuerdo 7° del Tema III de los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal procesal y penitenciaria" realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004.

5 *Ibidem*. p. 117.

entendemos que en este caso, Ríos Delgado tenía conocimiento y había permitido que se le grabe escuchando el ofrecimiento indebido de dinero y, posteriormente, recibiendo el dinero. Resulta imprescindible recordar en este punto que tanto el ofrecimiento como el dar dinero a un funcionario para que este incumpla sus funciones constituyen conductas que configuran el delito de cohecho activo. Por lo tanto, también podríamos afirmar que las conductas que fueron grabadas no habrían pertenecido al ejercicio legítimo del derecho a la intimidad o privacidad, sino por el contrario, serían conductas delictivas que no pueden ser protegidas cuando han sido captadas en un lugar público como lo es una institución del Estado.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Superior de Justicia de Lima en la sentencia recaída en el proceso penal contra Vladimiro Montesinos Torres y Alexander Kouri Bumachar por la comisión del delito de tráfico de influencias en agravio del Estado. En dicha sentencia, la Corte declara infundada la tacha que el acusado Alexander Kouri presentó contra los videos que fueron grabados en la sala del Servicio de Inteligencia Nacional. Ello ya que a consideración de la Corte, en tanto las filmaciones fueron realizadas por uno de los intervinientes en la grabación, no se habría vulnerado el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Más aún

si el contenido de las conversaciones versaba sobre hechos delictivos y no sobre temas que puedan protegerse por pertenecer al ámbito íntimo o privado.

La sentencia también resalta que en dicho caso las grabaciones se hayan efectuado dentro de las instalaciones de una identidad estatal e indica que los temas conversados en las filmaciones tenían relevancia pública en tanto acreditaban la comisión de un hecho delictivo.⁶ En la misma línea, la Corte Suprema en su Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 9-2006 indicó que las filmaciones que se realizan en espacios públicos no lesionan derechos como la propia imagen. Ello no sólo por el lugar y el contexto en el que se ha dado la grabación, sino también porque las conversaciones captadas no se encuentran orientadas a ser excluidas del conocimiento de las demás personas.

Finalmente, nos parece pertinente añadir que la sentencia emitida en segunda instancia por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima se pronunció sobre el tema de la prueba prohibida en este caso, pero sólo en lo referido a la teoría del árbol envenenado. Y es que la defensa de los acusados argumentó que las actas policiales levantadas el día de la intervención policial a los acusados, debía ser calificada como

ilícita también en tanto provenía de los videos que ya habían sido calificados como prueba prohibida. Esto, recurriendo a la doctrina del árbol envenenado que, según la Sala, supondría que *“la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (derivadas) que aunque han sido obtenidas lícitamente, tienen su origen en informaciones, elementos o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial.”*

Al respecto, consideramos acertada la opinión emitida por la Sala referida a que en este caso no se aplicaría la citada teoría ya que *“las actas policiales levantadas en el lugar de la intervención de los sentenciados no derivan ni son consecuencia de los videos declarados ilícitos (...) las actas de intervención a los sentenciados el día 02 de febrero y sus correspondientes registros personales así como los videos ilícitos fueron efectuados a consecuencia de la denuncia formulada el 24 de enero de 2011 ante el Ministerio Público por el delito de corrupción e información que proporcionó previamente el testigo denunciante Ríos Delgado”*. Sin embargo, nos parece que hubiera sido acertado que la Sala aborde dando nuevas luces sobre el debate en torno a la prueba prohibida.

⁶ Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima de 9 de julio de 2003, recaída en el Expediente N° 017-2001.

Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/sentencia_monntesinos_kouri-017-2001_parte_1.pdf

“El Estado sólo ha cobrado el 0.6% de S/. 1000 millones que se le adeuda por delitos de corrupción”

Al Equipo del Observatorio en Delitos de Corrupción de la Procuraduría Anticorrupción
Jaris Mujica (jefe de la unidad), Víctor Quinteros (Coordinador general), Rafael Castillo y Carlos Chávez Silva (investigadores)

Por Equipo del Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

1. ¿Cuál es la principal misión del Observatorio de la Procuraduría Anti-Corrupción?

Esta es en realidad una unidad de información, de clasificación de información y de búsqueda y análisis de datos ligados a los casos que se litigan en la Procuraduría. De ahí las dos tareas específicas del equipo: por un lado, recoger y clasificar la información de los casos de corrupción que se encuentran en la Procuraduría y en su archivo, para construir un sistema de información rápido, estadística rigurosa y conocer la situación de los procesos. Por otro lado, la unidad también cumple una función de complemento del trabajo de los equipos de litigio, proveyendo de información específica para los casos, datos que se organizan de diversas bases y procedimientos de clasificación de información (datos de registros públicos, identidad, información financiera, biografías, etcétera).

La idea nace de la recomendación de la cooperación alemana (GIZ) y del esfuerzo de los expertos internacionales en este tema, y es gracias a sus recomendaciones que se dio perfil a esta unidad, conformada por un equipo multidisciplinario con profesionales de las ciencias sociales, el derecho y el análisis de inteligencia.

2. ¿Cuál es la forma en que obtienen la información y los obstáculos que se han presentado?

Se recoge información para la sistematización, de los expedientes que se tienen en giro y aquellos que están en el archivo de la procuraduría. Esto implica un gran esfuerzo pues i) al inicio de este gobierno no había un sistema de registro que sistematice la información de la institución y el des-



Foto: MINJUS

orden de los datos y los archivos era una constante. Para superar esto se ha creado una base de datos con 55 variables (variables que caracterizan los casos y le otorgan importancia, que ubican su historia, que identifican a los inculpados, que dan cuenta de la situación de la reparación civil, que permiten el seguimiento del expediente en los archivos) y se ha clasificado uno por uno. ii) En el caso del acompañamiento en las tareas de litigio la información se obtiene de diversas bases de datos (Reniec y Sunarp por ejemplo), para poder hacer más eficiente la investigación y darles herramientas a los abogados.

Es evidente que los problemas han sido muchos en estos meses: uno de ellos, y quizás el más grave ha sido el desorden de la información, que está fragmentada, se “perdió” o se ha encontrado en lugares no adecuados. Esto se ha traducido en el desorden físico de los archivos, cuyo estado inicial era realmente precario. Después del intenso trabajo del último semestre ha sido posible reconstruir la base de datos y el archivo físico.

Por otro lado, el problema de las bases de datos para el complemento de

información es la restricción que aún se tiene. Hasta nuestra llegada no se contaba con acceso a Sunarp (registros públicos), lo que dificultaba la labor de los abogados que tienen que trabar embargos, seguir la ruta del dinero de quienes se enriquecen de manera ilícita. Con el Procurador actual se ha solicitado acceso a bases de datos diversas: Sunarp, Infocorp, requisitorias, aduanas, etcétera, las cuales están en proceso de generar convenios de cooperación. La información es fundamental para investigar y luchar contra la corrupción. Sin información ordenada y rigurosa la labor de los abogados es más difícil.

3. Sobre los delitos cometidos en materia de corrupción ¿Se tiene información sobre cuáles son los delitos de mayor incidencia por cada distrito judicial?

Hay actualmente alrededor de 15,000 casos en litigio en todo el país. De estos hay cerca de 2,000 casos en Lima (incluyendo los 180 casos de la ex procuraduría Ad Hoc Fujimori-Montesinos, y sin contar Lima Norte y el Callao). En el caso de Lima, podemos decir ya con certeza que el 28% son casos de peculado, 15% son casos

de colusión, 11% casos de cohecho pasivo propio, 6% de casos de negociación incompatible, 6% de casos de enriquecimiento ilícito.

4. ¿Existe alguna información cuantitativa sobre la suma adeudada al Estado peruano en materia de reparación civil por delitos de corrupción?

La cifra que se reconstruyó y que se actualiza todos los meses muestra alrededor de 1,000 millones de soles por reparaciones civiles por cobrar. De estos solo se ha cobrado alrededor de 6 millones de soles, o sea solamente el 0.6%. Hay incluso quienes tienen deudas de 2 o 3 millones de soles, pero que pagan trimestralmente 20 soles para argumentar que “sí pagan”.

5. Sobre los montos pecuniarios desviados a partir de las prácticas de corrupción ¿se tiene datos o información sobre a cuánto asciende dicha suma de dinero? En esta misma línea ¿se tiene datos sobre el monto del dinero recuperado y del dinero por recuperar?

Este no es un trabajo que la Unidad de Información (el Observatorio) haga directamente, pero hay un trabajo de apoyo en datos a la Unidad de Análisis Financiero, que se encarga de estos temas. Lo que es posible decir es que no hay certeza sobre la cantidad de los fondos desviados, pues no hay estudios profundos sobre el tema. Lo que se ha podido construir son estimaciones generales que sugieren que hay cerca 1,500 millones de dólares en movimientos bancarios detectados por autoridades panameñas en el 2006, pero no hay mayor investigación sobre el tema desde entonces. Además de este monto, se está trabajando en la repatriación de 8 millones de dólares de cuentas en Luxemburgo (que con intereses deben sumar alrededor de 10 millones) y cuentas en Suiza por 12 millones de dólares. Las unidades correspondientes están trabajando en esto y se espera que se repatrien este año.

6. Sobre los procesados y condenados por delitos de corrupción ¿se tiene alguna información sobre el número de sentenciados y de

procesados por delitos de corrupción de funcionarios? ¿Cuántos de ellos se encuentran internos en un centro penitenciario?

En porcentajes⁶: de aquellos casos que llegan a sentencia definitiva, en promedio: 60% son absueltos y solo 40% son condenados. De este 40% el 26% tiene una condena suspendida y solo 14% termina en prisión.

7. Sobre las prácticas de corrupción ¿qué entidad u órgano estatal es en donde se evidencian más actos de corrupción? Dentro de dichas entidades ¿qué tipo de funcionario público o servidor público es el que se encuentra con mayor cantidad de denuncias por actos de corrupción?

Lo que podemos medir es en dónde hay más denuncias y casos (esto no siempre indica dónde hay más corrupción, sino dónde se denuncia más). De lo que hemos registrado el 33% de los casos que la Procuraduría litiga implica a funcionarios de Ministerios, 16% a Municipalidades distritales y 14% a la Policía. Lo interesante es que se trata, por lo general, de funcionarios de rangos medios o de rangos bajos. Por ejemplo, en la Policía se trata de casos que tienen que ver con funcionarios ligados a la administración o a la logística (los recursos y bienes) y a la Policía de tránsito (el contacto directo con el ciudadano). Esto se repite en las otras instituciones: funcionarios medios ligados a la parte logística de la administración o funcionarios de bajo rango, dedicados a las labores de atención al ciudadano.

8. A partir de su experiencia en el Observatorio en Delitos de Corrupción ¿tienen ustedes alguna información o anécdota que quiera compartir con nosotros?

Hay muchos casos pequeños, una gran cantidad de casos que son por 5 soles, 10 soles, casos de “microcorrupción”, que componen el 60% de de carga procesal activa de la Procuraduría. Menos del 20% de los casos son “emblemáticos” (es decir, que implican a altos funcionarios, altos montos de reparación civil o alto impacto mediático). El problema de aquellos

casos, los “pequeños” es que representan un conjunto grande, y que los abogados tienen dificultades para litigar, pues no siempre tienen pruebas (son el “dicho de uno contra el dicho de otro”), el monto de la reparación civil, en el caso de ganar el caso, es muy pequeño. ¿Cómo aplicar herramientas y técnicas de unidades especializadas en este tipo de casos? Evidentemente es muy difícil, pues estos no dejan huella en el sistema financiero (así que el trabajo de las unidades de análisis e inteligencia financiera poco puede hacer), por lo general no implican el enriquecimiento de quienes cometen estos actos de corrupción (por lo que es difícil encontrar indicios para generar investigaciones), y son tantos casos que es difícil tener control sobre el litigio de todos estos. Esto es diferente de los grandes casos que si bien son más complejos, dejan huellas en varios niveles y permiten el uso de unidades, estrategias, técnicas y mecanismos de información aplicada. Creemos que hay que evaluar esta situación para determinar qué tipo de casos deben estar bajo la responsabilidad del Procurador especializado en delitos de corrupción (y en los que debería ser incluido como parte civil de la defensa jurídica del Estado) y cuáles son los casos que deberían asumir los Procuradores institucionales.

No hay que olvidar que el Procurador debería actuar en casos de especial necesidad y gravedad (como indica el artículo 15 del decreto legislativo N° 1068, ley que crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado) y el objetivo a diferencia de la Fiscalía Anticorrupción (que es persecución penal del delito), es el cobro de la reparación civil.

9. Sobre la entrada en vigencia en todo el país del Nuevo Código Procesal Penal en materia de delitos de corrupción de funcionarios ¿creen ustedes que favorece o dificulta las investigaciones o el juzgamiento al momento de procesar a los individuos inmersos en estos delitos? (especial énfasis en los plazos de investigación)

No podemos opinar con la profundidad de los abogados litigantes, pero una cosa que es evidente en la rutina

de trabajo es que las ventajas del nuevo código y la celeridad que genera en los procesos de investigación (lo que es sin duda un aporte y un avance) no siempre toman en cuenta los plazos que se tienen y las condiciones materiales para realizar las investigaciones.

Así, el nuevo código reduce los plazos para la investigación, plazos que muchas veces resultan muy breves y generan investigaciones poco profundas. Eso está relacionado a la ausencia de unidades especializadas de peritos que puedan brindar datos claros y fehacientes sobre los hechos que se investigan en estos contextos.

Además, si bien los tiempos se han reducido, el personal sigue siendo el mismo, no ha aumentado, las condiciones de trabajo son precarias y no hay entrenamiento especializado para este tipo de investigaciones. Eso hace que los esfuerzos que llevan a cabo el Poder Judicial, la Fiscalía y la Procuraduría tengan que combatir no solo contra los corruptos, sino contra la precariedad material de estas situaciones.

10. Finalmente, ¿existe algún portal de Internet en donde los interesados en el tema puedan revisar la información en mención? ¿se tiene pensado la realización de una pu-

blicación con los datos obtenidos?

Por ahora la información está en proceso de organización, pero en algunos meses tendremos un informe que, esperamos, se haga público, en el que se mostrará la situación de la lucha anticorrupción desde la Procuraduría. Además habrá, en la web del Ministerio de Justicia, un espacio en el que se publiquen los “registros públicos de la corrupción”: los deudores, los prófugos, etcétera, pero también la estadística sobre los casos y la información necesaria para el seguimiento y vigilancia de la lucha contra la corrupción con datos concretos.