



Señora doctora:

ZORAIDA ÁVALOS RIVERA

Presidenta de la Junta de Fiscales Supremos



TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS, Fiscal Supremo integrante de la Junta, ante Ud. con el debido respeto, digo:

Que hace aproximadamente un mes, la Junta de Fiscales Supremos que Ud. preside ACORDÓ citar a los Fiscales integrantes del Equipo Especial para que concurran a la Junta a fin de explicar ciertos hechos referidos a las actuados vinculados al Acuerdo de Colaboración Eficaz y Beneficios suscrito entre la Empresa ODEBRETCH y sus representantes con los Fiscales referidos, atendiendo a que desde diversos sectores así como la prensa están formulando diversos cuestionamientos al referido Acuerdo; sin embargo, ha transcurrido un tiempo razonable y se han realizado dos Sesiones de Junta y no se ha citado a los fiscales referidos ni se ha programado fecha para su concurrencia.

Siendo así, solicito a Ud. tenga a bien disponer que se programe la concurrencia de los fiscales para la siguiente Sesión de Junta, toda vez que ya se ha publicitado la *Sentencia* emitida en el proceso penal de colaboración eficaz de dicha Empresa y sus funcionarios, de la misma que se advierte que el Acuerdo (el mismo que se mantiene en secreto¹) presentaría diversos incongruencias y deficiencias; por lo que que atendiendo a que se están llevando a cabo otros Acuerdos con esta Empresa y con otras afines, resulta necesario realizar las correcciones pertinentes a fin de cautelar los intereses del Estado y de velar por la recta administración de justicia. Al respecto, se ha podido advertir varias deficiencias en diversos puntos, las cuales (entre otros) deberán ser esclarecidas por los fiscales en cuestión. Estas deficiencias, entre otras son las siguientes:

1. Se establece que se trata de un Acuerdo en el que se ha plasmado una colaboración *“progresiva o continua”*. Con ello se estaría permitiendo incluir dentro del marco del Acuerdo a cualquier otro hecho que pudiera conocerse con posterioridad, aun cuando la información inculpativa no provenga de fuentes referidas a los colaboradores. Esto es, en lugar de abrirse una nueva investigación por los nuevos hechos y con los nuevos elementos de prueba, como corresponde, estos hechos nuevos simplemente se tendrían que incorporar en el Acuerdo ya suscrito y homologado y los beneficios obtenidos por los “colaboradores” simplemente se mantendrían sin variación alguna.

En tal caso, si bien resultarían adecuados los beneficios concedidos a los colaboradores por la información proporcionada sobre los cuatro proyectos respecto de los cuales han asumido su responsabilidad y como premio por la información proporcionada, se estaría generando un manto de impunidad respecto a los demás hechos y demás personas, sobre los cuales los colaboradores no han admitido responsabilidad ni han proporcionado información. No siendo suficiente con que luego de que se obtiene la información por otros medios, la empresa y demás colaboradores admitan su responsabilidad y con ello se les conceda todos los beneficios del Acuerdo ya suscrito y homologado, pues en este

¹ El Acuerdo se mantiene en secreto a pesar de que del numeral 148 de la Sentencia de Homologación se aprecia que las partes acuerdan mantener la confidencialidad solo hasta que el Acuerdo sea homologado por el Juez, lo cual ya ha sucedido.



caso, los “colaboradores” en lugar de proporcionar información, la han ocultado, y no pueden ser premiadas estas acciones obstruccionistas.

2. El Acuerdo se lleva a cabo utilizando los criterios y beneficios establecidos en el marco de la normatividad prevista para la investigación de delitos cometidos en el marco de una **organización criminal**; sin embargo, a ninguna de las personas naturales ni jurídicas comprendidas en el Acuerdo se las ha investigado ni comprendido por el delito de organización criminal, lo cual revela una incongruencia incomprensible.
3. Y claro, llama la atención que en el Acuerdo no se haya comprendido los cargos por **organización criminal** contra los funcionarios o empleados que formando parte de la empresa Odebrecht han cometido –por más de 15 años– diversos delitos contra la administración pública, sobornando a Presidentes de la República, Ministros de Estado, y otros funcionarios públicos de alta jerarquía, valiéndose de una estructura económica, propia de una empresa transnacional que le permitía contar con un área específica para el pago de sobornos (denominado departamento de operaciones estructuradas), así como haberse valido de la creación de empresas off shore, de la adquisición de bancos o de la presentación de clientes peruanos a bancos radicados en paraísos fiscales con el único fin de encubrir los pagos ilícitos que realizaban. Todo lo cual obviamente evidencia que si hay en el mundo un ejemplo de organización criminal de corte empresarial esa es justamente la empresa “Odebrecht” con su cuerpo de funcionarios, que en el Perú y en distintos países se encargaban de cometer diversos delitos para hacerse de contratos de obras públicas para obtener ingentes ganancias ilícitas.

Esta omisión resulta más desconcertante si se tiene en cuenta que el Equipo Especial **imputa cargos por organización criminal** a todos los expresidentes de la República del siglo XXI, ministros de Estado, alcaldes de Lima, entre otros altos funcionarios públicos, pero ha olvidado imputar el cargo de organización criminal a los funcionarios de la empresa Odebrecht así como a la propia Empresa quienes eran precisamente los que manejaban y determinaban la realización y comisión de los hechos que han dado lugar a que se comprenda por organización criminal a los expresidentes y demás funcionarios referidos.

4. Asimismo, en el Acuerdo de Colaboración eficaz no se realiza cargos por la comisión del delito de **corrupción activa de funcionarios públicos** (artículo 397° del Código Penal) en su modalidad genérica o específica cuando, en realidad, la empresa Odebrecht para ganar los contratos de obras públicas no solo se coludió con los funcionarios públicos sino que también procedió a pagar ingentes cantidades de dinero como **sobornos** a fin de obtener la adjudicación de contratos.

Al respecto es de tener en cuenta que si bien se ha comprendido a los colaboradores por delito de colusión, este no necesariamente comprende ni agota al **soborno pagado** a los funcionarios, por el contrario, este configura el delito de corrupción de funcionarios. Así por ejemplo el delito imputado al Expresidente Alejandro Toledo no configura una simple colusión sino también el delito de corrupción de funcionarios. Asimismo, ¿Cómo debemos entender el pago de cerca de 40 millones de dólares por parte de la empresa Odebrecht a diversos funcionarios públicos peruanos? ¿No han sido sobornados?



Peor aún, ha quedado claro que la empresa y sus representantes comprendidos en el Acuerdo, no solo han sobornado a funcionarios públicos para obtener contratos de obras públicas sino que también han sobornado con otras finalidades, como por ejemplo los sobornos pagados a los distintos árbitros que formaban parte los tribunales arbitrales que resolvían las disputas alrededor de distintos litigios que se llevaba con diversas dependencias públicas y organismos del Estado.

Obviamente, no comprender en la investigación y el Acuerdo el delito de Corrupción (Cohecho activo) dificulta aplicar la cláusula anticorrupción que en algunas obras y contratos suscritos por Odebrecht con el Estado se ha consignado, lo cual perjudica los intereses del Estado y favorece a la Empresa y sus funcionarios.

5. A pesar que existían sospechas de que en otras obras, distintas a las comprendidas en el Acuerdo, también existirían actos de corrupción, no se emplazó a la empresa y demás colaboradores para que en un tiempo prudencial entreguen **toda la información** existente en el sistema My Web Day o Drousys respecto a pagos efectuados a funcionarios públicos peruanos, bajo la advertencia y conminación de no suscribirse o revocarse el acuerdo. Lo cual estaría permitiendo que la empresa y los colaboradores entreguen información a cuentagotas, lo que a la vez les estaría permitiendo direccionar el sentido y contenido de las investigaciones conforme a sus propios intereses.
6. Otra omisión significativa, no solo en el Acuerdo sino en la investigación en general, es que no se ha tomado en cuenta para nada **la incautación y decomiso de efectos y ganancias del delito** así como otros tipos de decomiso que corresponde realizar en la presente investigación y también correspondía tener en cuenta en el Acuerdo en cuestión. Peor aún, se han confundido los **conceptos de efectos y ganancias del delito materia de decomiso** con los conceptos configurativos del **daño** ocasionado que determina la reparación civil.

En efecto, el producto del delito (efectos y ganancias) así como los instrumentos del delito son materia de **decomiso** conforme al artículo 102° del Código Penal en todos los casos. La materialización del decomiso se asegura con la medida cautelar de la **incautación** (no de embargo); asimismo, también existe el decomiso por valor equivalente, entre otros.

Se entiende por **efectos del delito** a los bienes o activos que se obtienen de modo directo e inmediato a través de la comisión del delito (con la acción delictiva), por ejemplo el dinero de la venta de la droga en el delito de TID. Por **ganancias del delito** a los efectos mediatos o indirectos, esto es, al producto de los efectos del delito; por ejemplo, los intereses del dinero obtenido con el delito (efectos) que es colocado en una cuenta bancaria. Respecto a los **efectos y ganancias** del delito el agente o terceros (en este caso la empresa) no tiene ningún derecho real y menos el de propiedad, porque los derechos no se obtienen a través de los delitos sino de hechos lícitos; en realidad este producto del delito corresponde al Estado; por ello, los efectos y ganancias pueden incautarse y decomisarse sin problema alguno y sin afectar el artículo 70° de la Constitución, que establece que el derecho de propiedad es inviolable.



Igualmente, si se conoce que el delito *produjo efectos y ganancias* pero estos se mantienen ocultos, han sido transferidos de modo definitivo² o han sido consumidos, la ley ha establecido el decomiso por *valor equivalente*, esto es, se incautan y decomisan los bienes lícitamente obtenidos por el agente hasta por un valor equivalente al de los efectos y ganancia mantenidos ocultos, transferidos o consumidos.

En el presente caso, a través de la comisión de los delitos de Colusión y Cohecho en el marco de una organización criminal, la empresa Odebrecht y sus representantes obtuvieron fraudulentamente los contratos sobre las obras públicas que son materia de investigación y de ellos obtuvieron ingentes utilidades. Estas utilidades constituyen efectos y ganancias de sus delitos; pues son producto de los mismos; es decir, provienen directa o indirectamente de estos. El *valor de estos efectos y ganancias* está determinado precisamente por el valor de *todas las utilidades* obtenidas, cuyo monto puede calcularse fácilmente conforme a los porcentajes del margen de ganancia que cada empresa considera en sus respectivas propuestas, o en todo caso, considerando el promedio razonable de las utilidades que las empresas obtienen en estos rubros. Entonces, el total del dinero u otros activos obtenidos por utilidades o ganancias en estos contratos, constituyen los efectos y ganancias del delito, los que deben decomisarse en todos los casos conforme al artículo 102° del Código Penal.

Debiendo añadir que el decomiso no comprende únicamente los *efectos y ganancias del delito* sino también los instrumentos si los hubiere, pero sobre todo, comprende al *decomiso por valor equivalente*. Esto es, una vez que se llega a la conclusión de que realmente se han producido efectos y ganancias del delito, se persigue e investiga a estos para incautarlos con fines de decomiso y si no se los encuentra o ubica porque los mantienen ocultos, los han transferido de modo definitivo o los han consumido, se tiene que *intervenir e incautar* los bienes de la titularidad del imputado hasta por un valor equivalente al de los efectos y ganancias del delito (que se los mantiene ocultos). Y claro, se incauta para decomisar, no para pagar reparación civil, la cual es una obligación del imputado y por tanto tiene que pagarla con su propio patrimonio.

Lamentablemente, en el proceso materia del Acuerdo y en los demás procesos e investigaciones no se está realizando incautación ni decomiso alguno, pues, no se está interviniendo al patrimonio criminal de las empresas y organizaciones criminales, con lo que se está realizando una investigación deficiente e incumpliendo la ley así como favoreciendo ostensiblemente a la Empresa y sus representantes.

7. Pero claro, estas incautaciones aún se pueden realizar a través de la incautación y decomiso en las investigaciones que todavía están en giro y a través de la *acción de extinción de dominio* en las que ya concluyeron, como el caso de las comprendidas en el Acuerdo. Debiendo precisar que esta acción es de la titularidad del Fiscal y no del Procurador Público como lo es la reparación civil por el daño causado.

² Solo se transfieren de modo definitivo los efectos y ganancias del delito cuando el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso, es decir paga su precio. La buena fe está determinada por el hecho que el tercero desconoce el origen delictivo del bien o activo así como ignora su vinculación al delito; asimismo, no está ni siquiera en posición de presumir su origen o vinculación al delito.



Es de precisar que al no haberse tratado el decomiso en el Acuerdo no se ha eximido de este a los “colaboradores”, pues solo se ha tratado de la **exención de las consecuencias accesorias** previstas en el artículo 105° del Código Penal, por lo que corresponde realizar el decomiso en las investigaciones o procesos que están en curso y la extinción de dominio en los casos sujetos al Acuerdo.

8. Como se señaló en el numeral anterior, en el Acuerdo y al parecer en las demás investigaciones *se han confundido* los conceptos referidos a los efectos y ganancias del delito materia de **decomiso** con los conceptos configurativos del **daño** que dan origen a la reparación civil. Al respecto, como ya se dijo, los *efectos y ganancias son el producto del delito* y sobre estos el imputado no tiene derecho de propiedad, por lo que deben ser decomisados como una especie de profilaxis jurídica (con el propósito de poner fin a la situación de antijuricidad creada por el delito); es decir, para evitar que el producto del delito permanezca en poder del delincuente. En cambio los *daños* son todos los menoscabos o perjuicios causados por el delito al Estado; estos daños están determinados por las cantidades o sumas de dinero entregadas en exceso o indebidamente a través de los contratos obtenidos por los imputados de manera fraudulenta (delictiva); o también, desde una perspectiva de *costo de oportunidad*, los daños están determinados por los beneficios o ventajas que el Estado y la sociedad han dejado de aprovechar en obras lícitas y en beneficio del país debido a las sumas fraudulentamente entregados en los contratos en cuestión.

Debe quedar claro que la reparación civil no se puede pagar con los efectos y ganancias del delito, ya que estos no le pertenecen a los imputados, en realidad estos corresponden al Estado, el que formalmente los recupera a través del decomiso; la reparación civil se paga siempre con bienes de la titularidad de los imputados (sean personas naturales o jurídicas), esto es, se paga con bienes que forman parte del patrimonio del imputado porque los ha adquirido lícitamente, pero nunca con efectos y ganancias del delito.

9. Esta confusión de *efectos y ganancias del delito* con los *daños y reparación civil*, ha llevado a que escandalosamente, los **30 millones de soles** que la Empresa entregó a la Fiscalía como devolución de parte de las ganancias ilícitas (del delito), a través de interpretaciones insostenibles se los haya desgravado asumiendo que era dinero lícito, para luego considerarlo como parte del pago de la reparación civil, es decir, se ha devuelto a la empresa esta suma, para que esta a su vez, pague una de sus deudas (parte de la reparación civil).

Al respecto hay que tener en cuenta que el dinero es un **bien fungible**, por lo que técnicamente no se puede determinar si tiene origen ilícito o no, por lo que ello se determina a través de la propia versión de quien lo detenta o lo entrega; en el presente caso, si la empresa dijo que los 30 millones eran parte de las ganancias ilícitas, no había forma de demostrar lo contrario, por lo que no resulta razonable que luego se sostenga, en el Acuerdo, que se trata de dinero lícito.

10. De otro lado, también es de precisar que en el Acuerdo y en las demás investigaciones no se ha considerado ni se está considerando la aplicación del artículo 15° del Código Procesal Penal referido a la **nulidad de transferencias fraudulentas** de los bienes y activos sujetos a decomiso, así como de los bienes que pueden servir para garantizar el



pago de la reparación civil, norma que es de orden público y por tanto de aplicación obligatoria³.

Como se sabe, la empresa Odebrecht ha realizado diversas transferencias de bienes y activos, especialmente los referidos a los Peajes (Rutas de Lima) y otros, a pesar que gran parte de estos activos *constituyen efectos y ganancias del delito* o en todo caso, constituyen bienes que deben ser decomisados por valor equivalente (decomiso por valor equivalente), por lo que en la investigación se tenía que pedir la nulidad de estos actos de transferencias, puesto que constituían activos materia de decomiso y por tanto tenían y tienen que ser materia de incautación con fines de decomiso. Con ello inclusive se debía resolver el conflicto creado por el cobro presuntamente irregular que se sigue realizando a través de estos peajes y que las autoridades no encuentran la forma de ponerle fin, cuando en realidad correspondía y corresponde a la Fiscalía solicitar el Juez que declare la nulidad de estos contratos por constituir efectos del delito y de este modo resolver con facilidad estos problemas aplicando el artículo 15° del CPP.

Más aún, cualquier transferencia de bienes, no solo de la empresa Odebrecht, sino también de los demás imputados, que se hubiesen transferido, *tenían y tienen que anularse* aun cuando fuesen de origen lícito, bien para incautarlos o decomisarlos a través del decomiso por valor equivalente, o para que garanticen el pago de la reparación civil que, como se sabe, es ingente.

Al respecto sin embargo, aun cuando la reparación civil no es de competencia del Ministerio Público, resulta escandaloso que en lugar de disponer que se asegure su pago a través de las medidas cautelares reales correspondientes, se esté permitiendo que se entreguen los montos obtenidos de la venta de determinados bienes como el correspondiente a la Central Hidroeléctrica de Chaglla; esto realmente revela un favorecimiento escandaloso a la Empresa y sus representantes.

11. De otro lado, también es de precisar que no se está teniendo en cuenta que en las transferencias de bienes y activos de la empresa Odebrecht a particulares, se estaría cometiendo el delito de *Lavado de Activos*, toda vez que gran parte de estos activos configuran producto del delito (efectos y ganancias), por lo que los partícipes en tales transferencia estarían incurso en dicho delito, puesto que al momento de las transferencias ya se conocía o se debía presumir su origen ilícito o su vinculación al delito. Debiendo precisarse que esto involucra no solo al transferente y al adquirente sino a todos los que han intervenido o intervienen en dicha transferencia.
12. Otro punto inexplicable en el Acuerdo, es la forma como se establece que la Empresa Odebrecht *pueda seguir contratando con el Estado*, cuando es regla incuestionable que las empresas que defraudan al Estado tienen que ser inhabilitadas de manera perpetua. Más aún, resulta contrario a toda lógica y ética razonable que a una empresa que causó tanto daño, a tal punto que ha frustrado el desarrollo de nuestro país, se le permita seguir operando; y más reprochable todavía, que el Estado le pueda otorgar licitaciones u obras para que pueda pagar la reparación civil. Ello equivaldría al caso en que un delincuente asalta a una persona en la calle causándole lesiones graves, y al ser descubierto,

³ En cuyo caso dejar de aplicar dicha norma constituiría una omisión de funciones que podría resultar punible.



procesado y condenado, la sentencia judicial obligue a la víctima a darle trabajo en su casa para que con lo que le pague, el delincuente pueda, a la vez, pagarle a la víctima la reparación civil.

13. Otro punto que llama la atención en el Acuerdo es que el Ministerio Público se haya obligado a **no utilizar los hechos y/o elementos de prueba** obtenidos como consecuencia del empleo de los mecanismos de *Asistencia y Cooperación judicial internacional* que fueron recabados con anterioridad al procedimiento del Acuerdo. Al respecto, si bien resulta razonable que no se puedan utilizar en contra de los colaboradores los elementos de prueba proporcionados por ellos mismos, no existe ningún fundamento para condicionar el uso de pruebas recabadas sin la participación ni colaboración de los imputados comprendidos en el Acuerdo; sobre todo, si se tiene en cuenta que ya existían sospechas fundadas de que existían otras obras en las que también la empresa había recurrido al soborno para obtener la buena pro y, por tanto, tenía que iniciarse nuevas investigaciones. Una medida como esta, únicamente tiene como fin generar la total impunidad de la empresa y sus representantes en todas las obras pendientes.
14. Tampoco nos parece adecuado que el Ministerio Público se haya comprometido a **eximir de pena** a todo otro funcionario de la empresa o empresas de su Grupo Económico y demás vinculadas que pudieran más adelante someterse a proceso de colaboración eficaz, independientemente de su aporte o de la oportunidad y utilidad de su aporte o colaboración.
15. Tampoco el Ministerio Público puede obligarse, como se hace en el Acuerdo, a **no compartir la información y documentación** con las autoridades nacionales o extranjeras, cuando se tenga que investigar otros delitos, puesto que se trata de un proceso que ya concluyó y ya se concedieron los beneficios correspondientes y no se puede establecer condicionamiento alguno al trabajo del Ministerio Público.

EPÍLOGO

- a) Aun cuando no conocemos los verdaderos alcances e importancia de la información obtenida a través del Acuerdo, de lo poco que se conoce a través de la prensa, es de precisar que se trataría de información útil y pertinente para las investigaciones, por lo que resulta necesario defender su firmeza y evitar pretender dejarlo sin efecto. Sin embargo, se advierten demasiadas falencias y errores que deben ser evitados en futuros procesos de colaboración eficaz y en la suscripción de Acuerdos por parte del Ministerio Público.
- b) De otro lado, resulta sintomático que todos estos errores en que se ha incurrido en el Acuerdo sean en provecho exclusivo de la Empresa y sus representantes, por lo que debe realizarse la correspondiente evaluación a fin de descartar cualquier responsabilidad de los representantes del Ministerio Público suscriptores del Acuerdo. Pues, todos los fiscales estamos obligados a actuar eficazmente y cumplir estrictamente con la Ley; y claro, el hecho que se realice diversos aciertos en el desempeño de la función no exime de responder por los errores u omisiones en que se pudiera incurrir.

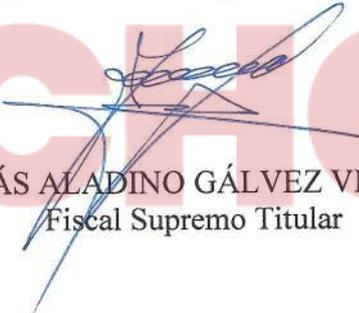


- c) Finalmente, es de resaltar que se trata de un Acuerdo ya homologado por sentencia definitiva, por lo que sus efectos han quedado firmes, y por tanto, cualquier análisis o cuestionamiento no puede afectar al mismo ni perjudicar la utilidad de la información proporcionada u obtenida en la investigación. Sin embargo, como quiera que se encuentran en curso diversos procesos de colaboración eficaz hay que activar las alarmas correspondientes para evitar reincidir en estos errores que no hacen sino frustrar la defensa adecuada de los intereses del Estado y la sociedad peruana que ha sido duramente golpeada por la actuación de la empresa Odebrecht y sus representantes. Tanto más, si se tiene en cuenta que desde la Procuraduría Pública al evaluar la actuación de su representante en este Acuerdo han encontrado indicios de la comisión de presuntos delitos.

POR TANTO:

Estando a los argumentos esgrimidos, reitero a Ud. Señora Fiscal de la Nación, mi solicitud de que se programe la concurrencia de los fiscales referidos para la siguiente Sesión de Junta de Fiscales Supremos a fin de que expliquen, entre otras, estas falencias encontradas en el Acuerdo; asimismo, que se convoque a Junta con carácter de urgencia.

Lima, 7 de agosto del 2019.


TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS
Fiscal Supremo Titular