

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Marzo de 2014

Boletín N° 35



PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Empresario vs Funcionario Público:
Un conflicto aparente

COMENTARIO

Comentarios al anteproyecto de Ley
que modifica el art. 400 del Código
Penal vigente

COMENTARIO

Breve análisis del caso “Trabajadores
fantasma en el Municipio del Callao”

INTERNACIONAL

Porque no sólo pasa en el Perú.

Empresario vs Funcionario Público: un conflicto aparente

Varios medios de comunicación han puesto la mira en una serie de hechos que involucran a importantes figuras de la política nacional relacionadas con actividades empresariales incompatibles con los deberes que la función pública impone. Desde personajes que presuntamente contratan con el Estado siendo funcionarios públicos, hasta otros que participan en actividades extractivas de minería, pasando por quienes gestionan intereses del sector privado desde dentro y con el poder que la función pública otorga.

Cada uno de los hechos denunciados por la prensa, algunos de los cuales son materia de investigación por la Comisión de Ética del Parlamento, calzarían, de probarse los hechos imputados, perfectamente en la categoría criminal conocida como “delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos”. Se trata de supuestos en los cuales el poder político es instrumentalizado a favor de intereses personales, atentando así contra el fin prestacional, objetivo y legal de la Administración Pública. La corrupción política se define como el ilícito realizado por un representante del pueblo elegido en sufragio universal y los hechos denunciados parecen corresponderse perfectamente con esta definición. El ordenamiento jurídico es contundente en la prohibición de este tipo de conductas, no solo en sede penal sino, por ejemplo, se involucran también leyes administrativas (Ley General de Contrataciones y Adquisiciones del Estado o Ley General de Minería), reglamentos y Códigos de Ética.

Lamentablemente, no obstante el ejercicio de la función pública es un contexto absolutamente reglado, con derechos, deberes, atribuciones y prohibiciones claras, no es novedad la trasgresión y contravención consciente de algunas de nuestras figuras políticas más representativas. Lo cual solamente nos deja como conclusión el poco o nulo control sobre algunas autoridades y sus actividades que riñen con la legalidad, la complicidad del entorno y, por consiguiente, la impunidad. Así las cosas, los casos denunciados son una excelente oportunidad para que las autoridades correspondientes analicen con rigurosidad la ilicitud de los comportamientos poco éticos puestos a la luz y, de acuerdo al debido proceso, sancionar a los responsables. Reforzando el mensaje de que no es posible que “lo que fue pensado para todos sea aprovechado por unos pocos”.

De otro lado, en aras de la objetividad y la crítica justa, también debemos reconocer que cualquier persona con una trayectoria empresarial pujante, honesta y próspera puede llegar a ocupar cualquier cargo público, y ello debe ser motivo de reconocimiento y orgullo. Ningún ejercicio público puede despojar al funcionario electo del trabajo y el esfuerzo invertido en su actividad privada. Sin embargo, como cualquier actividad en sociedad, la función pública no solo otorga beneficios para quien la ejerce, sino que además, impone deberes, obligaciones y prohibiciones estrictas, sin excepción y sin espacio de negociación. Como, por ejemplo, la prohibición estricta de realizar determinado tipo de actividad comercial cuando se es funcionario público, lo cual responde al objetivo de salvaguardar la objetividad y probidad de quien administra los recursos del Estado y representa los intereses de la Nación.

Por tanto, aplicando el razonamiento sobre los hechos que hoy llaman nuestra atención y preocupación, la prosperidad económica o empresarial de nuestros funcionarios no puede tener como fundamento el abuso del poder público, en ninguna de sus manifestaciones y sin ninguna excepción. Solo así aseguramos un ejercicio compatible, objetivo y legal de la función pública. Y también así reconocemos que la actividad empresarial y la funcionarial no tienen por qué ser excluyentes si tenemos en claro los espacios de actuación, las prohibiciones estrictas y la naturaleza jurídica del ejercicio de la función pública.

Comentarios al anteproyecto de Ley que modifica el art. 400 del Código Penal vigente



**POR ERICK GUIMARAY
COORDINADOR DEL ÁREA
PENAL DEL IDEHPUCP**

I. Descripción de la propuesta

1. En el marco de una iniciativa legislativa, loable e interesante, la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción [= CAN] propone la modificación del delito de tráfico de influencias, regulado en el art. 400 del Código penal [= CP], en los siguientes términos:

En primer lugar, a la redacción vigente se suma el verbo rector “solicitar” como una de las modalidades por las que el traficante de influencias accede al beneficio ilícito producto de las influencias que invoca. Así mismo, se deja expresamente en claro que el traficante podrá solicitar, recibir o hacer prometer algún tipo de beneficio “de forma directa o indirecta”, por las influencias que ofrece utilizar de forma ilícita.

En segundo lugar, la iniciativa legislativa de la CAN amplía el rango de acción del traficante respecto de las influencias que ofrece utilizar. Es decir, mientras que la redacción actual solo abarcaría a los funcionarios que hayan sido competentes, lo estén siendo o lo vayan a ser sobre un caso administrativo o judicial, se propone que el uso de las influencias busque que determinado funcionario “haga, retarde u omita un acto o resolución relativo a sus funciones”. Con lo cual, lejos de limitarse a funcionarios competentes sobre determinado asunto litigioso, con la propuesta se abarcaría cualquier supuesto en el que la Administración despliegue sus funciones a través de sus agentes.

En tercer lugar, el anteproyecto de ley que se comenta propone la creación de un supuesto de hecho típico adicional denominado “tráfico de

influencias activo”, para referirse a la imputación de responsabilidad penal que recae sobre el tercero que compra las influencias. Es decir, sobre el interesado en la indebida gestión funcional consistente en “hacer, retardar u omitir” un acto o resolución.

2. La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción basa su propuesta, además de los pertinentes argumentos dogmáticos, en la explícita obligación internacional de lucha anticorrupción asumida por el Perú en virtud de diversos instrumentos internacionales, como por ejemplo, La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.
3. Una iniciativa legislativa que tenga como presupuesto obligaciones internacionales específicas permite advertir, desde el primer momento, su importancia y pertinencia, lo cual se confirma con los argumentos dogmáticos en los que se basa.

II. Análisis crítico

Sin perjuicio de lo indicado, desde nuestro punto de vista, el anteproyecto de ley presentado por la CAN podría admitir algunas críticas de orden teórico, las mismas que a continuación se presentan reconociendo la labor realizada por el grupo de trabajo, y solo con ánimo de aportar algunas líneas al interesante debate en materia anticorrupción que propuestas legislativas de esta naturaleza acertadamente sacan a la luz.

II.1 Sobre la modificación de la conducta típica del art. 400 CP

1. La iniciativa legislativa que se comenta propone agregar el verbo solicitar como una forma más mediante la cual el traficante de influencias accede al beneficio económico como contraprestación de su ilegal ofrecimiento.

Sin embargo, sin desconocer el ánimo explicativo de la propuesta, podríamos prescindir de dicha modificación. En efecto, la redacción actual del art. 400 prevé el “(...) hacer dar o prometer”, lo cual implica que el legislador consideró el supuesto en el que el traficante de influencias solicita algún tipo de beneficio, para luego hacer dar

o prometer que lo hará al sujeto que necesita la intercesión ante determinada parcela de la Administración. Dicho de otro modo, semánticamente el “hacer dar o prometer” ya presupone que hubo una solicitud previa.

2. Por otro lado, también se propone reemplazar el objeto sobre el cual las influencias deberían dirigirse. Es decir, en vez de tratarse de funcionarios que hayan sido competentes, lo estén siendo o lo vayan a ser, el ofrecimiento de las influencias tendrá como finalidad “hacer, retardar u omitir” un acto o resolución a cargo de cualquier funcionario de la Administración. La justificación de la propuesta tiene que ver con el hecho de que la redacción anterior se torna demasiado limitada respecto del amplio espectro en el que las influencias pueden incidir.

Este razonamiento tiene sentido, como bien apunta la CAN, siempre que se considere que los únicos funcionarios competentes son las personas con poder decisorio sobre un concreto asunto entre la Administración y el administrado. Desde este punto de vista, resulta lógico reivindicar que el tráfico de influencias debe ser sancionado incluso cuando se interceda sobre quien no tenga capacidad resolutoria, sino solo declarativa. Como por ejemplo, el funcionario encargado de notificar una resolución o de levantar un acta.

La opción planteada expresa de forma didáctica la finalidad político-criminal respecto de evitar el ofrecimiento de interceder sobre cualquier funcionario público. Sin embargo, no deja de ser cierto que de la redacción actual del art. 400 CP bien puede extraerse dicha conclusión, máxime si en el razonamiento penal las categorías administrativas no tienen por qué coincidir necesariamente, en su definición estricta, cuando se analizan dentro de un contexto delictivo. Así sucede por ejemplo con el concepto de funcionario público a efectos penales. Por ende, siempre serán competentes sobre determinado asunto judicial o administrativo, no solo los encargados de resolver el caso, sino cualquier funcionario que idóneamente pueda tergiversar la actividad administrativa o judicial, en el caso concreto.

Incluso, bien puede interpretarse que cuando el legislador penal hace referencia a un “caso judi-

cial o administrativo”, se refiere de forma genérica a la amplitud de relaciones, regaladas y sujetas a Ley, que pueden existir entre los administrados y la Administración. Solo así, por ejemplo, se entiende que en doctrina y jurisprudencia se acepte el “tráfico de influencias en cadena”, donde para lograr la ilícita intercesión sobre el funcionario competente, primero se influye sobre el “resto” de sujetos involucrados en el caso “no competentes” en estricto (supuesto de hecho en el que se sitúa el anteproyecto de ley).

II.2 Sobre la incorporación del art. 400-A

1. La CAN propone la incorporación de lo que en doctrina se conoce como el “cohecho activo”, supuesto de hecho donde se sanciona al tercero interesado en el uso de las influencias sobre determinado funcionario. La propuesta legislativa basa su iniciativa en lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
2. El estado actual de la cuestión, como minuciosamente rescata el anteproyecto que se comenta, no es pacífico en doctrina, pues existen razonamientos que van desde postular la impunidad de la conducta del tercero interesado en el tráfico de influencias, hasta tesis como la propuesta que responsabiliza a título de autor al tercero interesado, pasando por las posturas que recurren a la parte general del CP, en específico a las reglas de participación criminal.
3. Sin dejar de reconocer el ánimo de zanjar la discusión doctrinal sobre el tema, es cierto que la responsabilidad penal del tercero interesado en el tráfico de influencias también puede desprenderse de la propia redacción del tipo penal y de su estructura actual. Es decir, el tráfico de cualquier objeto necesita de, por lo menos, dos personas. Esta presunción lógica traducida en términos penales significa que el bien jurídico que se protege en el art. 400 CP puede ser lesionado tanto por quien



invoca las influencias, como por quien paga por ello. Desde este punto de vista, ambos protagonistas (traficante y tercero interesado) crean un comportamiento típico contra el concreto objeto de protección del tráfico de influencias y en tanto ello ambos deberían ser sancionados a título de autor.

4. Por otro lado, respecto del rango de pena a imponer, de acuerdo al anteproyecto de ley, este viene determinado por el marco de pena establecido para el delito de “cohecho genérico”, “atendiendo a la similitud con dicha figura delictiva e incluso que se entiende que el “Tráfico de Influencias activo” supone la punición de un acto preparatorio de un cohecho”.

Desde nuestro punto de vista, el argumento que se presenta para legitimar el marco de pena a imponer admite alguna valoración crítica:

- En aplicación estricta del principio de proporcionalidad y en el entendido que el tráfico de influencias activo resulta ser la punición de un acto preparatorio del delito de cohecho, no se explica por qué ambas figuras (una consumativa y otra preparatoria) deban de tener la misma pena abstracta, pues se entiende que un acto preparatorio por se conlleva menor desvalor penal que el propio delito consumado.
- Podría considerarse contradictorio el hecho de calificar a una conducta como preparatoria de un delito distinto, cuando al mismo tiempo se propone su tipificación autónoma. Es decir, si la conducta del interesado ha de ser sancionada como un delito independiente (tráfico de influencias activo) que se deriva del desvalor penal del tráfico de influencias, cómo podríamos calificarlo al mismo tiempo como un acto preparatorio del delito de cohecho genérico.

Salvo que se acepte que, en sí mismo, el delito de tráfico de influencias es un acto preparatorio expresamente tipificado del delito de cohecho genérico, con lo cual, por un asunto de sistematicidad, tendría que estar regulado en el propio art. 397 CP.

II.3 “directa o indirectamente”

1. La propuesta legislativa que se comenta incide específicamente en advertir que “lo que sanciona el legislador es que la solicitud, ofrecimiento o promesa del medio corruptor, sea el vínculo que sostiene la ilegal relación entre el tercero interesado y el autor del delito (el llamado “vendedor de humo”), no importando si esta se materializa directa o indirectamente”. Esto es, poco o nada importa, a efectos de atribución de responsabilidad penal, si el traficante se vale de alguien más para solicitar algún tipo de ventaja o beneficio por el uso ilegítimo de sus influencias.
2. Lleva absoluta razón el fundamento dogmático de la modificación normativa, máxime si tomamos en cuenta la complejidad orgánica de la Administración, estratificada y dividida en secciones, secretarías, dependencias, etc.
3. Finalmente, en el anteproyecto legislativo no se deja expresa mención del título de intervención bajo el que se atribuirá responsabilidad penal contra el sujeto intermediario entre el traficante y el interesado. La lógica indica que serán de aplicación las reglas de la parte general del CP, en específico las relacionadas con la colaboración necesaria, las que legitimen la subsunción de la conducta del intermediario dentro del desvalor penal que subyace en el delito de tráfico de influencias regulado en el art. 400 CP.

Breve análisis del caso “Trabajadores fantasma en el Municipio del Callao”



Por: **YVANA NOVOA CURICH**
DAVID TORRES PACHAS
ÁREA PENAL DEL IDEHPUCP

I. Hechos

El último domingo 8 de marzo, el programa televisivo Cuarto Poder emitió un reportaje en el cual se informaba sobre presuntas irregularidades en la gestión del exalcalde provincial del Callao, el Sr. Félix Moreno. Dichas irregularidades se dieron a conocer a partir de la auditoría de rendición de cuentas realizada por la Oficina de control interno de la Municipalidad del Callao en el año 2011.

Como resultado de la auditoría de seis obras, se descubrió que se realizaron pagos a supuestos trabajadores y proveedores de la Municipalidad del Callao por un monto aproximado de ocho millones de soles. En concreto, se trataría de un total de 920 trabajadores y 155 proveedores, entre los cuales se encontrarían además, nueve personas que viven en el exterior y una que se encuentra en prisión.

Estos hechos darían cuenta de la existencia de trabajadores y proveedores “fantasma”, así como de la fabricación de recibos por honorarios y la falsificación de firmas para el cobro del dinero. Según el Dr. Christian Salas, Procurador Anticorrupción, los peritajes realizados hasta el momento han determinado la falsedad de las firmas, así como otros aspectos importantes como el hecho de que los sellos numéricos de los recibos son los mismos (en todos los casos) y que los recibos fueron elaborados en una misma impresora y sin utilizar el método offset.

Entre los proveedores “fantasma”, se encuentra la Sra. Zoila Díaz, según la contabilidad del Consejo Municipal, habría vendido predios para las obras del municipio y prestado servicios de movilidad por un monto de cien mil nuevos soles, cuando su giro real es la venta de alimentos. Asimismo, la Sra. María Eugenia Carbajal, técnica en el Hospital Arzobispo Loayza, aparece como



proveedora de cables y cintas de señal eléctrica por una suma de cuatro millones de soles.

Por otro lado, en el grupo de trabajadores “fantasma”, se encuentra el General de la Policía Nacional del Perú Abdul Abed, quien habría recibido cuatrocientos cincuenta nuevos soles por su trabajo como obrero en 2009, cuando en dicho año se desempeñaba como Director General de Inteligencia del Ministerio del Interior. Similar situación ha sucedido con respecto al periodista Luis Cáceres, quien también figura como trabajador de la municipalidad (peón de albañil).

Como consecuencia de la ilicitud de los hechos narrados, el último 10 de febrero, el Ministerio Público acusó a quince personas (entre exgerentes y funcionarios de segundo nivel del Municipio) por el delito de peculado. Sin embargo, ni Félix Moreno - entonces alcalde del Municipio y ahora Presidente Regional del Callao- ni Andrés Villareyes (Gerente General del Fondo de Inversiones - FINVER, entidad encargada de la ejecución de obras en el Callao) han sido incluidos en las investigaciones.

II. Sobre la calificación jurídica

De los hechos expuestos se puede sospechar de la comisión, en primer lugar, del delito de falsificación de documentos, contemplado en el artículo 427° del Código Penal peruano. Ello debido a que se habrían creado e impreso recibos por honorarios falsos y falsificado firmas en dichos recibos para hacerlos pasar ante el

Municipio y cobrar el dinero de dichos recibos de proveedores y trabajadores que no existían en la realidad o que nunca habían prestado servicios a la Municipalidad del callao.

En segundo lugar, es razonable pensar que se habría cometido el delito de peculado doloso - tipificado en el artículo 387° del Código Penal-, pues se pagó ocho millones de soles a trabajadores y proveedores que en la realidad nunca habrían prestado sus servicios al Municipio ni estarían enterados de la utilización fraudulenta de sus números de RUC. En otras palabras, si el dinero no fue a parar a manos de los proveedores y trabajadores, es lógico sospechar que dicho dinero fue apropiado por una o varias personas dentro del Municipio –entiéndase, sujetos pertenecientes a la red de creación e impresión de recibos por honorarios falsos, la falsificación de firmas y la aprobación de dichos documentos para el desembolso del dinero-.

No consideramos adecuado calificar estos hechos como delito de malversación de fondos (artículo 389°CP), pues en este caso los hechos no hacen referencia alguna a la utilización o desvío de dinero del Municipio para una “aplicación pública” distinta a la previamente programada para dicho dinero o bienes. Lo que aquí habría sucedido es la utilización de mecanismos fraudulentos -falsificación de firmas y documentos- con la finalidad de utilizar o apropiarse de manera indebida de fondos públicos -nada menos que de más de ocho millones de soles-. Es decir, simplemente no se conoce

del paradero de tal monto, por lo tanto, no puede decirse que los ocho millones de soles fueron empleados para la realización de otro tipo de obras o para la provisión de otro tipo de servicios ya que, de haber sido así, la falsificación de firmas y documentos no habría sido necesaria.

Siendo esto así, posiblemente nos encontramos frente a un caso de concurso medial: el delito de falsificación de documentos habría sido cometido como medio para cometer el delito principal que sería el de peculado doloso. Adicionalmente, este último delito se habría llevado a cabo de modo agravado en vista de que el monto apropiado o utilizado para fines privados sobrepasa las diez unidades impositivas tributarias -como lo establece el segundo párrafo del artículo 387°CP-. De esta manera, la pena correspondiente para quienes hayan participado de la comisión de este delito se encontraría entre los ocho y doce años de pena privativa de libertad.

De igual manera, consideramos adecuado que el caso ya haya sido judicializado a raíz de la denuncia hecha por el Ministerio Público. No obstante, somos de la opinión que las investigaciones podrían alcanzar también al ahora Presidente Regional Félix Moreno y

a Andrés Villareyes -Gerente del Fondo Municipal de Inversiones del Callao-.

Finalmente, estimamos que las autoridades como el Ministerio Público y el Poder Judicial deben hacer un seguimiento exhaustivo y riguroso de este caso, de manera que, de comprobarse los hechos expuestos, no quede en la impunidad. Y es que estos sucesos constituyen un claro ejemplo de que la corrupción no solo afecta bienes jurídicos relacionados con el funcionamiento del Estado y la Administración Pública, sino que los agraviados directos resultan siendo ciudadanos que debido a la falsificación de sus recibos por honorarios y firmas, ahora ven sus derechos fundamentales vulnerados gravemente y se encuentran expuestos a procesos de cobranzas coactivas por montos sumamente altos de dinero, corriendo el riesgo de perder sus bienes.



Porque no solo pasa en el Perú...

En la presente sección de este Boletín informativo el lector podrá encontrar noticias de casos graves de corrupción ocurridos en otros países del mundo, a los cuales los medios de comunicación internacionales les han dado suma relevancia.

Escuchas a Sarkozy revelan otro caso de tráfico de influencias

Un audio que era utilizado en la investigación sobre la presunta financiación de la campaña presidencial de Nicolás Sarkozy por parte de Muamar Gadafi en 2007, reveló que Sarkozy habría favorecido al magistrado Gilbert Azibert con ascensos a cambio de información confidencial en torno al caso Bettencourt, en el que se encuentra implicado.

Seguir leyendo en...<http://bit.ly/NoJirm>



Exprimer ministro croata condenado a nueve años de cárcel por corrupción

Un Tribunal Regional de Zagreb condenó en primera instancia al exprimer ministro croata Ivo Sanader a nueve años de cárcel por haberse apropiado de al menos 10 millones de euros mediante la desviación de recursos de instituciones estatales.

Seguir leyendo en...<http://bit.ly/1iWU0jq>

El Parlamento salvadoreño pide juzgar al expresidente Francisco Flores

Francisco Flores, expresidente de El Salvador, será investigado por el manejo irregular de 70 millones de dólares que fueron donados por el gobierno de Taiwan como parte de la ayuda a las víctimas del terremoto del año 2001 y la reconstrucción de las zonas afectadas por el Huracán Mitch en dicho año.

Seguir leyendo en...<http://bit.ly/1gznhBU>



Gallardón indultó a siete cargos públicos o funcionarios por delitos de corrupción

El Ministro de Justicia español, Alberto Ruiz-Gallardón, ha sido duramente criticado, ya que en el ejercicio de su función habría indultado a siete funcionarios públicos vinculados en la comisión de los delitos de malversación de fondos públicos y prevaricación.

Seguir leyendo en...<http://bit.ly/1qMEUTg>