

LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN COMO POLÍTICA DE ESTADO

Capítulo 2

HENRY PEASE GARCÍA / GIOFIANNI PEIRANO TORRIANI
(EDITORES)



FONDO
EDITORIAL

La lucha anticorrupción como política de Estado

Henry Pease García y Giofianni Peirano Torriani (editores)

© Henry Pease García y Giofianni Peirano Torriani, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: setiembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-11352

ISBN: 978-612-4146-13-8

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200674

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Debate en panel: la lucha anticorrupción desde el sistema de justicia peruano

César San Martín

Hay algunas ideas generales acerca de la corrupción que me parecen importantes para fijar el debate y establecer la agenda de la discusión. Siempre he planteado, en torno a la corrupción, dos grandes líneas de trabajo: primero, considerar que la lucha contra la corrupción es una política de Estado; y segundo —y en la línea profesional del derecho penal—, afirmar que el delito de corrupción es un delito de Estado, un delito del sistema, un crimen del sistema. Dichas consideraciones implican un conjunto de efectos y consecuencias sumamente interesantes, no solo en la regulación jurídica, sino también en la institucionalidad que ello acarrea.

Sabemos del carácter sistemático y generalizado de la corrupción, y de la necesidad de una política holística de combate contra ella. Sabemos que lo que destruye la corrupción es la cultura de la legalidad; sabemos que la corrupción desestabiliza el desarrollo social; sabemos que afecta sobremanera el desarrollo y que también es una fuente fundamental de violación de derechos humanos. Creo, por tanto, que a partir de esas consideraciones será posible entender por qué debemos calificar o afirmar que es necesaria una política de Estado en materia de corrupción. Pero, además, esta política no es de libre configuración, porque está

obviamente impuesta o, mejor dicho, ya enmarcada o delimitada por un consenso internacional, o más aún, definida por el derecho internacional.

Se ha mencionado con bastante puntualidad el conjunto de normas internacionales de derecho internacional penal que son relevantes en la materia. Al respecto, me quedo con tres convenciones que me parecen centrales: primero, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de Palermo; segundo, la Convención Interamericana contra la Corrupción; y, finalmente, la CNUCC. Las tres son los instrumentos formales que señalan cómo deben ser la conducta o las políticas públicas internas en materia de corrupción y cómo deben configurarse. Pero, sobre todo, son el punto de partida hacia una noción importante, esto es, que estamos sujetos a una fiscalización internacional y que debemos aceptarla y promover este tipo de intervenciones, debido a que es importante una visión uniforme respecto a este fenómeno en el sistema internacional. Si esto es así, entonces cae por su propio peso que, en un determinado sector —que es el sector represivo en la lucha contra la corrupción—, se tienen que generar algunas pautas propias diferenciales o específicas para enfrentar este fenómeno, denominado en el ámbito penal como *la dogmática de la globalización en materia de corrupción*. Y sobre esto, se genera un conjunto de ideas básicas y fundamentales.

Si calificamos a la corrupción como un crimen de Estado, esto determinará que, en clave de proporcionalidad, las medidas que se implementen, así como los criterios jurisprudenciales y jurídicos que se asuman, sean propios o distintos en relación con lo que es, por ejemplo, un delito común; es decir, cualitativamente más significativo. El tratamiento de la corrupción, en consecuencia, desde el derecho penal, genera un conjunto

de alternativas interesantes, obviamente bajo un canon claro de defensa, promoción y reconocimiento de los derechos individuales. Entonces, esto es lo que quiero destacar, sobre todo, para comparar cuáles son los estándares que en el campo penal debe tener una política de Estado anticorrupción; y, como ya he dicho, consecuentemente, tenemos que tomar como criterio base lo que dice el derecho penal internacional.

De este modo, si afirmo, por ejemplo, que en el derecho penal material hay siete grandes características relevantes consolidadas, de las cuales —lamentablemente—nuestra legislación actual no cumple ni la mitad, puedo aseverar, por tanto, que estamos en falta frente al derecho internacional.

Seguidamente, para que ustedes tomen en cuenta cuáles son los criterios y los estándares a los que debemos someternos en el ámbito mundial, citaré estas siete características en relación con el ámbito legal peruano. En primer lugar, en el derecho penal material se asume una concepción amplia del funcionario público. Esto me parece importante y, tal vez, la noción más amplia o generosa de cara a la protección social la tenga la Convención Interamericana, que incluso incorpora al funcionario público que ha sido seleccionado para desempeñar actividades públicas; no al que ya está en el cargo, sino al que ha sido recientemente nombrado, para, a partir de esto, desarrollar conductas con anterioridad ordenadas.

Al respecto, en el Perú, el caso Kouri tuvo un efecto interesante. Y la jurisprudencia, mal o bien, forzada o no forzadamente, se inspiró en el artículo 1, párrafo 2, de la Convención Interamericana para poder afirmar, sin mayores problemas de legalidad, lo siguiente: la criminalidad de la conducta en cuestión. En segundo lugar —y esto es significativo porque se criminalizan las formas *anticipadas* de intervención delictiva—, el artículo 27,

apartado 3, obliga, tiende y recomienda una criminalización de la preparación que tiene como fin cometer un delito; es decir, actos preparatorios que se elevan a la categoría de punibles por la especial peligrosidad de la conducta; concepto que está afirmado y aceptado en el derecho eurocontinental. En tercer lugar —de igual trascendencia— se afirma que la prescripción debe ser materia de un plazo amplio para iniciar procesos penales, a la vez que se recomienda plazos mayores y la interrupción de la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia. Sostengo lo anterior porque en el Perú hay toda una «avanzada» que trata de cuestionar los supuestos de contumacia o rebeldía cuando la norma establece «que se suspende la prescripción», considerando a dicha norma como inconstitucional porque fundamentalmente extiende los plazos de los delitos de corrupción y los torna imprescriptibles. Luego de este ejemplo, podemos vislumbrar el criterio de la orientación internacional. Igualmente, si tenemos en cuenta el derecho comparado, en Alemania o Austria, por ejemplo, tienen normas similares y, por consiguiente, allí no hay problema ni temor de una criminalización excesiva o que sobrepase el criterio de protección social.

En cuarto lugar, se aclara que la intención o el propósito delictivo, vale decir los elementos subjetivos de la conducta o del tipo legal, podrán inferirse de las circunstancias fácticas objetivas; es decir, que constituyen una *prueba indiciaria* y una prueba del elemento subjetivo, característica que, por lo menos aquí, ya se reconoce de modo prístino y absoluto en el artículo 28. La quinta característica —que me parece vital— es la imposición de la responsabilidad a las personas jurídicas por su participación en los delitos de corrupción. En otras palabras, se acepta la posible responsabilidad penal sin perjuicio de la que corresponda a las personas individuales, y se señala que las sanciones impuestas

han de ser eficaces, proporcionadas y, sobre todo, disuasivas; incluso se prevén sanciones monetarias. En sexto lugar, se reconoce, también, una jurisdicción amplia con el claro propósito de impedir lagunas de punibilidad y perseguibilidad; hecho que considero fundamental porque, cuando se solicita una extradición, siempre se debe afirmar la competencia del Estado que pide a un individuo que se encuentra en otro Estado. Y en nuestro sistema, ampliar estos criterios para afirmar la jurisdicción propia o local me parece sumamente acertado e importante.

Finalmente, un principio internacional sobre la lucha contra la corrupción: «la recuperación de activos y atacar el punto nodal»; esto es, combatir el tema de los ingresos indebidos como consecuencia de actos de corrupción —en el Perú se admite o se postula que tenemos una legislación pésima— y el hecho de poder decomisar el producto del delito de corrupción. Además, más importante aún, se reconoce el denominado *decomiso proporcional* cuando los bienes delictivos se hayan mezclado con bienes lícitos o con los ingresos, y cuando otros beneficios derivados del producto del delito se hayan transformado o convertido en bienes con los que se haya mezclado ese producto del delito, que es precisamente nuestro caso. En el Perú, cuando en una sede se trata de decomisar o incautar —pues nuestra legislación no cuenta con la claridad necesaria— se plantea previamente el artículo 51 de la Convención, e incluso se considera inhabilitar al funcionario para ejercer cargos públicos y cargos en una empresa estatal. Este es, pues, un tema central, pues existe la posibilidad de suspender al funcionario no solo bajo el supuesto de un delito o pena de inhabilitación, sino también como medida cautelar o provisional a favor de los intereses públicos. Por tanto, si no se cumplen estas reglas, se generarán mecanismos que imposibilitarán el debido esclarecimiento, además de mensajes de corte preventivo general.

Y, evidentemente, este es un tema crucial, ya que son delitos que merecen la mayor atención pública porque ponen en conflicto los intereses de todos los peruanos.

Del mismo modo, desde el derecho procesal, específicamente desde las políticas de persecución penal de los delitos, la Convención plantea un conjunto de medidas o técnicas de investigación particularmente importantes. Muchas de ellas tienen un carácter intrusivo por lo que señalaré solo algunas: la *entrega vigilada*, que es ahora más significativa a partir de la difusión de la cibercriminalidad; la vigilancia o intervención electrónica; además de las operaciones encubiertas; etcétera. Me parecen importantes porque constituyen un tema aún no estudiado en el Perú, pero que tiene que ver con todas aquellas medidas que implican el trabajo a través de la red o el sistema electrónico propio de cada modernidad social. Y dicho análisis es posible, pues ya existe un conjunto de mecanismos y normas en el derecho comparado que nos permitirá, con plena autorización judicial, intervenir en la red y los medios electrónicos con el fin de cautelar nuestras comunicaciones y, con ello, nuestros derechos ciudadanos. Entonces, todos los sistemas de transferencias electrónicas se podrán investigar con mucho cuidado, siempre con un perfil y un mecanismo de intervención muy claro para rastrear cuentas y, desde luego, bloquearlas cuando corresponda.

En fin, creo que estos son algunos pasos importantes que se juntarán con lo que es aún más efectivo: las políticas de prevención que, sin duda, no pueden prescindir de la lógica de la transparencia. Por otro lado, cuando decimos que debe haber una política de Estado, no necesariamente tenemos que concentrarnos en leyes que siempre constituyen el 10% del problema, sino trabajar mecanismos institucionales, prácticas judiciales, estatales y sociales que logren bloquear la corrupción sistémica;

es decir, impedirla en la medida de lo posible y, en suma, evitar la impunidad. Tal vez un tema central sea el fortalecimiento de los sistemas judiciales —una Fiscalía fuerte e independiente, un Poder Judicial autónomo— pero lo más importante es que la política de la honestidad atraviese todos los sistemas y conceptos como criterio fundamental. A todo esto hay que agregar políticas y regulaciones que flexibilicen la investigación, la agilicen y, por tanto, nos permitan dedicarnos a temas y hechos especialmente graves, a aquellas personas o funcionarios que tienen más poder, y atender, sobre todo, a la llamada *corrupción gubernativa*—.

Si no se tiene la fortaleza, el coraje, la fuerza, la convicción; en última instancia, si en la institución no hay la voluntad política de luchar contra este fenómeno, ninguna de las reglas servirá. Y es que, en buena cuenta, detrás de las políticas están siempre los hombres y las mujeres de la sociedad, y detrás la política está una voluntad institucional que persigue y que debe perseguir el bien público. Creo que este es el punto nodal de toda una línea que postula políticas de Estado contra la corrupción. Y es que debemos resaltar a la corrupción como *delito de Estado*, como un *crimen de Estado*. Solo así podrán configurarse un conjunto de instituciones y, sobre todo, un conjunto de pautas, formas de proceder y mecanismos de interpretación de la ley que traten de quebrar un delito que se asienta en el abuso del poder público.