

Boletín Nº 01- 2018

Anticorrupción y Justicia penal

- ALGUNOS ASPECTOS CONFLICTIVOS DE LA REGULACIÓN DEL AUTO-BLANQUEO DE CAPITALES EN ESPAÑA
- ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS Y RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ
- ALCANCES DOGMÁTICOS DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE



PRESENTACIÓN p. 3



ALGUNOS ASPECTOS CONFLICTIVOS DE LA REGULACIÓN DEL AUTO-BLANQUEO DE CAPITALES EN ESPAÑA p. 5



ALIANZAS PÚBLICO- PRIVADAS Y RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ p.10



ALCANCES DOGMÁTICOS DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE p. 18

Boletín Nº 01- 2018
Anticorrupción y Justicia penal

ISBN: 2410-5899

Instituto de Democracia y Derechos Humanos

Pontificia Universidad Católica del Perú

Publicación web

<http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/boletin-informativo-mensual>

Edición: Leslie Rosas

Diseño y Diagramación: Ximena Barreto

PRESENTACIÓN

Tras un año desde la última edición, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos (Idehpucp) pone a disposición del público el Boletín Anticorrupción y Justicia Penal, una publicación trimestral que aporta información valiosa y necesaria en materia de lucha contra la corrupción.

En el Perú, existe una profunda necesidad de contar con un espacio académico especializado que condense estudios jurídicos. El Boletín Anticorrupción y Justicia Penal genera dicho espacio y lo ofrece como herramienta en el control y prevención de la corrupción.

El objetivo principal del Boletín es generar conocimiento, reflexión y debate sobre diversos temas de interés de la sociedad civil y, especialmente, de los/as operadores/as de justicia y académicos/as en general. Dado nuestro escenario político y los graves casos de corrupción que se han denunciado en los últimos meses, la presente edición cuenta con tres investigaciones de suma relevancia académica que abordan distintos temas controvertidos en torno a la persecución y sanción penal de casos de corrupción y lavado de activos.

El primer artículo académico, escrito por el Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, Jacinto Pérez, muestra la discusión doctrinal y jurisprudencial que ha surgido en España en torno a la sanción del lavado de activos en casos de autolavado (o autoblanqueo). Como bien reconoce este autor, en España, ha quedado claro para la jurisprudencia penal actual que el autolavado también debe ser penalizado. El tema del delito de lavado y autolavado cobra especial relevancia en nuestro país, dada la existencia de investigaciones penales importantes como la del financiamiento del partido político “Fuerza Popular”. Aquí, por ejemplo, se podría estar ante un caso de autolavado proveniente de un delito tributario cometido por la propia organización política en un eventual ocultamiento de información a la SUNAT respecto a los fondos recibidos ilegalmente de empresas como Odebrecht.

Asimismo, la investigadora del Idehpucp, Marité Bustamante, presenta una interesante investigación sobre las asociaciones público privadas (APP) y su vinculación con la corrupción. El trabajo realizado muestra cómo este instrumento contractual, de mucha utilidad para el desarrollo eficiente de obras públicas, se puede convertir en un vehículo óptimo para los actos de corrupción cuando se abusa de él. Casos actuales, como el de la carretera Interoceánica y la del Aeropuerto de Chichero, demuestran que diversas deficiencias normativas, la falta de transparencia y una inadecuada fiscalización por parte de organismos autónomos han generado que se filtren actos de corrupción de naturaleza penal (colusión, cohecho, tráfico de influencias, lavado de activos derivados de actos de corrupción, etc.).

Esta entrega también presenta un análisis jurídico penal de uno de los delitos más recurrentes y graves de corrupción: el delito de negociación incompatible. Daniel Quispe, investigador del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se encarga de mostrar cómo este delito es frecuente en contextos de contratación pública (licitaciones, APP, etc.). La negociación incompatible constituye un ilícito, desde mi punto de vista, residual, en la medida en que la colusión desvalora y sanciona mejor todo el hecho de corrupción cuando se trata de un acuerdo ilícito entre Estado y contratista privado, que defrauda los intereses de aquel en un contexto de contratación pública. De todos modos, el delito de negociación incompatible cumple un rol importante para erradicar y prevenir el desempeño de la función pública interesada y parcializada

en contextos de contratación pública que busca subrogar los intereses privados por encima de los intereses públicos.

Por último, cabe hacer una reflexión sobre la coyuntura política actual que se ha visto muy marcada por posibles actos de corrupción en torno a altas figuras del poder público como el anterior Presidente de la República, ministros de Estado y congresistas. Las revelaciones de los famosos “keikovideos” o “kenjivideos” denotan, una vez más, la compraventa de la función pública para favorecer intereses espurios que no atienden al bien común. Cuando se pensaba que, luego de lo vivido en la década de los 90’, la sociedad y actores políticos del país habían aprendido mínimamente de las lecciones dejadas por los hechos de alta corrupción de esa época y su respectiva persecución y sanción por parte del sistema de justicia, fuimos testigos de lo contrario. La corrupción ha aprendido, se ha perfeccionado y ha buscado nuevos *modus operandis* para filtrarse en la dinámica funcional. Tal y como sucedió luego de la caída del régimen fujimorista a principios de este siglo, se hace imprescindible que el sistema de justicia se fortalezca y emprenda todas las acciones necesarias para investigar, procesar y sancionar eficazmente los actos graves de corrupción que se vienen conociendo día a día. Esto se hace imperioso, sobre todo, respecto de casos tan emblemáticos como los vinculados a la operación Lava Jato en la obtención y ejecución de grandes obras de infraestructura y el financiamiento ilícito de campañas y partidos políticos.

Rafael Chanjan Documet
Coordinador del Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP



ALGUNOS ASPECTOS CONFLICTIVOS DE LA REGULACIÓN DEL AUTO-BLANQUEO DE CAPITALES EN ESPAÑA

Foto: El País
El caso interregional Lava Jato constituye el delito de blanqueo de dinero.

Por Jacinto Pérez Arias¹

Introducción

La exagerada tendencia reformista del legislador español ha convertido al código penal (del 95) en la norma más modificada de nuestra historia penal-codificada. Quedan hoy muy pocos aspectos de aquel código original. Muy al contrario, estamos ante una norma que en ningún caso responde a un esquema común de política criminal. Todo son parches y todo es reforma aislada, antagónica y asistemática, dificultando así al intérprete una hermenéutica conjunta, sin fisuras y sistemática. En otras palabras, la norma penal dejó de ser un código en sentido estricto para convertirse en una norma botiquín con apenas instrucciones de uso, al servicio de los partidos políticos y de los tiempos. Son muchas las voces que aconsejan y demandan un código penal cercano a la comprensión del profano, y es cierto que tal proximidad evitaría la implosión de la ciencia criminal. Sin embargo, su destrucción seguiría siendo inevitable a través de la consecuente explosión del sistema.

El código penal no puede, en ningún caso, pertenecer a los géneros literarios que permiten una clasificación por edades o nivel educativo. Es una norma muy técnica, que regula aspectos muy graves de la sociedad y que, por ello, va dirigida a quien ejerce la potestad punitiva del Estado. No es una norma

¹ Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Murcia (España). Abogado.

moral, ni tampoco periodística, y ello por mucho que algunos cronistas penales la tengan como libro de cabecera. En algunos temas –la mayoría– sería como pedirle a un anatomopatólogo que hiciera de su especialidad una descripción manualística para el público en general.

Entre estas numerosas reformas españolas, en materia criminal, destaca, en el año 2010, la modificación del artículo 301 del Código Penal, precepto relativo al blanqueo de capitales, lavado de capitales o legitimación de activos (no será el *nomen iuris* lo que dificulte esta singular regulación positiva).

En efecto, la LO 5/2010, además de incorporar la responsabilidad penal plena de las personas jurídicas en España² (y modificar otras materias importantes), decidió, a partir de recomendaciones internacionales³, ampliar la definición típica del delito de blanqueo de capitales sumando nuevas conductas a sus tres tradicionales acciones: adquirir, convertir o transmitir.

Partiendo de ellas, el legislador del 2010 añadió las conductas de poseer y usar, introduciendo así, de manera autónoma, el auto-blanqueo de capitales como forma posible de comisión de este delito.

Agotamiento del delito antecedente

Aunque no haremos un análisis pormenorizado del delito de blanqueo de capitales (sino partir de él⁴), sí debemos señalar que el núcleo esencial del delito es la legitimación de aquellos bienes que tienen su origen en una actividad delictiva. Es decir, primero se ha de haber obtenido el bien a través de una conducta delictiva y luego se ha de pretender su legitimación a través de su adquisición, conversión, transmisión, posesión o uso; bien sea por el mismo sujeto que cometió aquel delito inicial (o delito antecedente), o por cualquier otra tercera persona. La finalidad perseguida, por tanto, es la de ocultar o encubrir el origen ilícito del bien⁵, conducta finalística residual⁶ (ocultar o encubrir) que también queda descrita en el mencionado artículo 301 del código penal español.

La conducta delictiva se hace partir siempre de la comisión previa del delito antecedente, lo que ha permitido aseverar que este delito se encontraba consumado y agotado. Era lógica, además, esta conclusión, pues solo podía –en términos de injusto típico– adquirirse, convertirse o transmitirse aquel

² Para su análisis pormenorizado PÉREZ ARIAS, J “Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas”. Dykinson. Madrid. 2014.

³ Viene siendo habitual en España, en los últimos años, que aquellas reformas más polémicas se justifiquen por el legislador en recomendaciones o directrices internacionales. En modo alguno, estas recomendaciones pueden tener la responsabilidad de tales reformas. Resulta conocido que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 2 de octubre de 1991 (caso proceso penal contra Paul Vandevenne y otros), y concretamente respecto de la interpretación del artículo 15 del Reglamento (CEE) núm. 3820/85 del Consejo, de 20 diciembre 1985 contestaba al interrogante de si se pretendió al redactarse dicho artículo introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados miembros en que es desconocida o es menos conocida, en los términos siguientes: “Según jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia (véase la reciente Sentencia de 10 julio 1990, Hansen, C-326/88, Rec. pg. I-2911, apartado 17), cuando un Reglamento comunitario no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita a este respecto a las disposiciones nacionales, los Estados miembros conservarán una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones. Sin embargo, de conformidad con el apartado 5 del Tratado CEE (LCEur 1986\8), que impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario, éstos deben velar porque las infracciones de un Reglamento comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo.” Es más, como señala FARALDO CABANA, desde el punto de vista de la normativa internacional debe tenerse en cuenta que no hay un mandato expreso de criminalización del autoblanqueo, si bien sí se recomienda su punición (FARALDO CABANA, P., Antes y después de la tipificación expresa del auto-blanqueo de capitales”. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV. 2014.P. 56). En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ, cuando afirma que el argumento de que el delito de blanqueo se crea por cumplimiento de instancias internacionales, no es enteramente exacto porque desde estos organismos sólo se obliga a imponer medidas preventivas de toda índole y sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, cualidades que pueden tener también las sanciones administrativas (BAJO FERNÁNDEZ, M. El desatinado delito de blanqueo de capitales. En Política Criminal y Blanqueo de Capitales. Madrid, 2009. P. 15.

⁴ Sería imposible, en un artículo de esta naturaleza, valorar todas las singularidades técnicas del delito de blanqueo de capitales.

⁵ De ahí su clara semejanza y conflicto con el delito de encubrimiento, y que ha llevado a su consideración como delito pluriofensivo (con bienes jurídicos protegidos como son el orden socioeconómico y la Administración de Justicia)

⁶ Como más adelante se señalará, esta conducta residual finalística era la que permitía, incluso antes de su formulación típica a partir de la reforma del 2010, hablar en términos técnicos del auto-blanqueo en España.

bien que se encontrara en la esfera patrimonial del autor. Era precisamente el origen patrimonial ilícito lo que se pretendía legitimar, a través de estas conductas posteriores.

Sin embargo, y a diferencia de ésta concepción tripartita-tradicional del blanqueo de capitales (en España vigente hasta el año 2010), hoy se ha de prestar especial atención a dos hechos trascendentales: De un lado, a las nuevas conductas tipificadas (concretamente, usar y poseer) y de otro, al posible sujeto activo del delito (concretamente aquel que, de manera previa, había cometido el delito antecedente o de referencia). Es aquí donde se producen algunos de los aspectos conflictivos que analizamos.

Pese a que algún autor no comparte del todo esta crítica⁷, se acepta en la doctrina española, de manera casi unánime, que nos encontramos ante un delito (antecedente) cuya fase de agotamiento se convierte -para el mismo sujeto- en el hecho típico de otro delito subsiguiente (de blanqueo), produciéndose así una evidente infracción del principio *ne bis in idem*.

En efecto, el legislador español, con la clara intención de evitar cualquier legitimidad de bienes procedentes de delito, ha tipificado no que el autor transmita el susodicho bien a terceros, sino tan solo que lo use o lo posea. Estos son verbos cuyo significado antijurídico es, a su vez, el mismo que, de suyo, se incluye en la conducta típica del delito antecedente.

Así como transmitir un bien permite aludir a una conducta posterior (y que puede producirse o no) a la posesión “ilegítima”, la acción de “poseer” abarca todo el fenómeno en que consiste la obtención del bien de manera ilícita; es decir, la posesión en que culmina el delito antecedente es la misma conducta (sin interrupciones) que se describe en el delito subsiguiente de blanqueo de capitales. Se trata, en definitiva, de un verbo reflexivo y continuado que nace y perece con la acción propia del sujeto y sobre él mismo, sin intervención de terceros.

Una interpretación distinta a esta nos conduciría a un derecho penal de palabras sin referencia alguna a hechos ni a principios. No sería lógico afirmar que la acción de poseer un bien (en que consiste el agotamiento del delito antecedente) y la de poseerlo (en el delito de blanqueo) son diferentes, so pretexto de que, en la primera, la posesión es instrumental –aún no ilícita, en términos de injusto- para lograr el delito antecedente. Además, en la segunda, la posesión es ilícita desde su inicio por proceder de un delito previo y tener por finalidad su ocultación o encubrimiento⁸. Una y otra comparten el mismo significado antijurídico: se posee siempre el mismo bien y además por el mismo sujeto, por lo que la única diferencia radicaría en el momento del *iter criminis* que estemos valorando.

El segundo verbo tipificado para el auto-blanqueo tampoco permite separar claramente un momento delictivo de otro. En efecto, por usar debemos entender hacer servir una cosa para algo, lo que, a su vez, presupone su posesión, conduciendo el tipo a una circularidad poco asumible en términos jurídicos racionales. Pero sin entrar en este bucle lingüístico (y que nos conduciría a otro estudio) lo cierto y verdad es que la conducta descrita (usar) podría no ser más que el agotamiento de la finalidad pretendida con el delito antecedente. Si un sujeto roba o hurta un ordenador para usarlo, su uso no es más que la finalidad pretendida por el robo o hurto, por lo que el dolo inicial comprende y abarca este uso, y se ve agotado por él. Es decir, en el uso no hay plan delictivo diferente (por más que un robo o un hurto no presuponga finalidad típica), tan solo es un momento distinto dentro del mismo delito y planificación criminal.

⁷ Véase, en este sentido, el magnífico estudio de FARALDO CABANA, P, en “Antes y después de la tipificación... Op. Cit. PP 41-79.

⁸ En términos similares lo ha entendido recientemente nuestro Tribunal Supremo en su STS de 26 de noviembre de 2015, y lo comparte GARCÍA MORENO cuando afirma que *la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito ha de estar presente tanto en la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de los bienes, como en la realización de cualquier otro acto. En definitiva, ha de estar presente en todos los comportamientos descritos por el tipo y no sólo en aquéllos a los que gramaticalmente aparece anudado* (GARCÍA MORENO, A. Recientes aportaciones del Tribunal Supremo en auto-blanqueo y su eventual incidencia en el delito fiscal. Carta Tributaria. Revista de Opinión, Nº 3, junio 2015, Editorial Wolters Kluwer. P.5)

De ahí que algún autor, respecto del delito tributario -como delito antecedente del de blanqueo-, haya afirmado lo complicado que es imaginar una defraudación tributaria que no venga acompañada de la posesión, utilización o inversión de los bienes, con lo que cualquier defraudación penalmente relevante tendría asociada una conducta constitutiva de blanqueo⁹.

Acto copenado o concurso de delitos

En definitiva, y como acertadamente señala Olmedo Cardenete¹⁰, la cuestión se centra en considerar si lo manifestado debe tratarse como un acto copenado del delito antecedente y, por tanto, entender que no es punible cuando quien blanquea es el que ha participado en el hecho delictivo previo (en consecuencia, la posesión, utilización y disfrute de los beneficios y ganancias obtenidos afectarían únicamente a la fase de agotamiento de ese delito); o bien, estimar que se trata de un comportamiento con un injusto autónomo merecedor de reproche penal a pesar de que el responsable de blanqueo ya ha sido castigado por la infracción previa o va a serlo en concurso de delito con el artículo 301 del código penal.

La tesis del concurso real de delitos fue la acogida, con anterioridad a la reforma del 2010, por la jurisprudencia española, quedando plasmada en el *Acuerdo no Jurisdiccional del Tribunal Supremo* de 18 de julio de 2006, a partir de la anterior redacción del artículo 301 del código penal, que tipificaba realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito¹¹.

Concretamente se afirmaba en este acuerdo no jurisdiccional que “*el artículo 301 código penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente*”, lo que permitía aseverar que tampoco excluía que fuera considerado como un mero concurso de normas, que es en lo que consiste, precisamente, el acto copenado¹². Como afirma la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo, “*el acuerdo adoptado en ese Pleno no jurisdiccional mostraba un grado importante de ambigüedad e indefinición, lo que propició que se prosiguieran dictando resoluciones en la línea de no castigar los supuestos de auto-blanqueo*” (STS 331/2017, de 10 de mayo)

En cualquier caso, si la doctrina mayoritaria española, y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, entendían que estamos ante situaciones límite entre hecho nuevo y hecho copenado, no parece muy razonable que el legislador español haya decidido directamente considerarlo como un fenómeno delictivo autónomo¹³. Resulta obvio que conflictos dogmáticos de este nivel no pueden quedar resueltos a golpe de ley general *ejemplificativa*, sobre todo porque una tipificación así excluye cualquier interpretación a favor del reo en aquellos supuestos límite. Más aún, la tipificación del auto-blanqueo exige la penalización inexorable, y de manera desproporcionada, de dos hechos que, a todas luces, se encuentran solapados.

Como se señaló por el voto particular a la STS de 5 de diciembre de 2012, *solo mediante una más que laboriosa o bienintencionada restricción del significado de algunos de los verbos típicos del artículo 301 podría soslayarse la consecuencia de que todo autor de un delito de defraudación tributaria fuera, a su vez, autor de un delito de blanqueo de capitales.*

⁹ GARCÍA MORENO, A. Recientes aportaciones del Tribunal Supremo... Op. Cit. P.1

¹⁰ OLMEDO CARDENETE, M. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. La receptación y el blanqueo de capitales, en *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial (Dir. Morillas Cueva)*. Madrid. 2016. P. 781

¹¹ De ahí que afirmáramos, más arriba, que la posibilidad de contemplar la naturaleza delictiva del auto-blanqueo en España, era una realidad antes incluso de su concreta tipificación en el año 2010.

¹² Para más detalle sobre el acto copenado vid. PALMA HERRERA, J. M.: Los actos copenados. Madrid, 2004

¹³ Afirma FARALDO CABANA que la punición expresa del auto-blanqueo viene a cumplir en nuestro Ordenamiento jurídico una función similar, en parte, a la del delito de enriquecimiento ilícito en otros: castigar por la tenencia y disfrute de los bienes procedentes de la comisión de actividades delictivas, aunque no se pueda castigar por el delito antecedente (FARALDO CABANA, P. en antes y después de la tipificación... Op. Cit. P. 70)

Por ello, y precisamente para evitar una sanción que parece excesiva, un sector del Tribunal Supremo inició una interpretación restrictiva del autoblanqueo, sobre la base de que *la doble punición por el delito previo (generalmente tráfico de drogas) y el blanqueo solo es procedente cuando el patrimonio ilícito blanqueado no procede de la operación de tráfico de drogas por la que ha sido condenado el sujeto, sino que se ha generado a través de una conducta de tráfico de drogas permanente en el tiempo, estando por tanto desconectado de una operación concreta*¹⁴. Dicho con otras palabras, la condena por los dos delitos, cuando aparecen de manera concreta y concatenada, supone una vulneración del principio *ne bis in ídem*.

La doctrina jurisprudencial, en los supuestos de auto-blanqueo, se ha mostrado poco uniforme en el criterio aplicado en el curso de los años. Se pueden distinguir, desde una perspectiva global, dos etapas diferentes. Una primera, que comprendería hasta el año 2006, en la que predominó el criterio de la absolución¹⁵; y una segunda desde el año 2006 en adelante, en que la regla se invirtió y ya resultó mayoritaria la opción inculpativa¹⁶. Segunda etapa que se endurece, como es lógico, a partir de la punición explícita del auto-blanqueo con la reforma del año 2010.

Con todo, las soluciones jurisprudenciales (y sus criterios vacilantes) solo evidencian la crisis que actualmente vive el código penal español. La inseguridad jurídica que se deriva de la labor judicial de interpretación no ofrece mucha discusión. A mayor necesidad de función interpretadora de la norma mayor probabilidad de inseguridad jurídica. No por otra razón el principio de legalidad triunfó con las revoluciones sociales. El uso político y mediático de la norma penal alcanza hasta que esta se ve aplicada por los tribunales. Solo ahí, donde la norma es norma, y no política, se observa y detecta la pobreza conceptual de la que parte y a la que debe su promulgación.

¹⁴ FARALDO CABANA, P. en antes y después de la tipificación... Op. Cit. P. 71; SSTS 858/2013 de 19 de noviembre y 279/2013 de 6 de marzo.

¹⁵ Se valoraba como actos copenados que tenían que quedar absorbidos (principio de consunción) en el delito previo de tráfico de drogas. En otras ocasiones se alegaba directamente la vulneración del principio *ne bis in ídem*, y en algún caso se atendió también al criterio de interpretación gramatical restrictiva del artículo 301 del código penal en favor del reo (criterio que llegó hasta el año 2006)

¹⁶ Como tiene señalado el Tribunal Supremo (STS 331/2017, de 10 de mayo) "los argumentos no siempre fueron claros ni explícitos. Se habla de la tutela de un bien jurídico autónomo al tratarse de un delito contra el orden socioeconómico, aunque sin mucha concreción, y contra la Administración de Justicia, y también se acude a la normativa comunitaria para penar cualquier aprovechamiento del hecho delictivo por parte de los traficantes de drogas. Asimismo, se hace referencia en otras ocasiones a la pretensión del legislador de reforzar la punición de todo el ciclo económico de los delitos graves, especialmente de aquellos que se cometen por organizaciones".

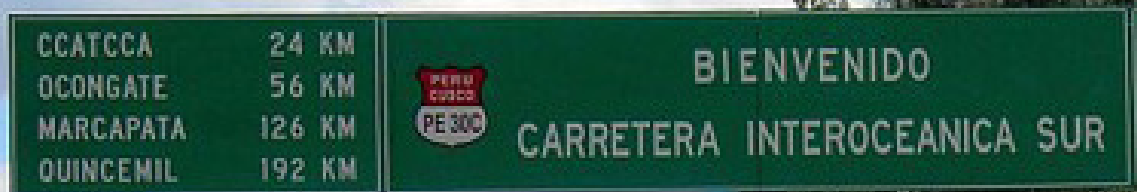


Foto:
América Noticias
La Carretera Interoceánica fue construida a través de una asociación público-privada (APP).

ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS Y RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

Por Marité Bustamante¹

Las Alianzas Público Privadas (APP) son un instrumento de política pública cada vez más utilizado por los gobiernos de América Latina para reducir la brecha de infraestructura y así contribuir al desarrollo económico y social de sus países. Ellas son parte de un proceso mayor de reformas estructurales que tuvieron como objetivo la promoción de la inversión privada en tareas que tradicionalmente habían sido asumidas por el Estado, pero que pasarían a manos del sector privado por considerarse que este es más eficiente.

Recientes sucesos, como el caso Lava Jato o la concesión del Aeropuerto de Chincheros, muestran que tal eficiencia puede teñirse de corrupción, si no se desarrolla la institucionalidad que permita controlar la injerencia del sector privado y las estrategias que este diseña e implementa para sobrepasar la capacidad del Estado, e imponer su propia agenda.

Este artículo pretende contextualizar el uso de las APP en el Perú en un proceso mayor de privatización de las funciones del Estado. En segundo lugar, buscar describir el concepto de APP y las razones por las que, en la teoría y en la práctica, se prefiere dicha modalidad sobre la obra pública tradicional. Finalmente, se realiza un breve recorrido por la normativa en la materia en el Perú y los riesgos de corrupción en la legislación vigente.

¹ Miembro del equipo de la línea de lucha contra la corrupción del IDEHPUCP.

Antecedente, alerta y prejuicio

Implementación de las reformas estructurales en los noventa (antecedente)

Tanto defensores como detractores del uso de las APP coinciden en señalar que estas continúan las reformas estructurales implementadas en el mundo desde fines de 1970 y, en Perú, durante el régimen autoritario de Alberto Fujimori en la década de 1990, como un nuevo instrumento de fomento de la inversión privada. Se enmarcan en un proceso de transformación del rol del Estado, convirtiéndolo en garante y promotor de la competencia (Laval y Dardot 2015), abandonando sus principales funciones sociales y la gestión de recursos naturales y servicios públicos estratégicos, y generando una institucionalidad dirigida a consolidar la privatización de las funciones del Estado y la liberalización de los mercados.

En el caso peruano, esta transformación tiene su clímax con la aprobación del capítulo económico de la Constitución de 1993, que consagra los conceptos de economía social de mercado y rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial.

Privatizaciones y corrupción (alerta)

Hacia fines de los ochenta, el rol empresarial del Estado peruano era preponderante en la economía: “las compañías públicas controlaban entre el 15% y 20% del PIB, 28% de las exportaciones y 26% de las importaciones” (Ruiz 2007, 132). Sin embargo, a inicios de los noventa, su situación era crítica, generando un importante déficit fiscal y contribuyendo a la inflación. Se suma la insatisfacción de la ciudadanía en relación a la calidad de los servicios brindados por las empresas públicas y las graves denuncias de corrupción.

En ese contexto, el Estado peruano inició un proceso de privatización que entre 1990 y 2000 implicó “228 operaciones de venta, concesión o liquidación de empresas públicas” (Comisión investigadora de delitos económicos y financieros 1990-2000 2002, 24), que se caracterizó por su “profundidad, acelerado ritmo de ejecución y por las irregularidades en el destino de los recursos” (Ruiz 2007, 130). Entre las irregularidades referidas destacan: la subvaluación de activos de las empresas públicas, el uso de normas para evadir impuestos, el uso de información privilegiada, la modificación irregular de los contratos, entre otros (Comisión investigadora de delitos económicos y financieros 1990-2000 2002). Finalmente, el historiador Alfonso Quiroz encontró que el proceso de privatización de los noventa desfalcó al Estado unos seis mil millones de dólares (Quiroz 2013).

Recordamos esta experiencia, pues hoy que vivimos un nuevo impulso a la inversión privada a través de las APP es necesario advertir que estos procesos no están libres de corrupción, afectando la eficiencia y productividad esperadas.

Lo privado siempre es mejor (prejuicio)

Las reformas estructurales referidas no expresan solo una política económica, sino que son consecuencia de una nueva normatividad práctica que da sentido, organiza y gobierna la sociedad capitalista contemporánea, denominada neoliberalismo (Laval y Dardot 2015). Un aspecto central de dicha normatividad es el nuevo rol asignado al Estado, que se fundamenta en un prejuicio contra lo público. Así, los procesos de privatización se han justificado, técnicamente, en la mayor capacidad del mercado para procesar la información sobre la necesidad de los consumidores y, éticamente, en la idea que solo el mercado permite al individuo elegir libremente (Escalante 2016, 194).

Este prejuicio contra lo público se expresa, también, en la exaltación de la inversión privada como instrumento para generar crecimiento económico, cuando la estadística en la materia (1950-2016) demuestran que “los mayores aportes al crecimiento han ocurrido por el lado del aumento del consumo privado y las exportaciones” (Alarco 2017, 282). Esta exaltación, además, justifica políticas de “promoción de la inversión privada” que se proponen atacar variables que, supuestamente, afectan

negativamente dicha inversión, tales como los costos laborales, la tramitología y la burocracia. Sin embargo, un estudio del Fondo Monetario Internacional (FMI) destaca que, más importante que las variables referidas, son los precios de las exportaciones los que afectan positivamente la inversión privada (Alarco 2017).

Identificar este prejuicio y desterrarlo de la formulación de políticas públicas es vital, pues se ha erigido como la justificación perfecta para generar regímenes especiales de privilegios, excepciones y ausencia de control a favor de la inversión privada.

El concepto de APP y su razón de ser como instrumento de política pública

Las APP pueden ser definidas como una modalidad de financiamiento y ejecución de la inversión utilizada, principalmente, en la provisión de servicios públicos o sociales e infraestructura de transporte, aunque también la encontramos en sectores como el mejoramiento urbano, los mercados de abastos, cárceles, sistemas de seguridad, entre otros (Alarco 2015).

Sus principales características han sido sistematizadas por Benavente y Segura de la siguiente manera:

- La relación contractual entre el concedente y el concesionario es de largo plazo (usualmente entre diez y cuarenta años, aunque podrían llegar a sesenta años, según la legislación peruana).
- La propiedad de los activos la retiene el Estado (algunos bienes muebles pueden permanecer temporalmente en propiedad del concesionario) y al finalizar el periodo contractual los activos revierten al Estado.
- Las actividades a cargo del concesionario incluyen diseño, construcción (y/o rehabilitación y/o mantenimiento), operación (y prestación de los servicios), mantenimiento y financiamiento.
- Los riesgos derivados del proyecto se comparten entre las partes (el Estado transfiere ciertos riesgos total o parcialmente al privado).
- La iniciativa del proyecto de APP puede surgir indistintamente del Estado o de algún privado interesado (proponente)
- El concesionario recupera su inversión y otros costos mediante el cobro de tarifas a usuarios y/o mediante pagos del Estado.
- Las obligaciones del concesionario en la prestación del servicio se especifican a través de indicadores de desempeño o estándares de calidad del servicio (Benavente y Segura 2017)

También es importante distinguir tipos de APP, entre los que destacan:

Por la preexistencia de activos: browfield (los activos preexisten) o greenfield (los activos se construirán).

- Por el origen de la propuesta: de iniciativa estatal o iniciativa privada.
- Por el origen de la retribución al concesionario: autofinanciadas (la retribución proviene de tarifas u otros cargos a los usuarios y no se han otorgado garantías financieras o no financieras por parte del Estado) y cofinanciadas (la retribución proviene de pagos por parte del Estado, de manera exclusiva o junto a las tarifas, o se han otorgado garantías financieras o no financieras por parte del Estado).
- Como hemos dicho, las APP son una modalidad, entre las posibles, para la ejecución de un proyecto de inversión. Definir si dicho proyecto debe realizarse mediante una APP o una obra pública tradicional exige la aplicación de una metodología de comparación que ponga por delante el

interés público y evalúe cuál es la modalidad que genera más beneficios para la sociedad en su conjunto.

Diferencias entre las modalidades de obra pública y APP²

		Estado	Sector Privado
Obra Pública	Propiedad de los activos	X	
	Responsabilidad en el diseño y financiamiento	X	
	Responsabilidad en la construcción		X
	Responsabilidad en la operación y mantenimiento	X	
	Participación en los riesgos	+	-
APP	Propiedad de los activos	X	
	Responsabilidad en el diseño y financiamiento		X
	Responsabilidad en la construcción		X
	Responsabilidad en la operación y mantenimiento		X
	Participación en los riesgos	-	+

Fuente: Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana. Elaboración propia.

- El principio de valor por dinero

Una vez establecida la pertinencia y prioridad de un proyecto de inversión, debe tomarse la decisión sobre la modalidad de ejecución. Dicha decisión se rige por el principio denominado “valor por dinero” y consiste en “utilizar la modalidad de contratación que genere los mejores estándares de calidad del servicio para los usuarios, al menor costo posible, a lo largo de la vida del proyecto” (Benavente y Segura 2017, 27). En relación a los costos, es importante destacar que los costos financieros del Estado suelen ser más bajos que los del sector privado, por lo que optar por la modalidad de APP implica demostrar que “las ganancias por eficiencia son suficientemente grandes para compensar los costos financieros privados” (Guerra-García 2018).

Otro factor a tomar en cuenta en la decisión referida es que la modalidad de APP se rige por el principio de distribución de riesgos entre el Estado y el privado, el mismo que exige asignar cada riesgo a quien esté en mejores condiciones para manejarlo. En el caso de las obras de infraestructura, las mejores prácticas internacionales recomiendan asignar los riesgos de las fases de construcción³ y operación⁴ al privado, y los riesgos del entorno⁵, al Estado (Guerra-García 2018).

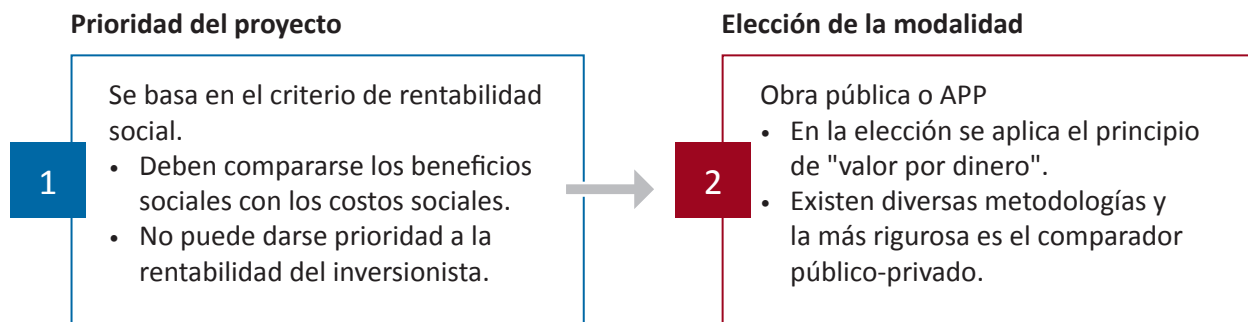
² Las “X” son utilizadas para indicar quién asume (el Estado o el sector privado) la propiedad de los activos y la responsabilidad del diseño, financiamiento, operación y mantenimiento de la infraestructura o servicio público. Los símbolos “+” y “-” se utilizan para indicar quién asume mayores riesgos.

³ Los riesgos de la fase de construcción se pueden dividir en riesgos técnicos y riesgos económicos financieros. Entre los primeros destacan los asociados a la elección de la tecnología y al cumplimiento de plazos, es decir, están vinculados a los riesgos de sobre costos y retraso. En cuanto a los riesgos económicos financieros, destacan entre estos los riesgos de indexación o inflación, los riesgos de cambio en tasas de interés y el riesgo cambiario (Guerra-García 2018).

⁴ “Los principales riesgos de la fase de operación son los riesgos de ingreso, los de aumento en los costos de operación y los riesgos financieros” (Guerra-García 2018).

⁵ Entre los riesgos relacionados con el entorno se pueden hallar los hechos de fuerza mayor o derivados de hechos políticos; los riesgos macroeconómicos; y los riesgos de incumplimiento de la normativa vigente (Guerra-García 2018).

Etapas del proceso de decisión de ejecución de un proyecto de inversión



Fuente: Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana. Elaboración propia.

• Límites al endeudamiento público

Los criterios descritos son los que, en teoría, deberían utilizarse para definir la mejor modalidad de financiamiento y ejecución de un proyecto de inversión. Sin embargo, la exaltación de la inversión privada como instrumento de crecimiento económico, tiende a generar mecanismos normativos que promueven la mayor participación de las APP en la ejecución de proyectos de inversión. Uno de los principales mecanismos es la imposición de límites al endeudamiento público, pues “el monto de las deudas y de las transferencias de recursos públicos resultantes de las APP no se contabilizan como parte de la deuda pública” (Távora 2017, 84). La posibilidad de evadir esta restricción fiscal incentiva a que los tomadores de decisiones opten por la modalidad de APP, aun cuando no han realizado la comparación de beneficios frente a la obra pública.

Actual legislación y riesgos de corrupción

Aunque las primeras APP en el Perú fueron adjudicadas en 1999⁶, no fue hasta el 2008, con la aprobación del Decreto Legislativo N° 1012, que el Estado peruano contó con una ley marco que sistematizara los aspectos normativos e institucionales de la promoción de la inversión privada bajo la modalidad de APP. En tal sentido, los aportes más importantes fueron: la definición de las APP y de los sectores donde dicha modalidad es aplicable; la incorporación de los principios de valor por dinero, adecuada asignación de riesgos y responsabilidad presupuestal; la identificación del ciclo de ejecución de un proyecto de APP; la determinación de las competencias de los diversos actores públicos involucrados; el sometimiento de los criterios de selección a la obtención de estándares de servicio; y los criterios para determinar la capacidad de pago del Estado y la calificación de los riesgos fiscales (Benavente y Segura 2017).

Sin embargo, estos aportes solo se quedaron en el papel, pues mediante el uso irregular de decretos de urgencia⁷ “la implementación del nuevo marco normativo fue mediatizada por su inaplicación a los grandes proyectos de inversión a cargo de ProInversión, durante los años 2009 y 2010” (Távora 2010, 84), exonerando del cumplimiento de requisitos y condiciones a 32 proyectos de inversión. Esta inaplicación significó un trato privilegiado que puso en riesgo el interés público con medidas tales como “el poder de otorgar la viabilidad de los proyectos contando solo con estudios de prefactibilidad, asignar a ProInversión (y no al MEF) la responsabilidad de priorizar y decidir la asignación del cofinanciamiento y de las garantías financieras y no financieras, así como reducir exigencias legales para la aprobación de la modalidad de promoción de la inversión privada, la aprobación del Plan de Promoción e, incluso, para la designación de los miembros de los Comités Especiales” (Benavente y Segura 2017, 32). Aunque se intentó prorrogar este régimen de excepción por tercer año consecutivo,

⁶ Nos referimos al Terminal Portuario de Matarani y los ferrocarriles del Sur, Sur Oriente y del Centro.

⁷ Decreto de Urgencia N° 047-2008 y Decreto de Urgencia N° 121-2009.

un proceso de inconstitucionalidad⁸ lo impidió al considerar que no se cumplían los requisitos constitucionales para el uso de un tercer decreto de urgencia⁹.

Entre los años 2014 y 2016 se aprobó un conjunto de normas orientadas a reformar el marco institucional y normativo de las APP a fin de adecuarlas a los Principios de Gobernanza Pública en Asociaciones Público-Privadas de la OCDE. Entre las principales, destaca el Decreto Legislativo N° 1224, como nueva norma marco, y su reglamento. A decir de sus principales impulsores, este nuevo marco institucional y normativo buscaba superar los siguientes problemas: dispersión normativa y debilidades institucionales, procesos dispares y propensos a comportamientos oportunistas, limitada planificación y falta de visión estratégica del Estado en APP, iniciativas privadas que rebasaban la capacidad del Estado, promoción de proyectos insuficientemente desarrollados al mercado, alta incidencia de adendas y falta de transparencia, y limitada concurrencia de concesionarios de talla mundial (Benavente y Segura 2017).

Este nuevo marco, sin embargo, duró poco. En noviembre de 2016, el gobierno entrante aprobó el Decreto Legislativo N° 1251 que reformaba, una vez más, el marco institucional y normativo de las APP en el Perú, el mismo que permanece vigente.

- Riesgo de corrupción en el marco institucional y normativo vigente

Antes de describir algunos de los principales riesgos de corrupción identificados por expertos en la materia, cabe precisar que utilizamos este concepto no refiriéndolo exclusivamente a las connotaciones jurídico-penales imputables a un sujeto con poder público. Por el contrario, acogemos el concepto de corrupción estructural (Sandoval 2016)¹⁰, a fin de reconocer que la aprobación de marcos normativos e institucionales basados en un prejuicio en contra de lo público favorecen operaciones de captura del Estado y defraudación del interés público a favor de las oligarquías económicas.

El primer riesgo identificado por diversos expertos (Alarco, Guerra-García, Távara) es la ausencia de la participación de Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) (Alarco) y la formulación de un Plan Nacional de Infraestructura (Távara) que sirva de base para definir la prioridad en la ejecución de los proyectos de inversión y, en particular, evaluar la pertinencia de las iniciativas privadas. Este riesgo también fue identificado en el Informe de la Comisión Presidencial de Integridad aprobado mediante Resolución Suprema N° 258-2016-PCM y Resolución Suprema N° 264-2016-PCM, la cual recomienda lo siguiente: “Desarrollar y aprobar un Plan Nacional de Infraestructura como política de Estado, que transparente y haga predecibles las decisiones públicas y privadas en los próximos veinte años, enmarcado en el Acuerdo Nacional. Este plan deberá incluir las obras emblemáticas a ser desarrolladas en el corto, mediano y largo plazo”.

El segundo riesgo está referido al abandono de la práctica internacional del Comparador Público Privado (CPP)¹¹. Este se produjo después de que una fuerte presión de los sectores empresariales logró, primero, la inaplicación del CPP “a los proyectos más grandes de APP, en el ámbito del gobierno nacional, durante los años 2009, 2010 y 2011” (Távara 2017, 86); luego, la aplicación de una metodología distinta y poco clara denominada criterios de elegibilidad, por considerarse que no existía la

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 004-2011-PI/TC.

⁹ Decreto de Urgencia N° 001-2011.

¹⁰ Este concepto hace referencia a “una forma específica de dominación social sustentada en un diferencial de poder estructural en la que predominan el abuso, la impunidad y la apropiación indebida de los recursos necesarios para el bienestar social y el desarrollo de los derechos fundamentales” (Sandoval 2016).

¹¹ El Comparador Público-Privado (CPP) es una de las metodologías utilizadas para construir un indicador que nos permita medir el valor por dinero que genera determinada modalidad de contratación. Según la guía metodológica del Comparador Público-privado para esquemas de Participación Público-Privada en Uruguay del Ministerio de Economía y Finanzas, el CPP “establece el procedimiento para construir un indicador que permita definir la conveniencia de proveer la prestación de un servicio público a través de un Contrato de Participación Público-Privada (CPPP) en relación a un esquema de obra pública tradicional. Este indicador es el Valor por Dinero (VpD), que puede ser expresado como la comparación en valor presente de los costos de desarrollar el proyecto bajo contratación tradicional considerando un Proyecto Público de Referencia y los costos de un proyecto desarrollado bajo Participación Público-Privada” (Ministerio de Economía y Finanzas de Uruguay 2012, 9).

información cuantitativa suficiente para la aplicación del CPP (Benavente y Segura 2017). El uso de una mala metodología sesga la decisión sobre la modalidad más beneficiosa para el interés público y abre paso a posteriores modificaciones en los contratos de APP que los transforman en verdaderas obras públicas, donde el privado se apropia de los flujos del proyecto a costa de aportes del Estado. En la actualidad, además, preocupa que sea ProInversión, y no el MEF, quien proponga los criterios de elegibilidad, pues la literatura experta en gestión de APP recomienda que dicha tarea no recaiga en cabeza de quien, a su vez, tiene como principal función la promoción de la inversión por constituir un conflicto de intereses.

El tercer riesgo está referido al rol de los organismos reguladores y la Contraloría General de la República, pues la legislación vigente establece que los informes previos que estas instituciones emiten solo pueden estar referidos a las materias de su competencia y no son vinculantes. En el caso de los organismos reguladores, además, se prescinde de su opinión cuando se trata de proyectos autofinanciados por un monto máximo que se establecerá vía reglamento (Távora 2017). Siendo que los organismos reguladores tienen como principales funciones normar, regular y supervisar la prestación de servicios públicos, prescindir de su opinión puede conducir a obviar observaciones que, en la etapa de operación, pongan en riesgo los intereses de los usuarios, tales como calidad del servicio y tarifas. Por otro lado, restringir la opinión de la Contraloría solo a los aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado significa excluirlas, en la práctica, de ejercer control sobre las APP autofinanciadas. Esto es más grave cuando en nuestro país se registra una alta incidencia de adendas que modifican el equilibrio económico financiero de los proyectos de APP aprobados y exigen que el Estado desembolse más dinero del previsto originalmente, alterando la medición de valor por dinero que concluyó que la modalidad de APP era la más conveniente.

Finalmente, queremos hacer hincapié en un cuarto riesgo referido a la falta de transparencia, pues según la legislación vigente, la información referida a las propuestas económicas de los postores en una licitación de APP y su posterior evaluación tienen el carácter de confidencial¹² y, por tanto, quedan excluidas de ser publicadas en el Registro Nacional de contratos de APP. Esta disposición afecta sustancialmente la obligación de rendición de cuentas por parte del Estado y el derecho de acceso a la información pública de los ciudadanos sobre una materia sustancial para realizar una valoración sobre la pertinencia de optar por la modalidad de APP y la adjudicación a un determinado postor. Como en el caso anterior, este es aún más grave en un escenario de alta incidencia de adendas que exigen mayores aportes al financiamiento del proyecto por parte del Estado, pues alerta sobre postores que presentan ofertas bajas para ganar la licitación, pero con la expectativa de modificar tal oferta mediante adendas. El acceso público a la información referida podría ayudar a advertir de estas situaciones e identificar a las empresas que realizan prácticas fraudulentas.

Los riesgos reseñados no agotan la lista. También podemos encontrar riesgos vinculados a la falta de condiciones para promover la competencia en los procesos de licitación, en particular cuando se trata de iniciativas privadas; la no obligatoriedad de evaluaciones posteriores que permitan extraer lecciones y data cuantitativa a fin de contar con mejor información para aplicar el CPP; o la obligación de realizar estudios definitivos de ingeniería cuando se trata de obras con grandes movimientos de tierras, entre otros. Sin embargo, decidimos desarrollar los riesgos referidos por su relevancia a la hora de optar por la modalidad de APP y su posterior evaluación por parte de la ciudadanía.

12 Al respecto, la Primera Disposición Complementaria Final del TUO del Decreto Legislativo N° 1224, señala lo siguiente: “La información vinculada a las evaluaciones económico financieras que sirvan para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de los procesos de promoción de la inversión privada que forme parte del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas, se encuentra sujeto a la excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información, por calificar como información confidencial, de acuerdo a lo estipulado por el numeral 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM”.

Bibliografía

Alarco, G. (2015) ¿Negocio Público Privado? Ventajas y Desventajas de las asociaciones público-privadas (APP) en América Latina. Lima: LATINDADD. Disponible en: <http://www.latindadd.org/wp-content/uploads/2015/04/FOLLETO-NEGOCIO-PUBLICO-PRIVADO.pdf>

Alarco, G. (2017). Políticas de inversión y crecimiento económico: mitos y realidades. En: *Perú hoy: el arte del desgo-bierno*. Lima: desco.

Benavente, P & Segura, A. (2017). *Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana*. En Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: beneficios y riesgos. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú: Escuela de Gobierno y Políticas Públicas.

Comisión Investigadora de Delitos Económicos y Financieros cometidos entre 1990-2001 (2002). Informe final de investigación. Lima: Congreso de la República. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/CIDEF/oscuga/informecideffinal.pdf>

Escalante, Fernando. (2016). *Historia Mínima del Neoliberalismo. Orígenes intelectuales de una revolución cultural*. Lima: La siniestra ensayos.

Guerra-García, Gustavo (2018). Asociaciones Público Privadas: análisis de los riesgos. Exposición de Power Point realizada para el equipo de trabajo de la línea Anticorrupción del Idehpucp.

Laval, C., & Dardot, P. (2015). *La nueva razón del mundo: ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Barcelona: Gedisa.

Ministerio de Economía y Finanzas de Uruguay (2012). *Determinación del valor por dinero. Guía Metodológica del Comparador Público –Privado para esquemas de Participación Público-Privada en Uruguay*.

Quiroz, A. W. (2013). Historia de la corrupción en el Perú. Lima: IEP.

Ruiz, Ariela (2007). Las privatizaciones en el Perú: un proceso con luces y sombras. En *Nueva Sociedad* N° 207, enero-febrero 2007. Disponible en: <http://nuso.org/articulo/un-proceso-con-luces-y-sombras/>

Sandoval Ballesteros, I. E. (2016). Corrupción y desafíos organizacionales en un mundo de asociaciones público-privadas. *Gestión y Política Pública*, 25(2), 365-413.

Távora, José (2017). *Las Asociaciones Público Privadas en el contexto actual*. En Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: beneficios y riesgos. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú: Escuela de Gobierno y Políticas Públicas.



Foto: Andina
Exgobernador regional de Ayacucho, Wilfredo Oscurima Nuñez, enfrenta condena de 5 años por compra irregular de maquinaria.

ALCANCES DOGMÁTICOS DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Por Daniel Quispe Meza¹

El delito de negociación incompatible tiene alta incidencia en las investigaciones y acusaciones contra funcionarios públicos, a pesar de ello, ha sido poco estudiado por la doctrina. Este artículo pretende cubrir la ausencia de reflexión en torno al delito referido y, en específico, brindar elementos que contribuyan a evitar las confusiones conceptuales con otros delitos, tales como la colusión en su modalidad simple o el patrocinio ilegal.

El interés indebido como conducta típica

El artículo 399 del Código Penal que regula el delito de negociación incompatible sanciona al funcionario público que se interesa de manera indebida por algún contrato u operación. Siendo esta última la conducta típica. ¿Qué entendemos por “interesarse”? ¿Qué constituye un interés indebido?

Con relación al término “interesarse”, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció en la providencia C/128 del año 2003- a propósito de una demanda de inconstitucionalidad-. Ahí señala que el verbo “interesar” implica “dar parte a uno en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés”, así como “hacer tomar parte o empeño a uno en los negocios o intereses ajenos como si fueran

¹ Bachiller en derecho por la UCP. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción (DEPEC). Adjunto de docencia del curso Delitos contra la Administración Pública.

propios”. Seguidamente, el pronominal “se” significa “adquirir o mostrar interés por alguien o algo”, por lo que concluye que el tipo penal no sanciona los simples pensamientos, la personalidad o tendencias del servidor, sino el interés indebido que se manifiesta externamente a través de actuaciones concretas del servidor público (3.4.2). En consecuencia, este interés, según la Corte (4.1), no reprocha los pensamientos internos del servidor público, sino el interés que este muestra con sus actuaciones. También señala que, de acuerdo con la Constitución, la Ley y los reglamentos, corresponde asegurar, específicamente a la administración, el proceso contractual en el que el servidor público interviene. Por otro lado, con relación al término indebido, la demanda de inconstitucionalidad cuestionó que el “interés indebido” vulnera el principio de legalidad, ya que el juez dotaría de manera discrecional lo que se entiende por “indebido”.

En ese sentido, la Corte señala que el término “interés indebido” no vulnera el principio de legalidad, puesto que no se debe entender que lo “indebido” sea un concepto indeterminado que el juez penal deba llenar según sus propios parámetros o según su entendimiento. Esto porque como se señala en el punto 4.4, la norma debe considerarse en el contexto de los principios rectores del Código Penal y de los principios y normas que rigen la contratación administrativa. En este sentido, los principios constitucionales y las normas legales y reglamentarias que rigen la función pública, así como las normas de contratación, son el marco estricto que debe consultar el juzgador para examinar la conducta del servidor acusado del delito tipificado por las normas bajo examen².

Dicha conclusión resulta totalmente congruente con nuestra legislación, toda vez que el propio Tribunal Constitucional peruano en el expediente 00017-2001-PI/TC, sentencia emitida el 3 de mayo de 2012, ha señalado que existe un deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático y, de modo más específico, los principios constitucionales que rigen la contratación pública.³ En consecuencia, tal como ha sido expresado por la Corte Constitucional de Colombia, en nuestra legislación debemos ceñirnos a las normas respectivas de la contratación pública para poder determinar en cada caso concreto la existencia de un interés indebido.

El interés indebido y su posible fin patrimonial

Se cuestiona si el interés indebido debe revestir un fin patrimonial y, en consecuencia, un perjuicio patrimonial. Al respecto, Castillo Alva señala que “puede tratarse de un interés económico, un interés social, político o de cualquier otra orden, puesto que solo debe bastar con que sea incompatible e inconciliable con el correcto ejercicio de sus funciones.⁴

Lo señalado anteriormente se ve reforzado con lo estipulado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de la cual el Perú forma parte. En el inciso dos del artículo tres de dicho documento, se señala que “para la aplicación de la presente Convención, a menos que contengan una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”.

Así, el hecho de que no necesariamente el interés indebido deba tener un fin patrimonial se condice con el mismo tipo penal que sanciona el simple hecho de “interesarse” (económicamente, socialmente, políticamente, etc.); es decir, no se necesita de ningún acto posterior para que se concrete el tipo penal, como podría ser la exigencia de un potencial perjuicio patrimonial al Estado.

² La presente providencia fue emitida producto de una demanda de inconstitucionalidad en razón de los delitos de “interés indebido en la celebración de contratos” y de “interés ilícito en la celebración de contratos” de redacción muy similar al delito de negociación incompatible en el Perú.

³ Expediente 00017-2011-PI/TC, fundamento 26, el cual hace referencia al “principio de buena administración y, a su vez, al deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico, los principios constitucionales que rigen la contratación pública.”

⁴ Castillo, J. (2015). *El delito de negociación incompatible*. Lima: Instituto Pacífico, p. 52-53.

En ese sentido, consideramos que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto toda vez que estos son “delitos de mera actividad [que] se consuman con la realización de la conducta supuestamente peligrosa”⁵. A *contrario sensu*, no podríamos encontrarnos ante un delito de peligro concreto toda vez que estos se caracterizan por requerir “la comprobación por parte del Juez de la proximidad del peligro al bien jurídico y de la capacidad lesiva del riesgo”,⁶ elemento que no es exigido por el tipo penal de negociación incompatible.

Como vemos, este delito, a diferencia del delito de colusión en su modalidad agravada, solo necesita del interés del funcionario público para la consumación del tipo penal, por lo que se caracteriza por su unilateralidad y, en consecuencia, no es un delito de participación necesaria. Es decir, no se necesita de un pacto ilícito con otro funcionario o particular para la comisión del delito.

El funcionario público que actúa por razón de su cargo como delito de infracción del deber

Ahora bien, un requisito para la configuración del tipo penal es que el funcionario público realice la conducta por razón de su cargo.

Nos encontramos ante un delito de infracción de deber, donde lo relevante, en aras de determinar la autoría del funcionario público, es que se haya producido- valga la redundancia- una infracción del deber por parte del *intrañeus*,⁷ que por razón del cargo se le haya otorgado el deber de salvaguardar el correcto funcionamiento de la administración pública. Es decir, no es relevante que el funcionario público tenga el dominio del hecho o no (en los delitos de dominio), puesto que lo relevante será verificar si este ha cumplido o no con el deber jurídico que se le ha encomendado referido a proteger a la administración pública⁸.

Al respecto, es necesario acotar que esto no quiere decir que el funcionario deba tener poderes de decisión —general o específica— para la concreción del contrato o la operación, puesto que solo basta que el funcionario intervenga en razón del cargo, como por ejemplo, ejerciendo una función de asesoría, colaboración, entre otros.⁹ Es decir, no es requisito que “por razón del cargo” deba el funcionario depender de las competencias que le otorgue un Manual de Organización y Funciones o un Reglamento de Operaciones y Funciones.

Esto será desarrollado con mayor precisión en las siguientes líneas para un mejor esclarecimiento.

Las modalidades específicas en el delito de negociación incompatible

El tipo penal de negociación incompatible sanciona al funcionario que se interesa de manera indebida de forma directa, indirecta o por acto simulado por razón del cargo.

Como preámbulo, debemos señalar que cuando el tipo penal hace referencia al funcionario que se interesa por razón del cargo, no nos encontramos ante una norma de remisión que nos lleve a tener que revisar si existieron competencias específicas en el ROF o el MOF de algún sector público donde se desempeñe el funcionario público.

⁵ BERDUGO, I. (2010). *Curso de Derecho Penal Parte General*. Barcelona. Ediciones experiencia. P. 215.

⁶ Ob. Cit. P. 215.

⁷ Abanto, M. (2004). *Autoría y participación de los delitos de “infracción del deber”*. Lima: Revista Penal, p. 9.

⁸ Ob. Cit. P.9. Abanto, siguiendo los postulados de Claus Roxin.

⁹ Reátegui, J. (2016). *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Grupo editorial Lex & Iuris, p. 50, siguiendo a Castillo Alva.

Una postura contraria a la nuestra es la expuesta por Fidel Rojas quien señala que “no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo”¹⁰.

Una interpretación en ese sentido vulneraría el principio constitucional de buena administración pública y los principios que rigen la contratación estatal, lo que generaría un alto nivel de impunidad debido a que, en la práctica, muchos funcionarios materialmente tienen el deber de proteger la Administración Pública, pese a que formalmente no lo establece un MOF o ROF.

Ahora bien, el interesarse de manera directa debe llevarse a cabo en el marco de una actuación de interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo una injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de un tercero.¹¹

Por otro lado, el interesarse de manera indirecta se concreta cuando el agente se involucra en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos.¹² Como se puede observar, no es necesario que el funcionario público realice la conducta típica “por razón de su cargo” de manera directa, ya que el mismo tipo penal admite otra modalidad, en donde el funcionario se interesa de manera indirecta a través de un tercero que puede ser un funcionario o un particular, lo que descarta que se deba verificar las competencias normadas del funcionario en un MOF o ROF sectorial.

Finalmente, cuando se habla de un acto simulado, se “alude a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar defendiendo los intereses de la Administración Pública cuando en realidad son particulares y personales”.¹³ Abundan los ejemplos sobre dicha modalidad, en donde se afirma que el funcionario público crea empresas con la única finalidad de aparentar la existencia de un concurso transparente donde finalmente termina siendo beneficiado.

Conclusiones

1. El “interés” como conducta típica no sanciona los pensamientos internos del funcionario público, sino su exteriorización a través de actos concretos.
2. Lo “indebido” no debe entenderse como acto al que deberá darle contenido el juzgador de manera indeterminada, ya que este debe tener en cuenta el marco constitucional, legal y reglamentario de la contratación pública.
3. El interés indebido puede manifestarse de diversas maneras, no circunscribiéndose necesariamente a un aprovechamiento patrimonial. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala que no será necesario que exista un perjuicio patrimonial que afecte al Estado.
4. El delito de negociación incompatible es un delito de peligro abstracto, puesto que se sanciona el simple hecho de interesarse, sin necesidad de acreditar alguna forma de perjuicio a la Administración Pública.
5. Nos encontramos ante un delito de infracción del deber donde se exige que el funcionario público actúe por razón de su cargo.

¹⁰ Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, p. 820.

¹¹ Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. (Ponente: Castañeda Otsu).

¹² Ejecutoria Suprema del R.N. N° 2641-2011 del 10 de agosto de 2012 de la Sala Penal Transitoria (Ponente: Barrios Alvarado)

¹³ Expediente N° 66-2011. En el mismo sentido, Expediente N° 23-2012, en: Guimaray Mori, E., Compendio jurisprudencial sistematizado, op. cit., pp. 113-114. Cita extraída de: Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano* (Doctoral dissertation, Universidad de Salamanca), p. 313.

NOSOTROS

Rafael Chanjan

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga (España). Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada (España). Es investigador sénior del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP y Docente del Departamento Académico de Derecho de la misma casa de estudios.



Marité Bustamante

Culminó estudios en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y también cursó estudios en la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido asistente del curso de Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional en la PUCP.



Leslie Rosas

Egresada de Periodismo en la Pontificia Universidad Católica del Perú con interés en temas de género y Derechos Humanos. Ganadora de la Beca R.P. Jorge Dintilhac SS.CC en el 2013, Beca de Excelencia Académica 2016 en la PUCP, el Premio Lorena Chauca por méritos académicos sobresalientes en el 2016 y Premio a Mejor Reportaje de la Revista Impresión en los Premios Comunica en el 2017.



Flavio Puchuri

Estudiante en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es Asistente de Docencia del curso Teoría del Delito en la misma casa de estudios. Ha sido practicante en estudios jurídicos en el sector privado. Ha sido Editor General de la Revista IUS ET VERITAS. Es miembro ordinario de la Asociación IUS ET VERITAS.

NOTICIAS

¡Ya iniciaron las clases de la Clínica de Derecho en Lucha contra la Corrupción!

Los 16 alumnos de las especialidades de derecho y periodismo en la PUCP que lograron pasar la etapa de postulaciones de la Clínica ya se encuentran en su cuarta sesión. Pronto se conocerán parte del trabajo que están realizando y los conocimientos que están adquiriendo. ¡Estén atentos!



Idehpucp lanza Proyecto Anticorrupción, una serie de microprogramas contra la corrupción

El 25 de abril se publicó el primer microprograma de Proyecto Anticorrupción. Todos los meses, a través de Facebook Live, el Idehpucp pondrá a disposición del público en general microprogramas, en los que, a través de casos emblemáticos, se abordarán diversos delitos y figuras jurídicas relacionadas a la corrupción y el lavado de activos.



Contacto: fpuchuri@pucp.pe