



PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA PERIODISTAS

EN LA INVESTIGACIÓN DE CASOS DE
CORRUPCIÓN Y LAVADO DE ACTIVOS

CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES
DE INTERÉS PÚBLICO

SECCIÓN

Estado de Derecho, Lucha contra la Corrupción
y el Lavado de Activos

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA **PERIODISTAS**

EN LA INVESTIGACIÓN DE CASOS DE
CORRUPCIÓN Y LAVADO DE ACTIVOS

CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES
DE INTERÉS PÚBLICO

SECCIÓN

Estado de Derecho, Lucha contra la Corrupción
y el Lavado de Activos

Ingrid Díaz Castillo
David Torres Pachas
Vanessa Cuentas Portocarrero
Marité Bustamante Trujillo

Protocolo de actuación para periodistas en la investigación de casos de corrupción y lavado de activos

Ingrid Díaz Castillo
David Torres Pachas
Vanessa Cuentas Portocarrero
Marité Bustamante Trujillo

Primera edición: noviembre de 2017
Tiraje: 500 ejemplares

© Instituto de Democracia y Derechos Humanos
de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2017
Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú
Teléfono: (51 1) 261-5859
Fax: (51 1) 261-3433
www.idehpucp.pucp.edu.pe

© National Endowment for Democracy (NED), 2017
1025 F Street NW, Suite 800
Washington, DC 20004
Teléfono: (00 1 202) 378-9700
Fax: (00 1 202) 378-9407
www.ned.org

Corrección de estilo: Rocío Reátegui

Diseño y diagramación: Ximena Barreto

Impresión: Equis Equis S.A.
Jr. Inca 130, Lima 34 - Perú
Teléfono: (51 1) 447-2110
E-mail: equis50@yahoo.com
Noviembre de 2017

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

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2017-16369
ISBN: 978-612-47387-9-1

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

| | |
|---|----|
| 1. Introducción | 7 |
| 2. Definiciones jurídicas básicas aplicables a la investigación de casos de corrupción y lavado de activos..... | 8 |
| 2.1. Los delitos de corrupción en el ordenamiento jurídico peruano | 8 |
| 2.1.1. El concepto de corrupción pública | 8 |
| 2.1.2. La definición de funcionario público en el ámbito penal | 8 |
| 2.1.3. Principales delitos de corrupción en el Código Penal peruano | 10 |
| 2.1.4. Caso emblemático: los delitos de corrupción en el ámbito de la contratación pública | 16 |
| 2.2. El delito de lavado de activos en el ordenamiento jurídico peruano | 18 |
| 2.2.1. Concepto y regulación | 18 |
| 2.2.2. Modalidades típicas | 19 |
| 2.2.3. Modalidades periféricas | 21 |
| 2.2.4. Delito previo | 22 |
| 2.2.5. Autolavado | 23 |
| 2.3. El proceso penal en materia de corrupción y lavado de activos | 23 |
| 2.3.1. Estructura del proceso y actores | 23 |
| 2.3.2. Mecanismos procesales aplicables a casos de corrupción y lavado de activos | 25 |
| 3. El acceso a la información pública como mecanismo para investigar casos de corrupción y lavado de activos: pautas generales | 31 |
| 3.1. Reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública | 31 |
| 3.2. Información pública: alcances | 31 |
| 3.3. Sujetos obligados a brindar información pública | 32 |
| 3.4. Excepciones al derecho de acceso a la información pública | 34 |
| 3.5. Pasos para solicitar información pública | 37 |
| 4. El delito de difamación y el ejercicio de la labor periodística en casos de corrupción y lavado de activos | 38 |
| 4.1. El delito de difamación | 38 |
| 4.2. Delito de difamación vs. Libertad de expresión o información: el Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116 | 39 |
| 4.2.1. Test de ponderación entre honor y libertad de expresión | 40 |
| 4.2.2. Test de ponderación entre honor y libertad de información | 40 |
| 4.2.2. El deber de tolerancia de los funcionarios públicos | 42 |

I INTRODUCCIÓN

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) ha desarrollado, con el apoyo de The National Endowment for Democracy (NED), el proyecto «Empoderamiento a periodistas y estudiantes universitarios: vigilancia, información y transparencia para la prevención de la corrupción y el lavado de activos en el Perú».

Este proyecto reconoce la importancia de la labor de los periodistas en la lucha contra la corrupción y el lavado de activos, pues, a través de sus investigaciones, los operadores de justicia han tomado conocimiento de diversos casos emblemáticos y han comenzado su persecución. Los insumos proporcionados han sido vitales para el trabajo del sistema estatal penal; por su parte, la cobertura y el seguimiento periodístico de los avances obtenidos en sede fiscal y judicial han permitido mantener a la ciudadanía informada y alerta.

Con el deseo de contribuir en esta labor, el Equipo Anticorrupción del IDEHPUCP ha elaborado el *Protocolo de actuación para periodistas en la investigación de casos de corrupción y lavado de activos*, documento que pretende otorgar a estos profesionales herramientas jurídicas útiles para el desarrollo de su trabajo.

El *Protocolo* abarca los aspectos problemáticos identificados por los periodistas en el marco de las investigaciones de casos de corrupción y lavado de activos. Estos aspectos problemáticos fueron recogidos en los talleres formativos que se les ofrecieron durante la ejecución del proyecto financiado por la NED.

De esta manera, se espera contribuir con la labor periodística mediante un documento que contiene explicaciones básicas en torno a los delitos de corrupción, el delito de lavado de activos, los mecanismos procesales recurrentes en este ámbito, el acceso a la información pública y la posible imputación del delito de difamación sobrevenida a una investigación por corrupción y lavado de activos.

2 DEFINICIONES JURÍDICAS BÁSICAS APLICABLES A LA INVESTIGACIÓN DE CASOS DE CORRUPCIÓN Y LAVADO DE ACTIVOS

2.1. Los delitos de corrupción en el ordenamiento jurídico peruano

2.1.1. El concepto de corrupción pública

La corrupción pública es el abuso del ejercicio del poder público para obtener beneficios privados.



En esta definición podemos identificar tres notas características de los actos de corrupción:¹

- **Acto contra la ley.** Supone el incumplimiento o la vulneración de una norma (penal, administrativa o ética).
- **Abuso de la función.** Supone la existencia de una persona que ocupa un cargo público y que abusa de este y se aprovecha del poder otorgado.
- **Interés privado.** Consiste en anteponer beneficios privados por sobre los públicos.

2.1.2. La definición de funcionario público en el ámbito penal

El concepto de funcionario público en el ámbito penal es amplio. Comprende a toda persona seleccionada, designada o elegida que tiene la posibilidad efectiva de desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado.²

¹ MONTOYA, Yván. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 17.

² Ib., p. 39 y ss.

Este concepto se desprende de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, cuyos contenidos se han plasmado en el artículo 425 del Código Penal.

Artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

«Función pública», toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

«Funcionario público», «Oficial Gubernamental» o «Servidor público», cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.
[...]

Artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

A los efectos de la presente Convención:

- a) Por «funcionario público» se entenderá:
 - i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;
 - ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte;
 - iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por «funcionario público» toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte.

Artículo 425 del Código Penal peruano

Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados por la autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

2.1.3. Principales delitos de corrupción en el Código Penal peruano

El Código Penal prevé en su Título XVIII «Delitos contra la Administración Pública» un catálogo de tipos penales que implican el aprovechamiento de la función pública para fines privados. Entre ellos, los más recurrentes son los siguientes:

| | | | |
|---------------------------------|---|------------------------|--|
| DELITO | <p>Cohecho pasivo propio (artículo 393)</p> | CONDUCTA TÍPICA | <p>El delito de cohecho pasivo propio sanciona al funcionario público que solicita, recibe o acepta alguna dádiva o ventaja con el propósito de que no actúe conforme a sus obligaciones o competencias.</p> <p>Ejemplo: El policía de tránsito que solicita dinero para no imponer una multa.</p> <p>Sujeto activo: funcionario público Sujeto pasivo: Estado</p> |
| PENA | <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años – Inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal – Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa | | |
| JURISPRUDENCIA RELEVANTE | <p>Recurso de Nulidad 1728-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 21 de julio de 2011</p> <p>«Que, a manera de introducción es menester precisar que el delito de cohecho pasivo propio previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, tiene como verbo rector aceptar; recibir o solicitar; por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a sus deberes [...]».</p> | | |

| | | | |
|---------------------------------|---|------------------------|---|
| DELITO | Cohecho pasivo impropio (artículo 394) | CONDUCTA TÍPICA | El delito de cohecho pasivo impropio sanciona al funcionario público que solicita, recibe o acepta alguna dádiva o ventaja con el propósito de que actúe conforme a ellas. Ejemplo: El funcionario público que solicita dinero para agilizar un trámite. Sujeto activo: funcionario público Sujeto pasivo: Estado |
| PENA | <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años – Inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal – Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa | | |
| JURISPRUDENCIA RELEVANTE | <p>Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el Expediente 00086-2011 del 18 de setiembre de 2012</p> <p>«La frase sin faltar a su obligación se constituye así en el límite del cohecho pasivo impropio y define el marco reglado de deberes que deberá observar siempre el sujeto público en el ejercicio de sus atribuciones. No se requiere que el sujeto activo cumpla con ejecutar el acto en función, pero sí necesariamente que exista vinculación causal imputable entre los actos funcionales o de servicio y el mecanismo corruptor, lo cual descarta por atípicas las actividades no funcionales o privadas realizadas por parte del sujeto público».</p> | | |
| DELITO | Cohecho activo genérico (artículo 397) | CONDUCTA TÍPICA | El delito de cohecho activo sanciona a la persona que ofrece un donativo o una dádiva a un funcionario público con el objetivo de que actúe en contra de sus obligaciones o conforme a ellas. Sujeto activo: funcionario público Sujeto pasivo: Estado |
| PENA | <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años – Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 – Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa <p>Si la ventaja se entrega para que el funcionario actúe conforme a sus funciones, la pena será:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años – Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 – Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa | | |
| JURISPRUDENCIA RELEVANTE | <p>Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3778-2003 del 14 de junio de 2004</p> <p>«El delito efectivamente perpetrado es el de cohecho activo genérico, previsto y sancionado por el artículo 397 del Código Penal, que solo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a “comprar” la función pública, no hace falta —aun cuando los incluya— un acuerdo previo; que el tipo penal en mención requiere que el agente, a través de dádivas, promesas o ventajas, trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario involucrado, esto es, genere en él un estado de disposición para la “venta” de la función pública [...]».</p> | | |

| | | | |
|--------------------------|---|-------------------------------|--|
| DELITO | <p>Peculado (artículo 387)</p> | <p>CONDUCTA TÍPICA</p> | <p>El delito de peculado sanciona al funcionario público que se apropia o utiliza (para sí o para un tercero) fondos o caudales públicos que administra, percibe o custodia.</p> <p>Sujeto activo: funcionario público Sujeto pasivo: Estado</p> |
| PENA | <p>– Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años</p> <p>– Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal</p> <p>– Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa</p> <p>Agravante 1. Si el valor de lo apropiado sobrepasa las 10 UIT:</p> <p>– Pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años</p> <p>– Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal</p> <p>– Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa</p> <p>Agravante 2. Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social:</p> <p>– Pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años</p> <p>– Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal</p> <p>– Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa</p> | | |
| JURISPRUDENCIA RELEVANTE | <p>Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Expediente AV-23-2001 del 23 de julio de 2009</p> <p>«El sujeto activo es el funcionario o servidor público que realiza cualquiera de las dos modalidades típicas que regula la ley. Esto es, la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos. [...] siendo su nota característica y exigencia de naturaleza objetiva que la conducta del funcionario o servidor público exprese un acto de disposición patrimonial que desconoce la titularidad del Estado sobre los bienes ejecutados. Estos aspectos hacen del delito una conducta de naturaleza pluriofensiva. En el Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, se deja sentado que ese carácter está vinculado con la protección de dos objetos específicos merecedores de protección penal: i) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad».</p> | | |

| | | | |
|--------------------------|---|-----------------|---|
| DELITO | Malversación de fondos (artículo 389) | CONDUCTA TÍPICA | El delito de malversación de fondos sanciona al funcionario público que da un destino público diferente a los caudales públicos, de aquel que tenía originalmente. Sujeto activo: funcionario público Sujeto pasivo: Estado |
| PENA | <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad: no menor de uno ni mayor de cuatro años – Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal – Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa <p>Agravante. Si el dinero o los bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, la pena será:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años – Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal – Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa | | |
| JURISPRUDENCIA RELEVANTE | <p>Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 199-04 Cusco del 24 de febrero de 2005</p> <p>«El delito de malversación de fondos se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaban destinados, y esta aplicación diferente, empleo o inversión distinta de fondos, bienes o efectos, tiene que realizarse necesariamente en alguno de los proyectos oficiales o públicos del Estado».</p> | | |
| DELITO | Negociación incompatible (artículo 399) | CONDUCTA TÍPICA | El delito de negociación incompatible sanciona al funcionario público que se interesa indebidamente en un contrato u operación pública en la que interviene por razón de su cargo buscando un provecho propio o de tercero. Sujeto activo: funcionario público o particular Sujeto pasivo: Estado |
| PENA | <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años – Inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal – Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa | | |
| JURISPRUDENCIA RELEVANTE | <p>Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima recaída en el Expediente 30-2010 del 7 de noviembre de 2011</p> <p>«Por interés debe entenderse cualquier acto material que, en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo».</p> | | |

| | | |
|--------------------------|---|---|
| DELITO | <p>Colusión (artículo 384)</p> | <p>CONDUCTA TÍPICA</p> <p>El delito de colusión sanciona al funcionario público que se concierta con un interesado para favorecerlo en un procedimiento de contratación pública en el que interviene por razón de su cargo, buscando así, defraudar al Estado.</p> <p>El tipo penal posee un agravante que sanciona con mayor pena los casos en que el acuerdo colusorio genera una defraudación económica.</p> <p>Sujeto activo: funcionario público Sujeto pasivo: Estado</p> |
| PENA | | <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años – Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal – Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa <p>Agravante: defraudación patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado.</p> <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años – Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal – Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa |
| JURISPRUDENCIA RELEVANTE | | <p>Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima recaída en el Expediente 185-2011 del 11 de abril de 2013</p> <p>«En cuanto al elemento concertación, lo constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de pactos ilícitos, componendas o arreglos, acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito o acuerdo subrepticamente —incluso puede ser conocida [sic] o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico— sino de factores objetivos tales como la simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos. – Precios sobrevaluados o subvaluados. – Inexperiencia comercial de los postores. – Plazo de la garantía de los postores. – Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos. – Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección. – Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta. – La no correspondencia de calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor. – Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas. – La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas. – Apariencia de ejecución de la contratación. – Reintegro a los terceros interesados. – Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia». |

| | | | |
|---------------------------------|---|------------------------|--|
| DELITO | Tráfico de influencias (artículo 400) | CONDUCTA TÍPICA | El delito de tráfico de influencias sanciona al funcionario público o particular que ofrece sus influencias (a cambio de una contraprestación) con la finalidad de interceder en favor de un particular ante una autoridad judicial o administrativa que ha conocido, conoce o va a conocer un caso en el que este último tiene interés. Sujeto activo: funcionario público o particular Sujeto pasivo: Estado |
| PENA | <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años – Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal – Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa | | |
| JURISPRUDENCIA RELEVANTE | <p>Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad 11-2001-Lima del 23 de julio de 2003</p> <p>«[...] debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo 400 del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo [...]».</p> | | |
| DELITO | Enriquecimiento ilícito (artículo 401) | CONDUCTA TÍPICA | El delito de enriquecimiento ilícito sanciona al funcionario público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio. Sujeto activo: funcionario público Sujeto pasivo: Estado |
| PENA | <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años – Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 – Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa <p>Agravante. Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años – Inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 – Trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa | | |
| JURISPRUDENCIA RELEVANTE | <p>Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 09-2001 del 16 de mayo de 2003</p> <p>«Que el Enriquecimiento Ilícito [...] es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el período de ejercicio funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, no siendo los cargos y empleos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales».</p> | | |

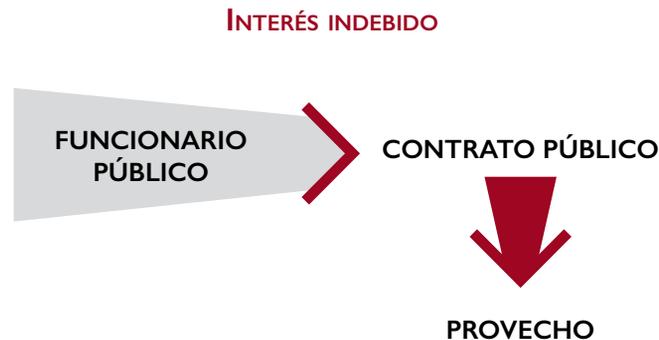
2.1.4. Caso emblemático: los delitos de corrupción en el ámbito de la contratación pública

Los delitos de colusión y negociación incompatible son los dos únicos tipos penales comprendidos en el Título XVIII del Código Penal (Delitos contra la Administración Pública) que aluden a la contratación pública como contexto de comisión.

Como se ha explicado, el delito de colusión sanciona al funcionario público que se concierta con un interesado para favorecerlo en un procedimiento de contratación pública en el que interviene por razón de su cargo y busca así defraudar al Estado.



Por su parte, el delito de negociación incompatible sanciona al funcionario público que se interesa indebidamente en un contrato o en una operación pública en la que interviene por razón de su cargo para provecho propio o de un tercero.



Por el contexto de comisión de estos delitos, conviene que se realicen algunas precisiones sobre ellos:

- El delito de colusión y el delito de negociación incompatible protegen la imparcialidad en la actividad contractual del Estado. En esa medida, estos delitos pretenden preservar que cada decisión, acuerdo, modificación o negociación realizada como parte de la formación y ejecución de un contrato estatal esté dirigida a satisfacer el interés público.
- Cuando el delito de colusión sanciona la concertación entre un funcionario público y un interesado para defraudar al Estado, implica que el derecho penal prohíbe que se realicen acuerdos parcializados (entre el funcionario público y el interesado) para anteponer el interés privado por sobre el público, y busca así defraudar al Estado. Esta defraudación no debe ser necesariamente de índole patrimonial.
- Cuando el delito de negociación incompatible sanciona el interés indebido del funcionario público en un contrato o en una operación en la que interviene por razón de su cargo para provecho propio o de un tercero, implica que el derecho penal prohíbe que se realicen actos que denoten un interés parcializado del funcionario público respecto de un interés privado por sobre el público. El provecho propio o de un tercero no debe implicar, necesariamente, que sea de naturaleza económica.
- Los delitos de colusión y negociación incompatible pueden cometerse en cualquiera de los regímenes de contratación pública regulados en el ordenamiento jurídico peruano. Por ejemplo, en el marco de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado; del Decreto Legislativo 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos; de la Ley 29230, Ley que impulsa la Inversión Pública Regional y Local con Participación del Sector Privado, etcétera.
- Los delitos de colusión y negociación incompatible pueden cometerse en cualquiera de las fases que poseen los diferentes regímenes de contratación pública: fase preparatoria, fase de selección o fase de ejecución.



- Los delitos de colusión y negociación incompatible pueden acreditarse a partir de la realización de irregularidades administrativas en el marco del procedimiento de contratación pública.

2.2. El delito de lavado de activos en el ordenamiento jurídico peruano

2.2.1. Concepto y regulación

El lavado de activos puede definirse como «todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito».³ Así pues, el objetivo del lavado es incorporar bienes o recursos ilícitos en la economía formal a través de un conjunto de operaciones económicas. La ilicitud de dichos bienes o recursos se fundamenta en que provienen de la comisión de actividades delictivas previas como, por ejemplo, la corrupción.

El delito de lavado de activos está compuesto por tres etapas:

- Colocación.** Primeras operaciones para incorporar en la economía formal los recursos, bienes y/o ganancias obtenidos ilícitamente.
- Intercalación.** Serie de operaciones que tienen como fin alejar los recursos, bienes y/o ganancias de su origen ilícito.
- Integración.** Actividades para mantener la apariencia de ilicitud de los recursos, bienes y/o ganancias.

Sentencia Plenaria Casatoria I-2017/CIJ-433

12. [...] para admitir judicialmente una imputación por delito de lavado de activos y habilitar su procesamiento, solo será necesario que la misma cumpla los siguientes presupuestos:

- La identificación adecuada de una operación o transacción inusual o sospechosa, así como del incremento patrimonial anómalo e injustificado que ha realizado o posee el agente del delito. Para operativizarla serán de suma utilidad los diferentes catálogos forenses que reúnen de manera especializada las tipologías más recurrentes del lavado de activos, como los producidos, entre otros, por la UNODCY GAFILAT (cfr.: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: Guía práctica para analistas financieros, UNODC, Lima, 2012, GAFISUD. Tipologías Regionales GAFISUD - 2010. Costa Rica, diciembre, 2010).
- La adscripción de tales hechos o condición económica cuando menos a una de las conductas representativas del delito de lavado de activos que describen los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106 y sus respectivas modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo 1246.
- El señalamiento de los indicios contingentes o las señales de alerta pertinentes, que permiten imputar un conocimiento o una inferencia razonada al autor o partícipe sobre el potencial origen ilícito de los activos objeto de la conducta atribuida. Esto es, que posibiliten vislumbrar razonablemente su calidad de productos o ganancias derivados de una actividad criminal. Para este último efecto tendrán idoneidad los informes analíticos circunstanciados que emita al respecto la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, así como el acopio de la documentación económica, tributaria, financiera o afín que sea útil y relevante para ello.

³ Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario 3-2010, fundamento jurídico 7.

Sentencia Plenaria Casatoria I-2017/CIJ-433

21. [...] para la condena de un delito de lavado de activos, como para cualquier otro, es necesaria la convicción más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: i) una actividad criminal previa idónea para generar determinados activos [...] ii) la realización de actos de conversión y transferencia, o actos de ocultamiento y tenencia, o de actos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional; y, iii) subjetivamente, tanto el conocimiento directo o presunto de la procedencia ilícita del activo —dolo directo o eventual— (sin que este conocimiento sea preciso o detallado en todos los pormenores del origen delictivo de los activos, pues basta la conciencia de la anomalía de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad criminal), cuanto de la realización de los actos de lavado con la finalidad u objetivo de evitar la identificación, incautación o el decomiso —es, por ello, un elemento subjetivo especial distinto del dolo, específicamente, es un delito de tendencia interna trascendente o delito de intención—.

En el Perú, el delito de lavado de activos se encuentra regulado por el Decreto Legislativo 1106. Esta norma sanciona modalidades típicas y modalidades periféricas de lavado de activos. Las modalidades típicas son las conductas propias o básicas que realiza el agente para dotar de legitimidad a ganancias de origen ilícito. Las modalidades periféricas de lavado de activos, por su parte, son conductas que posibilitan la comisión del delito.

2.2.2. Modalidades típicas

Las modalidades típicas reguladas por el Decreto Legislativo 1106 son las siguientes:

| DELITO | CONDUCTA TÍPICA | DESCRIPCIÓN |
|-------------------------------------|---|--|
| Actos de conversión y transferencia | <p>Esta modalidad sanciona a la persona que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o deba presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso.</p> <ul style="list-style-type: none"> Se produce en la etapa de colocación e intercalación. | <p>Actos de conversión. Conjunto de transacciones y operaciones comerciales sucesivas y continuas.</p> <p>Actos de transferencia. Transmisión de activos a terceros sin importar que sea a título oneroso, gratuito, a título de propiedad o no.</p> |

| | | |
|---|---|--|
| <p>Actos de ocultamiento y tenencia (artículo 2)</p> | <p>Esta modalidad sanciona a la persona que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso.</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Se produce en la etapa de integración. | <p>Adquirir. Transmisión de la propiedad de un bien a título gratuito u oneroso. Utilizar. Aprovechamiento, empleo, uso directo o indirecto de los bienes lavados. Guardar. Actos que procuren la protección física de los bienes lavados. Administrar. Actos de gestión, conducción, dirección o gerencia de los bienes. Custodiar. Actos de vigilancia y control permanentes. Recibir. Tenencia fáctica del bien. Ocultar. Esconder o evitar la identificación de los bienes lavados. No se limita al ocultamiento físico, sino además a ocultamientos contables o jurídicos sobre su origen, naturaleza, ubicación o destino. Mantener en su poder. Posesión de los bienes lavados, ya sea a título gratuito u oneroso y sin que sea relevante el tiempo de tenencia de estos.</p> |
| <p>Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito (artículo 3)</p> | <p>Esta modalidad sanciona a la persona que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad.</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Se produce en cualquiera de las etapas del lavado de activos. | <p>Transporte o traslado. Desplazamiento físico de los activos en el territorio nacional. Ingreso. Actos de importación al país. Salida. Movimiento internacional de los activos.</p> |

2.2.3. Modalidades periféricas

El Decreto Legislativo 1106 establece como modalidades periféricas que permiten la comisión del delito de lavado de activos las siguientes:

| DELITO | CONDUCTA TÍPICA | DESCRIPCIÓN |
|---|---|---|
| <p>Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (artículo 5)</p> | <p>Esta modalidad sanciona a la persona que, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias.</p> | <p>Transacción sospechosa. «Aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presume proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente» (artículo 11, inciso «a» de la Ley 27693).</p> <p>Sujetos obligados a suministrar información. Las empresas del sistema financiero y de seguros, las emisoras de tarjetas de crédito o débito, las cooperativas, las bolsas de valores, los casinos, las loterías, las casas de juego, los servicios de correo y courier, las agencias de viaje y turismo, los hoteles, los restaurantes, los notarios públicos, los Registros Públicos, entre otros (artículo 8 de la Ley 27693).</p> |
| <p>Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información (artículo 6)</p> | <p>Esta modalidad sanciona a la persona que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa.</p> | <p>Rehusamiento. Mostrar resistencia u oposición (activa o pasiva) a la entrega de la información.</p> <p>Retardar. Acto de obstrucción temporal en el suministro de la información.</p> <p>Presentación de información inexacta o falsa. Acto deliberado dirigido a generar error en la autoridad solicitante.</p> |

2.2.4. Delito previo

El artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 hace referencia al delito previo de la siguiente manera:

El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria.

Como se ha explicado, el delito de lavado de activos sanciona la realización de actos destinados a dotar de legitimidad a ganancias ilícitas que provienen de otro delito. Este último se denomina «delito previo», «delito precedente» o «delito fuente».

Este delito previo no debe haber sido condenado o investigado para que proceda la sanción por lavado de activos; por ello, se ha señalado que «el lavado de activos es un delito autónomo». No obstante, para su sanción, se requiere la acreditación genérica de la existencia del delito previo mediante indicios razonables.

Acuerdo Plenario 3-2010

El tipo penal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención de las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes del mismo [...]

Acuerdo Plenario 3-2010

Es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves o personas o grupos relacionados con ese tipo penal.

Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433

12. [...] no es posible, rechazar o poner en duda la autonomía declarada del delito de lavado de activos en nuestro sistema penal. No cabe, por tanto, merced a prácticas hermenéuticas de reducción teleológica negativa que resultan afectando el principio de legalidad [...] obstruir, o evitar la investigación, juzgamiento y sanción de un delito de relevante sentido político criminal como el lavado de activos, colocando como condición necesaria y previa la identificación específica de la calidad, circunstancias, actores o destino jurídico que correspondan a los delitos precedentes que pudieron dar origen o de los cuales derivaron los

bienes objeto de posteriores operaciones de colocación, intercalación o integración. Optar por una forzada interpretación de esas características, conllevaría vaciar de contenido el objetivo y la utilidad político criminal del artículo 10, debilitando con ello el efecto preventivo general que hoy tiene la criminalización nacional e internacional del delito de lavado de activos; lo cual, además, deviene en incoherente e inoportuno en un contexto evidente de preocupación social por el rebrote generalizado de la corrupción de sistema atribuidas a personas expuestas políticamente y su potencial impunidad.

2.2.5. Autolavado

En el último párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 se regula el autolavado de la siguiente manera: «[...] También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias».

Con esta regulación se confirma la tendencia a considerar que el autor del delito previo puede ser también quien realice los actos propios de lavado de activos, por lo cual también deberá ser sancionado por este último. Piénsese en el caso del narcotráfico.

2.3. El proceso penal en materia de corrupción y lavado de activos

2.3.1. Estructura del proceso y actores

Las etapas del proceso penal son tres:

- **Investigación preparatoria.** Esta primera etapa comienza cuando se toma conocimiento de la noticia criminal, ya sea por una denuncia realizada ante la Policía Nacional del Perú o el Ministerio Público (o cuando el Ministerio Público comienza una investigación de parte (ante un reportaje periodístico, por ejemplo).

En esta etapa, el fiscal indagará sobre los hechos denunciados con el objetivo de reunir elementos de convicción suficientes que le permitan decidir si acusa o solicita el sobreseimiento. Para cumplir con su finalidad, el Ministerio Público individualizará al presunto responsable, tomará las primeras declaraciones y realizará algunas diligencias.

- **Etapas intermedia.** Esta etapa es dirigida por el juez de investigación preparatoria y busca el control de la investigación fiscal, ya sea en el pedido de sobreseimiento o en la acusación.

Durante esta etapa se realizará un recuento de todas las acciones de investigación. De acuerdo con lo solicitado por el fiscal, el juez deberá verificar si es que existen los elementos necesarios para acusar, o en su defecto, para declarar el sobreseimiento de la causa.

- **Juzgamiento.** Es la etapa más importante del proceso penal y está a cargo del juez penal unipersonal o del Juzgado Penal Colegiado. El juzgamiento está compuesto por diversas audiencias en las cuales se actuarán las pruebas que la defensa podrá contradecir en todo momento.

Al finalizar esta etapa, el juez deberá tomar una decisión que se fundamente únicamente en lo oralizado en las audiencias.



Los principales actores del proceso penal son:



Otros actores importantes son:

- **Procuradurías Públicas Especializadas.** Están reguladas por el Decreto Legislativo 1326, que en su artículo 25.4 las define como «aquellas que ejercen una defensa jurídica transversal y exclusiva de los intereses del Estado a nivel nacional o internacional, en lo que respecta a la comisión de ilícitos de alta lesividad o materias que requieren una atención especial y prioritaria». Las dos procuradurías que interesan a este Protocolo son:

- Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y el Proceso de Pérdida de Dominio
- Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción
- **La Policía Nacional del Perú.** Asiste al Ministerio Público en la investigación de los hechos.
- **Agraviado o víctima.**
- **El actor civil.** Persigue la acción reparatoria al verse perjudicado por el delito (puede ser la víctima directa o sus familiares, por ejemplo).
 - Cabe mencionar que las procuradurías públicas intervienen en los procesos penales como actores civiles, ya que son responsables de defender los intereses del Estado.
- **Tercero civil.** Es aquella persona que, junto al imputado, comparte la responsabilidad civil por las consecuencias del delito.

2.3.2. Mecanismos procesales aplicables a casos de corrupción y lavado de activos

2.3.2.1. Prisión preventiva

La prisión preventiva es una medida de coerción personal regulada en el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) que tiene como fin garantizar que el Estado cumpla con su obligación de perseguir y sancionar el delito. Su uso debe ser excepcional, ya que implica la intervención directa en los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad individual del investigado.

La prisión preventiva es solicitada por el Ministerio Público y resuelta por el juez de investigación preparatoria. Su plazo máximo de duración, tratándose de procesos simples, es de nueve meses; y de dieciocho si se trata de procesos complejos (artículo 272 del NCPP).

Para que la solicitud sea declarada fundada se deben cumplir los siguientes requisitos (artículos 286, 269 y 270 del NCPP):

| | | |
|----|--|---|
| 1. | Fundados y graves elementos de convicción | Este requisito exige que se valore si los indicios recabados durante la investigación permiten afirmar que existe una alta probabilidad de la comisión del delito y que el imputado haya estado involucrado en los hechos materia de investigación. |
| 2. | Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad. | |
| 3. | Peligro procesal | Este requisito consiste en acreditar que los imputados puedan eludir (peligro de fuga) u obstaculizar la justicia (peligro de obstaculización). |

El auto de prisión preventiva puede ser apelado. El plazo es de tres días, y debe ser resuelto por la Sala Penal (artículo 278 del NCPP).

Por otro lado, cuando se trate de la revocatoria de una comparecencia por prisión preventiva, se exigirán los siguientes requisitos:

| | | |
|----|--|---|
| 1. | Nuevos elementos de convicción | Debe tratarse de elementos conocidos con posterioridad al dictado de la medida inicial. |
| | | Debe tratarse de elementos de convicción que no hayan sido materia de pronunciamiento en la medida inicial. |
| 2. | Que lo anterior implique que se configuren los presupuestos de la prisión preventiva. | |

2.3.2.2. Extradición

La extradición es el mecanismo de cooperación judicial a través del cual un Estado le solicita a otro que le entregue a una persona que se encuentra procesada o condenada por un delito cometido en su territorio. La finalidad del proceso de extradición es que la persona sea procesada o que cumpla su condena en el Estado solicitante.

Existen dos tipos de extradición:

| | | |
|----|---------------------------|---|
| 1. | Extradición activa | Cuando el Estado peruano solicita a otro Estado la entrega de una persona procesada o condenada. |
| 2. | Extradición pasiva | Cuando otro Estado le solicita al Estado peruano que le entregue a una persona procesada o condenada. |

■ Autoridades que intervienen (artículo 514 del NCPP)

Tanto la extradición activa como la pasiva requieren de la decisión del Gobierno mediante resolución suprema expedida por acuerdo del Consejo de Ministros. Para ello se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- a) El informe elaborado por una comisión oficial presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
- b) La resolución consultiva emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema. Si esta es negativa a la extradición, el Gobierno queda vinculado; si es positiva, el Gobierno decide lo que considere conveniente.

■ Información que se exige para solicitar la extradición

Para sustentar el pedido de extradición, el fiscal o el agraviado deben:

- a) Precisar los hechos objeto de la imputación.
- b) Determinar la calificación penal de los hechos (determinar cuáles son los posibles delitos cometidos).
- c) Presentar la conminación penal, es decir, demostrar que existe un proceso en curso o una condena contra la persona por la que se solicita la extradición.
- d) Presentar los indicios suficientes que vinculen al reclamado como autor o partícipe de los hechos imputados.
- e) De ser el caso, presentar la declaración de ausencia o contumacia.

■ Procedimiento ante el país al que se le solicita la extradición

El procedimiento de evaluación del pedido de extradición ante el país requerido se regula por los tratados que existan entre ambos Estados o en función al principio de reciprocidad.

El pedido suele remitirse al Ministerio Público del país requerido, el que a su vez deriva la solicitud a la sede jurisdiccional.

En algunos casos, ya sea a mérito del pedido de extradición o por orden de captura internacional emitida por la INTERPOL, el país requerido ordena la detención de la persona.

2.3.2.3. Colaboración eficaz

La colaboración eficaz es un proceso especial a través del cual una persona (investigado, imputado, procesado, sentenciado e incluso a quien no se le haya iniciado aún una investigación) brinda, a cambio de beneficios, información relevante respecto de un caso que se está investigando o se encuentra bajo proceso penal. La colaboración eficaz puede promoverla el fiscal o solicitarla el interesado, para lo cual será necesario que acepte (o no contradiga), por lo menos, uno de los cargos que se le imputa.

Los delitos que permiten comenzar un proceso de colaboración eficaz son (artículo 474 del NCPP):

| | |
|----|--|
| 1. | Asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, delitos informáticos, contra la humanidad, trata de personas y sicariato. |
| 2. | Casos de criminalidad organizada. |
| 3. | Concusión, peculado, corrupción de funcionarios, delitos tributarios, delitos aduaneros contra la fe pública y contra el orden migratorio, siempre que el delito sea cometido en concierto con pluralidad de personas. |
| 4. | Otros que se establezcan por ley. |

■ Procedencia (artículo 474 del NCPP)

Para que se inicie el procedimiento de colaboración eficaz se requiere:

| | |
|----|--|
| 1. | Haber abandonado voluntariamente las actividades delictivas. |
| 2. | Admitir o no contradecir, libre y expresamente, los hechos en los que la persona ha intervenido o que se le imputan. |
| 3. | Presentarse ante el fiscal mostrando su interés de brindar información eficaz. |

■ Información eficaz y beneficios (artículo 475 del NCPP)

Para que el fiscal determine que la información brindada por el solicitante es eficaz para los fines de persecución y sanción del delito, dicha información debe permitir, alternativa o acumulativamente:

| | |
|----|---|
| 1. | Evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución. Asimismo, impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva. |
| 2. | Conocer las circunstancias en las que se planificó o ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se planifica y ejecuta el delito. |
| 3. | Identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o a los integrantes de una organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o menguarla o detener a uno o varios de sus miembros. |
| 4. | Entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de estos, o indicar las fuentes de financiamiento o aprovisionamiento de la organización delictiva. |

El acuerdo de colaboración eficaz puede contemplar los siguientes beneficios:

| | |
|----|--|
| 1. | Exención de la pena. El beneficiado es condenado, pero sin determinación de una pena. |
| 2. | Disminución de la pena. |
| 3. | Suspensión de la ejecución de la pena. Se le condena a cumplir una pena, pero se permite que esta se cumpla en libertad. |
| 4. | Remisión de la pena. Se aplica a quienes ya están cumpliendo una pena (sentencia firme), y se les exonera de seguir cumpliéndola. |

■ Corroboración de la información (artículos 473 del NCPP)

La corroboración de la información brindada está a cargo del Ministerio Público, el cual puede solicitar la intervención de la Policía Nacional del Perú.

Mientras dura la corroboración, y si así lo requiere el caso, el solicitante podrá gozar de medidas de aseguramiento personal que tengan como objetivo procurar el éxito de la investigación, la culminación del proceso y la seguridad personal del solicitante.

Durante esta etapa, el fiscal podrá celebrar un Acuerdo Preparatorio que precise los beneficios y las obligaciones del colaborador, así como el mecanismo de aporte de información y de su corroboración.

■ Resultados de la corroboración (artículo 476 del NCPP)

Si el fiscal considera que la información otorgada es relevante y contribuye a los objetivos de la investigación, debe elaborar un Acta de colaboración eficaz en la que, junto al colaborador, se determine:

- a) El beneficio acordado
- b) Los hechos a los cuales se refiere el beneficio
- c) Las obligaciones a las que se sujeta la persona beneficiada

Si el fiscal considera que la información otorgada no permite obtener beneficio alguno, por no haberse corroborado suficientemente sus aspectos fundamentales, denegará la realización del Acuerdo y dispondrá que se proceda con el solicitante de acuerdo a ley.

■ Efectos del Acuerdo de colaboración (artículo 476-A del NCPP)

El juez debe revisar la legalidad del Acta de acuerdo de colaboración y aprobarla. De esta manera:

- a) Si los procesos en los que el colaborador es imputado se encuentran en investigación preparatoria, el fiscal podrá no acusar al colaborador.
- b) Si los procesos en los que el colaborador es imputado se encuentran en juzgamiento, el fiscal podrá retirar la acusación y se aplicará lo resuelto por la sentencia de colaboración eficaz que aprueba el acta de acuerdo de colaboración.

2.3.2.4. Pérdida de dominio

Es el proceso a través del cual el Estado reclama la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias de un delito. Dicha titularidad debe otorgarla la autoridad jurisdiccional y debe hacerlo mediante un debido proceso.

El proceso por pérdida de dominio está regulado por el Decreto Legislativo 1104.

- **Procedencia (artículo 4 del Decreto Legislativo 1104)**

- a) Cuando por cualquier causa no es posible iniciar o continuar el proceso penal.
- b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa sin haber desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.
- c) Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubrieron con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción.
- d) Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad.

- **Delitos por los que es posible solicitar la pérdida de dominio (artículo 2 del Decreto Legislativo 1104)**

- | | | |
|-----------------------------|---------------------------|---|
| ■ Tráfico ilícito de drogas | ■ Delitos aduaneros | ■ Enriquecimiento ilícito |
| ■ Terrorismo | ■ Defraudación tributaria | ■ Delitos ambientales |
| ■ Secuestro | ■ Concusión | ■ Minería ilegal |
| ■ Extorsión | ■ Peculado | ■ Otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado |
| ■ Trata de personas | ■ Cohecho | |
| ■ Lavado de activos | ■ Tráfico de influencias | |

- **Bienes afectados (artículo 5 del Decreto Legislativo 1104)**

- a) La pérdida de dominio se aplica en los supuestos del artículo anterior sobre aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva.
- b) También procede sobre bienes de la titularidad del agente del delito cuando se determine que el delito cometido ha generado efectos o ganancias; o los que se mantienen ocultos; o han sido transferidos a terceros, quienes han adquirido un título firme sobre los mismos.
- c) Asimismo, procede sobre bienes de origen lícito que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con alguno de los bienes mencionados en los párrafos anteriores, en cuyo caso se presumirá su ilicitud.
- d) Tratándose de organizaciones criminales, procede la pérdida de dominio aun cuando no se trate de bienes que constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, siempre que estén dedicados al uso o servicio de la organización criminal.

3 EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO MECANISMO PARA INVESTIGAR CASOS DE CORRUPCIÓN Y LAVADO DE ACTIVOS: PAUTAS GENERALES

3.1. Reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública

El derecho de acceso a la información pública permite que toda persona solicite y reciba información pública; vale decir, documentación producida por la Administración Pública o que está en posesión de esta. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución de la siguiente manera:

[...] Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

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

El ejercicio del derecho de acceso a la información pública está regulado en el Texto Único Ordenado de la Ley 27806 (TUO de la Ley 27806), Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y en su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 072-2003-PCM.

3.2. Información pública: alcances

Por información pública debe entenderse toda información que haya sido creada, obtenida, o que se encuentre en posesión o bajo control de las entidades de la Administración Pública. El Tribunal Constitucional ha señalado que la información pública que debe recibir el solicitante a fin de satisfacer plenamente el derecho de acceso a la información pública debe ser «cierta, actual, precisa y completa».⁴

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1797-2002-HD/TC del 29 de enero de 2003.

TUO de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Artículo 10.- Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 1797-2002-HD/TC

[...] 16. Como ya se ha dejado entrever, a juicio del Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no solo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese solo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, p. ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. A criterio del Tribunal, no solo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que, si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa.

Y es que, si mediante el derecho en referencia se garantiza el acceso, conocimiento y control de la información pública, a fin de favorecer la mayor y mejor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, así como la transparencia de la actuación y gestión de las entidades gubernamentales, entonces, un mínimo de exigencia que imponen que esos fines se puedan cumplir, es que la información sea veraz, actual y clara [...]

3.3. Sujetos obligados a brindar información pública

Las entidades obligadas a entregar información son todas aquellas que cumplen una función pública. Así, el TUO de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece en su artículo 2 que deben considerarse «entidades de la Administración Pública» a todas aquellas que son numeradas por el artículo 1 del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, entre las cuales destacan:

- El Poder Ejecutivo, incluidos ministerios y organismos públicos
- El Poder Legislativo
- El Poder Judicial
- Los Gobiernos Regionales
- Los Gobierno Locales
- Los organismos a los que la Constitución y las leyes otorgan autonomía. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones, la Contraloría General de la República, entre otros.

Listado de jurisprudencia sobre obligados a brindar información pública no detallados en el artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444:

- Obligación de los colegios profesionales (Expediente 1851-2002-HD/TC, fundamentos jurídicos 1 y 2)
- Obligación de los notarios públicos (Expediente 4566-2004-HD/TC, fundamento jurídico 2)
- Obligación de la empresa municipal administradora del peaje (Expediente 6384-2007-HC/TC)
- Obligación de las empresas privadas que prestan servicio público - transporte aéreo (Expedientes 4339-2008-HD/TC; 2636-2009-HD/TC; y 0050-2009-HD/TC)
- Obligación de las universidades privadas (Expedientes 6759-2008-HD/TC y 3887-2008-HD/TC)

Además, el TUO de la Ley 27806 señala en su artículo 9 que las personas jurídicas sujetas al régimen privado que prestan servicios públicos también están obligadas a satisfacer el derecho de acceso a la información pública. Algunos ejemplos son:

- Universidades privadas
- Empresas de transporte aéreo y terrestre
- Empresas de agua potable y alcantarillado
- Empresas eléctricas
- Empresas de telefonía
- Empresas administradoras de pensiones

TUO de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Artículo 9.- Las personas jurídicas sujetas al régimen privado descritas en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444 que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que prestan, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejercen.

**Caso Universidad Norbert Wiener / Sentencia del Tribunal Constitucional,
Expediente 06759-2008-PHD/TC**

Se solicita a la Universidad Norbet Wiener S.A información sobre la modalidad de selección y calificación para un examen de admisión, el número de reclamos administrativos sobre la calidad académica y modalidad del examen, y además sobre la existencia de un sistema de acreditación académica con el que cuente la demandada. En primera instancia se declara improcedente la demanda en tanto la empleada no se encuentra en la estructura orgánica del Estado. En segunda instancia se confirma el fallo por estimar que la petición era genérica. El Tribunal declara fundada la demanda al considerar que la información solicitada constituye datos determinables que se encuentran vinculados con las características del servicio educativo, servicio de naturaleza pública, que brinda la empleada.

3.4. Excepciones al derecho de acceso a la información pública

El TUO de la Ley 27806 establece tres excepciones al derecho de acceso a la información pública: la información secreta (artículo 15), la información reservada (artículo 16) y la información confidencial (artículo 17).

La información secreta se refiere a la información militar y de inteligencia cuya revelación originaría riesgo para las acciones destinadas a proteger:

- a) La seguridad nacional; y la vida o integridad de las personas que trabajan en dicho ámbito
- b) La integridad territorial
- c) La subsistencia del régimen democrático

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 950-00-HD/TC

[...] 6. Si bien es cierto que, de conformidad con lo establecido por la precipitada disposición constitucional, el ejercicio de este derecho tiene límites expresos cuando se establece que "Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional"; no obstante, para este Tribunal Constitucional, queda meridianamente establecido como principio de observancia obligatoria para jueces y tribunales, de conformidad con la Primera Disposición General de nuestra Ley Orgánica, **que el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma**; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad. (Las negritas son nuestras)

Por **información reservada** se debe entender aquella que contiene información de seguridad nacional cuya divulgación originaría un riesgo a la integridad territorial y/o a la subsistencia del sistema democrático y tiene por finalidad:

- a) Prevenir y reprimir la criminalidad (orden interno)
- b) Salvaguardar el curso de las negociaciones internacionales

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 01388-2012-PHD/TC

«[...] 6. Por otra parte, en el artículo 15° de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, recogida a su vez en el artículo 16 del TUO de la Ley N° 27806, Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, se han establecido los supuestos específicos por los cuales resulta legítimo restringir el derecho de acceso a la información cuando la información sea clasificada (información secreta, reservada y confidencial). En lo que corresponde al caso en particular, corresponde manifestar que la información clasificada se encuentra circunscrita a restringir la difusión de información cuya revelación "por razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno [...] originaría un riesgo a la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático". Asimismo cabe tener presente que "por razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado, se considerará información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado, toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático" (numerales 1 y 2 del artículo 16.° del TUO de la Ley N.° 27806).

7. En el contexto descrito queda claro que el haberse dispuesto la contratación de una empresa externa para la verificación de las tarjetas de respuestas de los exámenes de los oficiales que participaron en el proceso de ascenso 2011 no condice con ninguno de los supuestos regulados como información reservada para restringir legítimamente el derecho de acceso a la información pública, situación que aunada al hecho de que no se ha negado la existencia del referido documento por parte de la entidad emplazada, sino que por el contrario se ha reafirmado su existencia, evidencia que la no entrega de dicho documento en los términos solicitados ha lesionado el derecho invocado por el recurrente, razón por la cual corresponde estimar la demanda y condenar al Ministerio emplazado al pago de los costos procesales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56.° del Código Procesal Constitucional, máxime considerando que el propio recurrente, al interponer el Recurso de Agravio Constitucional, expresa tratarse de un documento ya publicado por un diario de la localidad. (Las negritas son nuestras)

Por último, respecto a la información de carácter confidencial, podemos señalar que comprende los siguientes supuestos:

- a) La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública
- b) La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil
- c) La información que se produce como parte de las investigaciones desarrolladas en el marco del ejercicio de la potestad sancionadora en la Administración Pública
- d) Información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial
- e) La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya invasión de la intimidad personal y familiar

Caso José Enrique Crousillat

A través de la Resolución Suprema 285-2009-JUS publicada el 11 de diciembre de 2009 en el Diario Oficial El Peruano, se concedió indulto humanitario al ciudadano José Enrique Crousillat. En ese contexto, el ciudadano Kyoshy Kuroki solicitó acceso a la información sobre la documentación que se produjo como parte del proceso deliberativo para conceder la gracia presidencial. Sin embargo, el Ministerio de Justicia se negó a entregar dicha información por considerar que esta tenía carácter confidencial por haber sido parte del proceso de toma de decisión y por contener información de carácter privado. Ante ello, se interpuso un habeas data en el que se señalaba lo siguiente:

- La documentación solicitada contenía pericias profesionales que emitían una opinión en torno al cumplimiento de los requisitos para otorgar el indulto humanitario.
- Dicha opinión fue tomada en cuenta como parte del proceso deliberativo para la toma de decisión que llevó al otorgamiento de la gracia presidencial.
- Que la norma que contenía la decisión final (Resolución Suprema 285-2009-JUS) había hecho referencia a la documentación solicitada vía acceso a la información pública.
- Por tanto, se cumplían los requisitos para levantar la excepción de confidencialidad.

3.5. Pasos para solicitar información pública

Para obtener información pública se debe ingresar a la página web de la entidad, específicamente al portal de Transparencia a efectos de descargar el modelo de solicitud. Este modelo se encuentra generalmente en la sección «Información adicional» o tiene su propio ítem. De no encontrarla, se debe tener en cuenta que la solicitud debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Sobre el destinatario, no es obligatorio colocar el nombre del funcionario responsable de la entrega de información dentro de la entidad; basta con colocar «Responsable de Transparencia + Nombre de la entidad».
- b) Debe quedar explícito que se trata de una solicitud de acceso a la información pública, por lo cual debemos citar la base legal pertinente (artículo 2.5 de la Constitución + TUO de la Ley 27806).
- c) Debe enumerarse la información que se solicita de la manera más precisa posible.
- d) Debe indicarse, de ser el caso, el medio por el cual se desea recibir la información (correo electrónico, soporte digital, copias, etcétera).
- e) Finalmente, el solicitante debe identificarse con su nombre y el número de su DNI.

4 EL DELITO DE DIFAMACIÓN Y EL EJERCICIO DE LA LABOR PERIODÍSTICA EN CASOS DE CORRUPCIÓN Y LAVADO DE ACTIVOS

4.1. El delito de difamación

El delito de difamación se encuentra regulado en el artículo 132 del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 132.- El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días-multa.

Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa.

Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa.

Este delito protege el honor de las personas sancionando dos conductas:

- a) Atribuir ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor: (1.º párrafo)
- b) Atribuir falsamente la comisión de un delito a una persona, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia. (2.º párrafo)

Si estas conductas se realizan mediante libro, prensa u otro medio de comunicación social, la pena del delito se agrava.

El delito de difamación ha generado problemas en su aplicación, pues la determinación de la vulneración al honor no ha sido pacífica. Algunos operadores de justicia han entendido por honor «la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio» (autoestima), haciendo depender la vulneración al honor de la consideración individual de cada persona. No obstante, esta posición debe descartarse porque genera inseguridad jurídica (no se establece un criterio uniforme para determinar la vulneración al honor).

Por su parte, otro sector ha entendido por honor «la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan» (reconocimiento social). Esta posición tampoco debe aceptarse por cuanto genera una tutela discriminatoria del derecho al honor, ya que la valoración social no es igual respecto de todas las personas.

Por estas razones, la determinación de la vulneración al honor y la consecuente configuración del delito de difamación dependen de una ponderación de derechos: por un lado, se encuentra el honor y, por otro, la libertad de expresión e información. Los criterios para establecer cuándo la emisión de determinado juicio de valor o información constituye el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información han quedado establecidos en el Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116, precedente vinculante emitido por la Corte Suprema de Justicia.

En esa medida, para establecer la configuración del delito de difamación por la vulneración al honor de una persona o su desestimación por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión o información de un periodista debe evaluarse el caso necesariamente a partir de los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116.

4.2. Delito de difamación vs. Libertad de expresión o información: el Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116

Como se ha señalado, la determinación de la vulneración al honor y la consecuente configuración del delito de difamación dependen de una ponderación de derechos: por un lado, se encuentra el honor; y, por otro, la libertad de expresión e información.

El Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116 ha establecido criterios de ponderación distintos cuando el derecho al honor colisiona con el derecho a la libertad de expresión o con el derecho a la libertad de información, por ello conviene que se inicie este apartado distinguiendo el contenido de ambos derechos:⁵

| | LIBERTAD DE EXPRESIÓN | LIBERTAD DE INFORMACIÓN |
|------------------------|---|---|
| Concepto | Derecho que garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones. | Derecho que garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente. |
| Garantías | Garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir. | Garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. |
| Exigencia de veracidad | Los juicios de valor; las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden someterse a un test de veracidad. | Por su propia naturaleza, sí es posible someter a los datos objetivos y contrastables a un examen de veracidad. |

⁵ Sobre la base de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0905-2001-AA/TC del 14 de agosto de 2002.

4.2.1. Test de ponderación entre honor y libertad de expresión

Según el Acuerdo Plenario 3-2006 (fundamento jurídico 8), los juicios de valor, las opiniones o los pensamientos emitidos por un periodista estarán amparados por el ejercicio de la libertad de expresión si:

- a) La libertad de expresión incide en la esfera pública de la persona.
- b) Las expresiones no incluyen insultos, frases ultrajantes, ofensivas o vejatorias.

Acuerdo Plenario 3-2006

[...] el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas —deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión— y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe —sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige.

4.2.2. Test de ponderación entre honor y libertad de información

Según el Acuerdo Plenario 3-2006 (fundamento jurídico 12), la información emitida por un periodista estará amparada por el ejercicio de la libertad de información si:

- a) La libertad de expresión incide en la esfera pública de la persona.
- b) Las expresiones no incluyen insultos, frases ultrajantes, ofensivas o vejatorias.
- c) La información cumple con el deber de veracidad.

En relación con el último requisito, el Acuerdo Plenario apunta que el deber de veracidad implica que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales que permitan razonablemente deducir la verosimilitud de la información vertida por el periodista. En esa línea, se establece que el deber de veracidad no requiera la verdad inobjetable.

Acuerdo Plenario 3-2006

12. [...] el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz [...] Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta —dolo directo— o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad —dolo eventual—. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales [...]

No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 06712-2005-HC/TC

[...] no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información

Cabe señalar, con relación al deber de veracidad, que el Acuerdo Plenario hace referencia a su alcance respecto del reportaje neutral. Esta última institución acontece cuando el periodista difunde contenidos que previamente fueron objeto de difusión pública a través de otros medios de comunicación.

En estos casos, señala el Acuerdo Plenario, el deber de veracidad se satisface con la mención a la fuente de información primigenia; es decir, basta la constatación de la veracidad de la difusión de la información por la fuente que se invoca.

Acuerdo Plenario 3-2006

12. [...] Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aun cuando se exige la indicación de la persona —debidamente identificada— que lo proporciona [a este se le exige la veracidad de lo expresado], siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determinó quién hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

[...] el deber de diligencia se cumple con la constatación de la verdad del hecho, de la declaración, pero no se extiende, en principio, a la constatación de la veracidad de lo declarado, pues esta responsabilidad solo sería exigible al autor de la declaración. De esa manera la veracidad exigida a la información se refiere a la verdad subjetiva y no a la verdad objetiva, es decir, al cumplimiento del "deber mínimo de comprobación de la información" mediante la demostración de que el ánimo de informar en una materia de relevancia pública ha sido el impulso central de la actuación del comunicador social y que éste ha buscado en forma diligente y razonable la verdad.

4.2.3. El deber de tolerancia de los funcionarios públicos

En el marco de la posible colisión entre honor y libertad de expresión e información se ha planteado un deber de tolerancia de los funcionarios públicos respecto de las críticas que pueden recibir en el marco de la actividad periodística. De esta manera, se tienen pronunciamientos que delimitan su contenido y alcance en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional.

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Lingens vs. Austria

42. [...] Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular: A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (art. 10-2) permite la protección de la reputación de los demás —es decir, de todas las personas— y esta protección comprende también a los políticos, aun cuando estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

129. Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02976-2012-PA/TC

18. [...] el que la difusión de la noticia pueda causar molestia, inquietud o disgusto en el funcionario público cuyo comportamiento se ha sometido a escrutinio, no quiere decir que constituya un ejercicio irregular de este derecho. Lo que lo hace ilegítimo es que éste venga acompañado de frases vejatorias, de afrentas, ofensas o insultos o ultrajes. Expresiones de esta última clase no son dicciones que se encuentren garantizadas por la libertad de expresión, sino comportamientos que se encuentran extramuros de su ámbito constitucionalmente protegido.

19. El ejercicio de la crítica y en particular la realizada por los medios de comunicación social al desempeño de las funciones de un funcionario público o autoridad pública, o a lo que hagan o dejen de hacer al margen de las mismas, pero que tengan una directa y notoria relación con el desempeño del cargo, constituye una de las funciones vitales de la prensa en la sociedad democrática.

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS
DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú
Teléfono: (511) 261-5859
Fax: (511) 261-3433