

UNIVERSIDAD DE CASTILLA – LA MANCHA



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CIUDAD REAL

MÁSTER EN CUMPLIMIENTO NORMATIVO

TRABAJO DE FIN DE MASTER

Public compliance

Análisis normativo de caso desde el ordenamiento jurídico peruano

Autor: José Carlos Angulo Portocarrero

Tutora: Prof. Cecilia Álvarez Losa

2020

ÍNDICE

Riesgos de no cumplimiento existentes y delitos en los cuáles se habrían materializado ----- p. 3

Situación jurídica de los alertadores en la administración pública en atención a los hechos del caso en concreto ----- p. 10

Normativa de transparencia y acceso a la información ----- p. 15

Medidas de control y buena administración aplicables al caso en concreto en atención a los riesgos detectados. ----- p. 17

Bibliografía ----- p. 23

I. SOBRE LOS RIESGOS DE NO CUMPLIMIENTO EXISTENTES Y LOS DELITOS EN LOS CUÁLES SE HABRÍAN MATERIALIZADO:

Sr. Aníbal

Tanto para el caso del Sr. Aníbal como el Sr. Benjamín, resulta fundamental tener en cuenta que nos encontramos ante funcionarios públicos. En ese sentido, según el art. 425 del Código Penal peruano (en adelante, CP), se consideran funcionarios públicos:

Artículo 425. Funcionario o servidor público

Son funcionarios o servidores públicos:

- 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
- 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
- 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. (...)*

No obstante, antes de entrar a analizar cómo es que cada conducta particular podría subsumirse en los tipos penales previstos en el CP, es de señalar que para todos los casos a los que se haga referencia subsecuentemente, no es de aplicación la agravante prevista en el art. 46-A del CP¹.

Esto último responde, principalmente, a que en los delitos contra la administración pública previstos en el ordenamiento peruano, el desvalor de la acción (abuso de la

¹ **“Artículo 46-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo**

*Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, **funcionario o servidor público**, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público*

En estos casos el Juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. (...)

función pública), ya ha sido incorporado en la parte especial². En otras palabras, teniendo en cuenta que los supuestos típicos de esta categoría de delitos incluyen expresamente la cualidad del sujeto activo “*funcionario público*” en su tipificación, si aplicásemos, adicionalmente, la circunstancia agravante mencionada anteriormente, estaríamos llevando a cabo un doble juicio de desvalor respecto de la condición de funcionario del agente, contraviniendo de esta manera el principio de *non bis in ídem*.

Superado este asunto, es menester analizar en qué supuestos típicos calzaría cada una de las conductas planteadas en el caso en concreto. En primer término, considero que los hechos referidos al ofrecimiento de parte del Sr. Constancio consistentes en el otorgamiento del 10% del importe de la subvención en caso de que esta le sea adjudicada (vistos desde la perspectiva del Sr. Aníbal), podrían dar pie a la configuración del delito de **cohecho pasivo impropio**, previsto en el art. 394 del CP³.

En el caso en concreto, considero que estaríamos ante el supuesto previsto en el primer párrafo del tipo penal, toda vez que de la lectura de los hechos es posible apreciar que es el Sr. Constancio quien ofrece la ventaja patrimonial en caso su empresa Reparaciones Constancio sea elegida como adjudicataria de la subvención, desprendiéndose que el Sr. Aníbal simplemente habría “aceptado” dicho monto. Además de ello, es de observar que esta cantidad se otorgó luego de que el Sr. Aníbal haya realizado un acto aparentemente lícito y dentro de sus funciones como responsable de una unidad administrativa encargada de tramitar y otorgar subvenciones a empresas de construcción: el otorgamiento del procedimiento subvencional a favor de “Reparaciones Constancio”, empresa que habría postulado al concurso según los parámetros y requisitos previstos en la convocatoria.

² MONTOYA VIVANCO, Yvan. Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima, 2015, p. 85 Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administración-pública.pdf>

³ **Artículo 394. Cohecho pasivo impropio**

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

Considerando que la óptica del presente informe no solo se orienta a la identificación de posibles delitos sino también a su configuración como “riesgos de no cumplimiento”, resulta importante desarrollar acerca de cuál sería el objeto de protección a partir de la sanción de esta modalidad de cohecho. En ese sentido, según ha señalado la Corte Suprema peruana⁴, a través del cohecho impropio se reprime la “venalidad del servidor público”. Es decir, si bien estamos ante comportamientos que se han ceñido a las normas y donde no se ha puesto en peligro el servicio público⁵, la sola existencia de estos hechos constituyen una amenaza para el funcionamiento normal de la Administración Pública, sin importar que el acto sea justo o injusto, puesto que lo relevante aquí no es la naturaleza del acto sino su motivo, que es la recompensa que se convierte en el móvil y que induce al funcionario a actuar de determinada manera.

Otro aspecto relevante a analizar respecto de las conductas del Sr. Aníbal es la referida a la posible configuración del delito de **negociación incompatible**, previsto en el art. 399 del CP⁶.

Según señala Montoya Vivanco, el artículo 399° del CP sanciona la conducta por la cual un funcionario público se aprovecha indebidamente de su cargo al mostrar un interés particular que entra en colisión con los intereses públicos o estatales. El tipo penal exige que dicho interés particular o privado se enfoque en alguna operación económica en la que intervienen el Estado y el funcionario público con motivo del cargo público que ocupa⁷.

En el caso en concreto, se observa que existen sospechas de parte del Sr. Benjamín (subordinado del Sr. Aníbal) de que se estaría pretendiendo favorecer a una empresa propiedad de un primo del Sr. Aníbal, que incluso ya habría habido varias reuniones en los últimos días entre ellos y que se habría llegado a recibir por error un correo electrónico

⁴ En la Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema recaída en el Exp. n.º 05-2002 del 03 de junio de 2008, en MONTOYA VIVANCO, Yvan. Óp. Cit., p. 99

⁵ MONTOYA VIVANCO, Yvan. Óp. Cit., p. 99

⁶ **Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo**

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa

⁷ MONTOYA VIVANCO, Yvan. Óp. Cit., p. 131

que el Sr. Aníbal dirigía a su primo en el que le avisaba sobre la próxima publicación en el boletín oficial de la convocatoria pública de las subvenciones.

Todos estos comportamientos, pues, evidenciarían la posible configuración de este delito. En estos casos, según ha señalado la Corte Suprema a través del R.N. 1318-2012 del 29 de agosto de 2012, el bien jurídico que se busca proteger está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública, de modo tal que los funcionarios públicos deban actuar imparcialmente, no asumiendo o anteponiendo intereses propios o de terceros.

Asimismo, a efectos de interpretar de la forma más clara posible el verbo rector *interesarse*, es posible que todos los comportamientos concretos señalados en los párrafos precedentes sean vistos como indicios de esta manifestación parcializada de intereses. Cabe observar que estos actos no necesariamente han de darse en trasgresión de las normas administrativas y/o sectoriales aplicables, puesto que, como se puede apreciar, el Sr. Aníbal estaría actuando con cierta apariencia de legalidad respecto de su primo. La Corte Suprema, a través de la sentencia recaída en el Exp. n.º 30-2010 del 07 de noviembre de 2011, ha señalado que debe entenderse por interés cualquier acto material que, en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que demanda el ejercicio del cargo.

Sin perjuicio de lo señalado, es posible que se produzca un problema de concurso de delitos entre la negociación incompatible y el delito de **colusión desleal**, sancionado en el art. 384 del CP⁸. Al respecto, como ha señalado la Corte Suprema en el Exp. n.º 30-2010, a través de la colusión se sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del funcionario público como del particular) se superponen al

⁸ **Artículo 384. Colusión simple y agravada**

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

interés prestacional o comunitario que el Estado representa, mientras que, en el delito de negociación incompatible, a diferencia del de colusión, no se exige concertación. De lo señalado, se puede concluir que el delito de negociación incompatible tiene un carácter subsidiario respecto del delito de colusión⁹.

Dada la ausencia de mayores detalles acerca de los hechos y conductas que podrían configurar delito en el presente caso, considero que no es posible afirmar con total certeza si es que estamos ante la configuración de un delito u otro, toda vez que no se brindan detalles sobre un aspecto que sería fundamental para definir si nos orientamos hacia una tipificación u otra, referido a si las reuniones entre el Sr. Aníbal y su primo se han realizado con el objetivo de finiquitar un acuerdo colusorio o si simplemente han sido reuniones “informativas” que no revestirían mayor relevancia jurídico-penal.

Sr. Benjamín

Respecto del Sr. Benjamín, es de observar que, en primer lugar, este habría estado haciendo un mal uso de la información que le habría sido encomendado en razón de su cargo. Así pues, se aprecia que el Sr. Benjamín es miembro de un grupo de WhatsApp con otras personas, entre las cuales se encuentran funcionarios y no funcionarios. Es en este grupo que el Sr. Benjamín habría compartido detalles del texto de una convocatoria que aún estaba preparando, con el fin de comentar algunas cuestiones que le parecían raras.

Esta primera conducta, si bien pudo haberse realizado con intenciones legítimas, podría ser pasible de una sanción administrativa, en tanto el Código de Ética para la Función Pública prevé como un deber de la función pública (art. 7, inc. 3) la discreción, entendida como el deber de guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de los deberes y las responsabilidades que le correspondan en virtud de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública.

En el caso particular, considero que en caso de tener sospechas sobre un comportamiento irregular de parte del Sr. Aníbal, el Sr. Benjamín debió acudir directamente al canal de

⁹ MONTOYA VIVANCO, Yvan. Óp. Cit., p. 135

denuncias correspondiente o, en todo caso, limitarse a conversar sobre estos asuntos con otras personas de la entidad que también hayan podido tomar conocimiento de los sucesos en cuestión. En ese sentido, el compartir detalles de un texto que aún no es público con personas ajenas a la institución acerca de una convocatoria para un procedimiento de subvención a empresas privadas sí podría ser sancionable, siempre y cuando este texto haya podido representar una situación de ventaja para aquellos terceros que pudieran haber accedido a él anticipadamente. Es decir, considero que para sancionar esta supuesta “revelación de secretos o de información confidencial”, la administración debería acreditar un posible perjuicio a partir de la propia revelación que resulte más preponderante sobre las sospechas de irregularidad que motivaron al Sr. Benjamín a compartirlo inicialmente¹⁰. De esta manera, soy de la opinión que, en caso de ocurrir, esta sanción solo debiera darse en vía administrativa y en grado leve.

Ahora bien, una segunda conducta que resulta más compleja en su análisis es la referida al concurso de ascenso en el que participó el Sr. Benjamín. Como se recuerda, luego de tomar conocimiento de las denuncias por las irregularidades en las que habría incurrido, el Sr. Aníbal sostuvo una conversación con el Sr. Benjamín indicándole que, de enviar una comunicación ante la CAIT y ante la prensa desdiciéndose sobre los hechos que se habían denunciado, el ascenso sería suyo.

A propósito de ello, considero que la aproximación más sólida que se puede formular es ver ambos hechos (obtener el ascenso vs. ver desacreditadas las acusaciones en contra de uno) como un caso de cohecho.

En ese sentido, el Sr. Benjamín habría incurrido en una conducta subsumible en el tipo penal de cohecho pasivo propio, comportamiento que se habría materializado al aceptar “retirar” la denuncia presentada contra el Sr. Aníbal en pos de verse beneficiado en un concurso de ascenso. El Código Penal peruano prevé la sanción del delito de “Omisión de denuncia”, previsto en el art. 407 del CP y en virtud de cuyo tenor se sanciona con pena privativa de libertad no mayor de dos años a aquella persona que omita comunicar

¹⁰ Siguiendo esta lógica, considero que la responsabilidad penal en este caso no resulta aplicable, toda vez que el tipo penal de “violación de secreto profesional”, sancionado en el art. 165 del CP, prevé como un elemento objetivo que se “pueda causar daño” a partir de la publicación de alguna información o secreto por parte de cualquier persona en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio sin consentimiento del interesado o titular.

a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, siempre y cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo. Si el hecho no denunciado tuviera señalada en la ley una pena privativa libertad superior a cinco años, la pena aplicable por la omisión sería no menor de dos años ni mayor de cuatro años.

Si bien no existen mayores detalles en el caso planteado, es posible colegir que el Sr. Benjamín, al formar parte de la misma unidad administrativa que el Sr. Aníbal, ostenta un deber funcional de denunciar cualquier acto irregular u contrario a derecho que ocurra en su unidad o que tuviera que ver directamente con el ejercicio de sus funciones. En ese sentido, al desdecirse de la denuncia, el Sr. Benjamín estaría faltando a su obligación de denunciar actos ilícitos, todo ello con el fin de asegurar su ascenso. Es decir, estaríamos ante un sujeto que estaría aceptando un beneficio (ascenso) para omitir un acto en violación de sus obligaciones (desistirse de comunicar actos irregulares o ilícitos de los cuales ha tenido conocimiento y respecto de los cuales está en obligación de denunciar).

Sr. Constancio

Como parte final del presente análisis, cabe referirnos a las conductas desplegadas por el Sr. Constancio y sobre su relevancia jurídico-penal.

Como se recuerda, el Sr. Constancio es propietario de la empresa “Reparaciones Constancio”, en virtud de lo cual se dirigió al Sr. Aníbal en la víspera de la publicación de la convocatoria de las subvenciones para ofrecer entregarle el 10% del importe de la subvención en caso de que esta le sea adjudicada. Finalmente, el procedimiento subvencional se resolvió a su favor, por lo que es posible colegir que el Sr. Aníbal recibió este monto.

Según el ordenamiento peruano, esta conducta podría enmarcarse (desde la perspectiva del agente no funcionario) bajo la figura del delito de cohecho activo genérico, sancionado en el art. 397 del CP¹¹. Así pues, al hacer el ofrecimiento del 10%, el Sr. Constancio habría prometido un “donativo” para que el Sr. Aníbal lo elija como ganador

¹¹ **Art. 397.- Cohecho activo genérico**

(...)El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa

de la convocatoria. Asumiendo que “Reparaciones Constancio” cumpla con todos los requisitos exigidos en la convocatoria de la subvención, entonces el Sr. Aníbal, en rigor, no estaría actuando faltando a sus obligaciones, por lo que sería aplicable el segundo párrafo del Art. 397.

II. SOBRE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ALERTADORES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ATENCIÓN A LOS HECHOS DEL CASO EN CONCRETO:

Teniendo en cuenta que del relato planteado es posible advertir la presencia de por lo menos dos tipos de alertadores, considero pertinente dividir el análisis sobre la situación jurídica de estas personas del siguiente modo:

En primer lugar, una posibilidad prevista por el Código Procesal Penal peruano y que considero factible de aplicar en el caso concreto dado el posible involucramiento de funcionarios públicos subordinados al Sr. Aníbal en presuntos hechos delictivos (sea de *motu proprio* o en el cumplimiento de las órdenes impartidas por su superior jerárquico) es la figura de la **colaboración eficaz**.

En el ordenamiento peruano, la colaboración eficaz representa una herramienta del sistema de justicia que consiste en el otorgamiento de beneficios premiales con el objetivo de combatir la criminalidad organizada y una serie de otros delitos que, dada su especial configuración y formas de intervención, permite un efectivo esclarecimiento a través de la obtención de delaciones y corroboraciones de otros agentes intervinientes.

En tiempos recientes, en la realidad peruana ha sido posible observar cómo se ha generado un escenario de combate frontal contra la criminalidad a partir de la relevancia que ha venido cobrando la legislación penal premial, toda vez que se ha destacado la importancia de conseguir aquello que no ha sido posible lograr a través de los medios de investigación regulares¹².

El procedimiento de colaboración eficaz se encuentra recogido en los artículos 472° al 481-A° del Código Procesal Penal peruano (en adelante, NCPP), disposiciones que se encuentran vigentes en todo el territorio peruano a partir de la Tercera Disposición

¹² BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, pp. 35-36

Complementaria Transitoria de la Ley N° 30077 – Ley Contra el Crimen Organizado, publicada el 20 de agosto de 2013. Las últimas modificaciones procedimentales de esta figura se dieron en el marco de la publicación del Decreto Legislativo N.° 1301, de fecha 30 de diciembre de 2016, cuya reglamentación se dio a través del Decreto Supremo N° 007- 2017-JUS de fecha 30 de marzo de 2017 y, posteriormente, a través de la única disposición complementaria modificatoria de la ley N.° 30737, por medio de la cual se incorporó a las personas jurídicas como posibles aspirantes a colaboradores eficaces, en las distintas modalidades previstas en el articulado de esta institución procesal.

Según se señala en el art. 472, inciso 3 (NCPP), la colaboración eficaz es un proceso especial autónomo, no contradictorio, basado en el principio del consenso entre las partes y la justicia penal negociada. Este procedimiento se rige por sus propias reglas y no depende de otro proceso común o especial, requiriéndose, en consecuencia, de la formación de una carpeta fiscal y expediente judicial propio.

Del mismo modo, según se prevé en el art. 3 del reglamento de los procesos de colaboración eficaz, esta presenta las siguientes fases:

- i. Calificación
- ii. Corroboración
- iii. Celebración del acuerdo
- iv. Acuerdo de beneficios y colaboración
- v. Control y decisión jurisdiccional
- vi. Revocación

Asimismo, según se recoge en el art. 474, inciso 2, literal c) y d) (NCPP), los delitos que pueden ser objeto de un Acuerdo de colaboración eficaz comprenden los delitos de “corrupción de funcionarios”¹³, siempre que el delito sea cometido en concierto con pluralidad de personas y los delitos prescritos en los artículos del 382 al 401 del CP cuando el colaborador sea una persona jurídica.

¹³ Según la sistematización de los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, los delitos de “corrupción de funcionarios” (Sección IV de los delitos contra la adm. pública; arts. 393-401) comprenden los delitos de cohecho y todas sus variantes genéricas/específicas, el delito de negociación incompatible, el delito de tráfico de influencias y el delito de enriquecimiento ilícito.

Entrando al análisis del caso en concreto, considero que la actuación del Sr. Benjamín, quien a todas luces habría incurrido, por lo menos, en actos de cohecho y encubrimiento, podría proceder para una eventual postulación en un proceso de colaboración eficaz. Como se señala en el art. 475 del NCPP, la información que proporcione el colaborador debe permitir, alternativa o acumulativamente, entre otras cuestiones, conocer las circunstancias en las que se planificó/planifica y ejecutó/ejecuta el delito, e identificar a los autores y partícipes del delito cometido, lo cual se satisfaría en el caso concreto toda vez que, a través de la delación del Sr. Benjamín, sería posible conocer a detalle las circunstancias en las que intervino el Sr. Aníbal en el otorgamiento irregular de la subvención a “Reparaciones Constancio”, las inconductas que habría llevado a cabo al interesarse indebidamente en que su primo sea, en un inicio, ganador de la convocatoria y en las conversaciones que sostuvo con el Sr. Benjamín, a través de las cuales le prometió un ascenso siempre y cuando encubriera sus previas actividades ilícitas.

En caso el procedimiento de colaboración eficaz fuese admitido, el Sr. Benjamín podría obtener una serie de beneficios premiales, en función del grado de eficacia o importancia de la colaboración en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad del hecho. Estos beneficios podrían llegar a ser: exención de la pena, disminución de la pena o suspensión de la ejecución de la pena (Art. 475, inciso 2, NCPP).

En segundo término, es necesario también analizar la situación jurídica de los posibles alertadores si es que esto se hiciera no bajo la tutela del derecho penal, sino más bien bajo el marco del derecho administrativo sancionador. En ese sentido, es de recordar que, según se desprende del caso planteado, en un inicio se tuvo que hubo una persona no-funcionaria participante del grupo de WhatsApp del Sr. Benjamín que formuló una denuncia anónima contra el Sr. Aníbal en el buzón de denuncias de la Comisión Administrativa de Integridad y Transparencia (CAIT).

En el contexto peruano, el organismo encargado de vigilar y supervisar el correcto funcionamiento de la administración pública es la Contraloría General de la República del Perú, la cual es una entidad descentralizada de derecho público que goza de autonomía constitucional y que opera como el órgano superior del Sistema Nacional de Control, cuya

atribución es la de supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

Es en ese papel que la Contraloría, mediante el art. 9, literal q) y mediante el art. 22, literal n) de su Ley Orgánica (Ley n.º 27785) reconoce la participación ciudadana como un principio de control gubernamental y ha establecido como una de sus atribuciones la de recibir y atender denuncias de los ciudadanos relacionadas a las funciones de la administración pública, otorgándoles el trámite correspondiente en vía interna o derivándolas ante las autoridades competentes, estando la identidad de los denunciantes, así como el contenido de la denuncia, protegidos por el principio de reserva.

Adicionalmente a la Ley Orgánica mencionada de manera precedente, en el ordenamiento peruano también se encuentra vigente la Ley n.º 29542, Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal, a través de cuyo art. 1 se señala que dicha norma tiene como objeto proteger y otorgar beneficios a los funcionarios y servidores públicos o a cualquier ciudadano que denuncien en forma sustentada la realización de hechos arbitrarios o ilegales que ocurran en cualquier entidad pública y que puedan ser investigados o sancionados administrativamente.

Entrando de plano a la “situación jurídica” del alertador, es posible observar que a través del art. 8 de la citada norma se enumeran las **medidas de protección y beneficios** aplicables a los denunciantes, dentro de las cuales cabe mencionar:

- a) La reserva de su identidad, para lo cual se asigna un código de identificación a la persona denunciante y se implementan las demás medidas necesarias que establece el reglamento.
- b) Que, independientemente del régimen laboral al que pertenezca el denunciante, no puede ser cesado, despedido o removido de su cargo a consecuencia de la denuncia calificada y admitida, tomando la Contraloría General de la República las medidas necesarias de apoyo al denunciante para recurrir a las instancias laborales correspondientes de ser el caso.
- c) Que, en caso las represalias contra el denunciante se materializasen en actos de hostilización laboral, el denunciante puede poner dicha situación en conocimiento de la Contraloría General de la República, de modo que se remita esta información

ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a fin de que se realice una inspección laboral y se tomen las medidas correspondientes.

- d) En los casos que el denunciante sea copartícipe de los hechos denunciados, la reducción gradual de la sanción administrativa, de acuerdo al grado de participación en los hechos constitutivos de los hechos arbitrarios o ilegales.
- e) En los casos que los hechos denunciados constituyan infracción prevista en norma administrativa y sea sancionada con multa, el denunciante podrá obtener como recompensa un porcentaje de lo efectivamente cobrado.

Según se desprende del caso, el alertador ante el CAIT sería un ciudadano no-funcionario anónimo, por lo que, según el párrafo final del art. 8, serían de aplicación las medidas de protección y beneficios establecidos en los literales a) y e).

Cabe mencionar que en el art. 9 y 10 de la ley se señala que la información proporcionada por el denunciante y el trámite de evaluación a cargo de la instancia correspondiente tienen carácter confidencial, salvo los casos de denuncia maliciosa, la cual se refiere a cualquier comunicación de un hecho arbitrario o ilegal a sabiendas de que no se ha cometido, o para cuyo fin se ha simulado pruebas o indicios de su comisión. Este tipo de conductas es pasible de sanción pecuniaria con una multa no mayor a cinco Unidades Impositivas Tributarias (UIT)¹⁴ sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiera lugar.

Finalmente, respecto de la confidencialidad de las denuncias, es de señalar que el Sistema Nacional de Control ha implementado el vínculo web <https://appscgr.contraloria.gob.pe/sinad> para el registro y comunicación de denuncias y que, si bien se señala que la información proporcionada será tratada con total y absoluta confidencial, resulta justificado que se soliciten una serie de datos del denunciante (ver imagen de referencia) a fin de evitar posibles escenarios de denuncias maliciosas.

¹⁴ 1 UIT en 2020: S/ 4300.00. El monto total de la multa podría ascender hasta S/ 21500.00 (aproximadamente USD 6000.00)

MENÚ DEL CIUDADANO

Compromiso

Denunciante

DETALLE DE SU DENUNCIA

Hechos

Salir

INSTRUCCIONES

Si es la primera vez que va a registrar una denuncia vía web, le recomendamos que previamente descargue el siguiente instructivo en PDF.

[Descargue aquí](#)

Datos del Ciudadano

(*) Campos obligatorios

Tipo documento: (1)

Nº.Documento: (*) Fecha Inscripción DNI: (*) Primer nombre de la madre: (*) (2)

(dd/mm/aaaa)

Apellido paterno:

Apellido materno:

Nombres:

Sexo:

Edad:

País:

Departamento:

Provincia:

Distrito:

Dirección:

(3) ¿Trabaja en la entidad denunciada? (*)

(4) ¿Es representante legal de quien presenta la denuncia? (*)

Empresa o agrupación (5)

RUC: Empresa o agrupación: (*)

Importante! En el caso de agrupaciones no es necesario indicar el RUC.

III. SOBRE LA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN:

En el ordenamiento peruano se reconoce de todo ciudadano de acceder a la información pública de las instituciones del Estado según el principio de transparencia y las disposiciones aplicables recogidas en el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

A propósito de ello, dentro de los principales aspectos a resaltar de la ley mencionada anteriormente, considero pertinente destacar, en primer lugar, el art. 3 a través del cual se reconoce el principio de publicidad, a partir del cual se señala que:

1. Toda la información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas en el art. 15 de la misma ley.
2. El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de las entidades de la Administración Pública.
3. El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad, para lo cual la entidad pública designará al funcionario responsable de entregar la información solicitada.

En su art. 7, la ley señala que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier entidad de la Administración Pública y que en ningún caso se exige expresión de causa para el ejercicio de este derecho.

Finalmente, otro aspecto que resulta importante detallar es el procedimiento para el acceso a la información pública, el cual se encuentra previsto en el art. 11 de la ley de la siguiente manera:

- a) En primer lugar, cabe señalar que toda solicitud de información debe ser dirigida al funcionario designado por la entidad para realizar dicha labor. En caso este funcionario no hubiera sido designado, la solicitud se dirigirá al funcionario que tiene en su poder la información requerida o a su superior inmediato.
- b) La entidad de la Administración Pública a la cual se haya presentado la solicitud deberá otorgarla en un plazo no mayor de diez días hábiles. En caso la entidad no pudiera atender el requerimiento en el plazo establecido, esta tendrá dos días hábiles desde el día siguiente que se presentó la solicitud para informar al solicitante cuando podrá acercarse a recogerla.
- c) En caso la entidad denegase el acceso a la información o en caso no hubiera respuesta dentro del plazo establecido el pedido se considerará denegado y, en consecuencia, la vía administrativa se considerará agotada.
- d) Agotada la vía administrativa, el solicitante que no obtuvo la información requerida podrá optar por dar inicio a un proceso contencioso administrativo u optar por el proceso constitucional de habeas data, el cual se encuentra recogido en el art. 200, inciso 3 de la Constitución Política del Estado¹⁵.

En definitiva, en caso el Sr. Damián dirigiese un escrito al Ministro competente solicitándole toda la documentación referida al procedimiento de subvenciones, no debería mediar problema alguno para que esta le sea otorgada. Sin embargo, según las prerrogativas de nuestro ordenamiento, es de precisar que la solicitud debería ser dirigida

¹⁵ Art. 200.- Son garantías constitucionales:

(...) 3. La Acción de Habeas Data, que procede contra cualquier hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2º, incisos 5) y 6) de la Constitución [Art. 2, inc. 5: Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional]

al funcionario competente (de menor jerarquía que el Ministro) para el otorgamiento de esta información. Lo que se esperaría de parte de la Administración Pública, en este caso, es que el despacho o secretaría del Ministro retransmita internamente este requerimiento al departamento de transparencia correspondiente para así satisfacer la solicitud del administrado.

IV. SOBRE LAS MEDIDAS DE CONTROL Y BUENA ADMINISTRACIÓN APLICABLES AL CASO EN CONCRETO EN ATENCIÓN A LOS RIESGOS DETECTADOS:

Llegado a este punto del análisis, resulta evidente que, dentro de las entidades pertenecientes a la Administración Pública, no llega a ser suficiente la sola existencia de una oficina de Control Interno (Sistema Nacional de Control), sino que también se hace necesario la implementación de otras medidas de control y buena administración que haga posible evitar en la mayor medida posible la aparición de comportamientos irregulares por parte de funcionarios y/o servidores públicos.

Un punto de partida para orientar este horizonte puede ser el derecho convencional. Según se recoge en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ratificada por el estado peruano el 19 de octubre de 2004), es deber de cada estado formular y aplicar políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción en el sector público, para lo cual se deberá promover la participación de la sociedad y deberá reflejarse el imperio de la ley (Art. 5).

Pasando a medidas más concretas, la Convención prevé en su Art. 7 que cada Estado parte base su labor en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud, para lo cual se incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción y se promoverán programas de formación y capacitación que permitan a los funcionarios cumplir sus labores con un desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones.

Sin embargo, como bien señalan los profesores Nieto Martín y Beatriz García Moreno, una de las mejoras más importantes que debe darse en el compliance público es reconocer que las normativas de carácter general no son suficientes y que, más bien, lo que debe

hacerse es obligar a las administraciones públicas a que se vaya *más allá* en el diseño de controles¹⁶.

En ese sentido, considero que una medida idónea para lograr este fin sería la de dotar de mayores herramientas a las oficinas de Control Interno, de modo que no solo se limiten a un control *ex post*, sino que también intervengan de manera preventiva en la capacitación y formación de buenos funcionarios públicos.

Una primera medida concreta que podría resultar idónea dadas las realidades como la observada en el caso propuesto es la implantación de **incentivos adicionales a la mera obligación de denuncia** por parte de funcionarios públicos que tomen conocimiento de hechos irregulares o ilícitos, sea en el ejercicio de sus funciones o en contravención de ellas.

Es de recordar que, en caso se incumpliese esta obligación, el funcionario público es pasible de ser denunciado por incurrir en el delito de “Omisión de denuncia”, previsto en el art. 407 del CP y en virtud de cuyo tenor se sanciona con pena privativa de libertad no mayor de dos años a aquella persona que omita comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, siempre y cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo. Si el hecho no denunciado tuviera señalada en la ley una pena privativa libertad superior a cinco años, la pena aplicable por la omisión sería no menor de dos años ni mayor de cuatro años.

Además de ello, resulta necesario tener presente que el funcionamiento del compliance y el efecto de las investigaciones internas que puedan surgir a consecuencia de su ejecución resultan bastante distintos si comparamos el caso de las organizaciones privadas con aquellas pertenecientes a la Administración Pública. Como bien apuntan los autores citados anteriormente¹⁷, en el caso de las empresas privadas, la implementación y ejecución de un programa de cumplimiento podría tener efectos de gran relevancia de cara a la intervención de las autoridades estatales en la investigación de un hecho ilícito, tales como una notable rebaja en la sanción o incluso que la empresa no sea procesada o

¹⁶ NIETO MARÍN, Adán y Beatriz GARCÍA MORENO. De la ética pública al *public compliance*. Sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones públicas. Instituto de Derecho penal europeo e internacional, p. 9

¹⁷ NIETO MARÍN, Adán y Beatriz GARCÍA MORENO. Óp. Cit., p. 16

se vea exenta de responsabilidad, razón por la cual queda a discreción de la empresa si comparte o no a jueces o fiscales los resultados de sus investigaciones funcionariales internas, según sean los intereses de su estrategia de defensa. En el caso de la Administración Pública, ese margen de discreción simplemente no existe: el funcionario que tome conocimiento a través del canal de denuncias de una infracción constitutiva o contrarios a lo normado en el Código de Ética está obligado a denunciar.¹⁸

Otro aspecto importante a tener en cuenta es el contenido del **Código de Ética de la Función Pública**, documento de rango legal recogido en la Ley n.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública. Haciendo ciertos paralelismos, podríamos señalar que este texto equivale al Código de Ética empresarial en un programa de cumplimiento privado.

Este documento tiene como fin principal recoger los principios, deberes y prohibiciones éticas que rigen para los servidores y funcionarios de la Administración Pública, dentro de las cuales cabe señalar las siguientes:

Principios (art. 6)	Deberes (art. 7)	Prohibiciones (art. 8)
Respeto	Neutralidad	Mantener intereses de conflicto
Probidad	Transparencia	Obtener ventajas indebidas
Eficiencia	Discreción	Realizar actividades de proselitismo político
Idoneidad	Ejercicio adecuado del cargo	Hacer mal uso de información privilegiada
Veracidad	Uso adecuado de los bienes del Estado	Presionar, amenazar y/o acosar
Lealtad y obediencia	Responsabilidad	
Justicia y equidad		
Lealtad al Estado de Derecho		

¹⁸ **Ley del Código de Ética de la Función Pública.**

Artículo 11.- Obligación de comunicar o denunciar los actos contrarios al Código

Todo empleado público, bajo responsabilidad, tiene el deber de comunicar, así como la persona natural o jurídica tiene el derecho de denunciar, los actos contrarios a lo normado en el presente Código, ante la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios de la entidad afectada o al órgano que haga sus veces.

A partir de la lectura de las nociones recogidas en este texto, cada entidad podría perfilar un modelo de “funcionario ideal” y, a la vez, establecer un sistema de puntos para cada funcionario público. Este sistema seguiría una lógica similar a la del sistema de puntos de las licencias de conducir peruanas (brevetes) y buscaría que no solo se vea el Código como un texto a partir de cuya infracción uno pueda ser sancionado, sino que también pueda ser visto desde una óptica un poco más optimista en términos cotidianos.

De esta manera, cada funcionario empezaría el año con un puntaje de 20, el cual iría disminuyendo por cada conducta funcional en la que se incurra, de acuerdo a una escala de gravedad del hecho. Todos aquellos funcionarios que mantuviesen su puntaje en 20 accederían a una serie de beneficios con establecimientos de servicios/comerciales que la entidad haya designado mediante convocatoria pública de acuerdo a los parámetros legales vigentes. Adicionalmente a ello, en los demás niveles de puntuación se podrían otorgar otros beneficios menores pero que sirviesen de motivación al funcionario a fin de mantenerse en el primer nivel en su siguiente evaluación.

Además de lo mencionado, sería importante que cada entidad desarrollase el contenido de estos principios, deberes y prohibiciones de acuerdo a su realidad particular dentro del escenario nacional. Como señalan Nieto Marín y García Moreno, si bien en el compliance público se puede encontrar una estructura similar al existir un derecho disciplinario de funcionarios públicos y un procedimiento disciplinario, esta simetría solo es aparente toda vez que en las empresas existe un grado mayor de tipificación de las infracciones al código ético o al sistema de cumplimiento¹⁹. Al ser un país con realidades bastantes disímiles, pretender que un texto sirva por sí mismo como parámetro para todos los funcionarios públicos del país es algo poco realista: las realidades de cada entidad pueden llegar a ser muy distintas y, en el mismo sentido, el sentido ético de los funcionarios públicos podría orientarse a dar mayor prioridad a ciertos principios o deberes antes que a otros.

Esta última idea, en definitiva, debe llevarnos a la **implementación de planes de prevención públicos** en las entidades estatales que más lo requieren de acuerdo a las

¹⁹ NIETO MARÍN, Adán y Beatriz GARCÍA MORENO. Óp. Cit., p. 15

funciones que desempeñan. A continuación, me permito citar algunas ideas desarrolladas por los autores Nieto Marín y García Moreno²⁰, adecuándolas a la realidad peruana:

- En primer lugar, antes de agotar esfuerzos en vano en sectores que no requieren de este tipo de medidas de prevención de forma tan apremiante, el Estado debe orientarse a trabajar en aquellas áreas donde los actos de corrupción son más proclives de acaecer, es decir, en aquellas entidades o departamentos dedicados a temas de urbanismo, contratos, contratación de personal, subvenciones, entre otros. Más allá del funcionamiento del Código de Ética de la Función Pública, lo ideal sería que cada departamento desarrollase algunos principios preventivos básicos, para lo cual podrían valerse del apoyo de la Oficina de Control Interno de cada entidad. No obstante, aun más importante que ello sería que cada entidad desarrollase un plan de prevención de acuerdo a sus necesidades específicas y a los roles que desempeñan sus funcionarios. Este plan de prevención debería tener un nivel de especificidad de la misma intensidad que se exige a los Planes de Seguridad y Salud en el Trabajo en el ordenamiento peruano según la Ley n.º 29783²¹.
- En segundo lugar, resulta de un interés preponderante que el responsable de prevención de la corrupción en cada entidad sea una persona independiente y ajena al poder político de turno, de modo tal que su desempeño sea lo más imparcial posible. Tal como ocurre en otras realidades, en el Perú la corrupción también tiene un marcado factor político, a partir del cual ha sido posible apreciar durante las últimas décadas cómo es que ciertas tiendas o grupos políticos eran más proclives a la presencia de actos irregulares o ilícitos en las entidades que gestionaban a partir de las decisiones del poder político de turno.

²⁰ Óp. Cit., p.20

²¹ A modo de ejemplo, se puede revisar el Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Municipalidad Distrital de Amarilis (Departamento de Huánuco, Perú), en el que, a partir de la p. 7, se puede apreciar una evaluación y mapa de riesgos laborales según las funciones específicas que los funcionarios y trabajadores de la municipalidad desempeñan: <https://muniamarilis.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/PLAN-DE-SST-MDA.pdf>

- Como se ha recogido en un informe de enero de 2013 del “*Committee on Standards in Public Life*” del Reino Unido, existe un escepticismo justificado acerca de aquellos escenarios donde se ha dejado que las entidades públicas se autorregulen por sí mismas, siendo la creencia casi generalizada que los problemas internos se suelen “ocultar bajo la alfombra”²². Por ello, el escrutinio externo también cobra un importante rol, debiendo ser la sociedad civil un agente activo en los esfuerzos de prevención a ser ejecutados por las entidades de la Administración Pública.

Esta participación externa no debería significar que se le quite responsabilidad a la entidad, sino que el objetivo es que este escrutinio externo opere de modo que las entidades no sean demasiado laxas o complacientes en la ejecución de sus propios modelos o programas de prevención. En términos concretos, un primer paso sería que las entidades empleen todos los medios posibles para difundir la aplicación de estos programas de prevención a inicios de año o, en su defecto, a inicios de gestión, de modo tal que se genere un interés, al menos inicialmente, de organizaciones no gubernamentales civiles dispuestas a seguir de cerca estos asuntos. Además de ello, otro aspecto importante para este fin sería que el Gobierno haga esfuerzos en llegar a la población de modo que se genere una concientización e interés del rol que cada uno puede ejercer en el control de la corrupción en las entidades públicas.

Bibliografía:

- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido. Madrid: Editorial Dykinson, 2004
- COMMITTEE OF STANDARDS IN PUBLIC LIFE (Reino Unido). Standards matter A review of best practice in promoting good behaviour in public life, 2013. Disponible en:

²² Disponible en:
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228884/8519.pdf

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228884/8519.pdf

- MONTOYA VIVANCO, Yvan. Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima, 2015. Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administración-pública.pdf>
- NIETO MARÍN, Adán y Beatriz GARCÍA MORENO. De la ética pública al *public compliance*. Sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones públicas. Instituto de Derecho penal europeo e internacional. Máster en cumplimiento normativo UCLM