

NO PUEDES MANDAR A LA CÁRCEL A QUIEN NO PUEDE MANDARTE A TI A LA CÁRCEL

En la Comisión de Justicia del Congreso de la República se encuentra el Proyecto de Ley 2444/2012-CR presentado el 4 de julio de este año por la congresista Rosa Mavila León con el objeto de modificar el artículo 418 del Código Penal a efectos de incorporar a los árbitros como sujetos activos del delito de prevaricato que hasta ahora sólo puede imputarse a jueces y fiscales que en el ejercicio de sus funciones dictan resoluciones o emiten dictámenes manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley o citan pruebas inexistentes o hechos falsos o se apoyan en leyes supuestas o derogadas y que, de comprobarse cualquiera de esos ilícitos, pueden ser reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

El documento, que debería ser archivado cuanto antes, empieza señalando que "prevaricato" proviene de la palabra "*patituerto*" que significa "*caminar torcido*" lo que equivale, según la autora del proyecto, a hacer una cosa fuera de la regla, a faltar maliciosamente a los deberes que impone el ejercicio de un cargo o de una profesión, según la definición extraída de un texto de Martín Eduardo Recinos Gramajo publicado en Guatemala.² El bien jurídico, en el caso de la comisión de los delitos de prevaricato en sus distintas modalidades, es la administración de justicia y el interés público que es afectado por los órganos específicamente habilitados por la ley o por sus auxiliares.

1. CLASES DE PREVARICATO

A continuación refiere que existen diversas clases de prevaricato o figuras a las que denomina así: prevaricato culposo, de árbitros, patrocinio infiel, doble representación y de representantes del Ministerio Público. Sobre la modalidad culposa, Arsenio Oré Guardia se pronunció categóricamente en el 2009 en contra del Proyecto de Ley 3217/2008-CR presentado por el Grupo Parlamentario Fujimorista con el objeto de incorporarla en el mismo artículo 418 del Código Penal, entre otros agregados que tampoco prosperaron.

En aquella ocasión el doctor Oré precisó que "*para la comisión del delito de prevaricato el juez y/o el fiscal deben actuar dolosamente emitiendo dictámenes o dictando resoluciones contrarias a la ley, citando pruebas inexistentes o hechos falsos, o apoyándose en leyes supuestas o derogadas. En contraposición, una conducta culposa en el delito de prevaricato importa una actuación por parte del juez o fiscal creyendo que actúan conforme a derecho cuando en realidad están actuando antijurídicamente por error.*"³

"*El Código Penal*", según el mismo especialista, en la actualidad "*únicamente regula el delito de prevaricato en su modalidad dolosa, [... haciendo] prevalecer el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, siendo que el derecho penal es de ultima ratio pues constituye el último recurso ante el fracaso de otras instancias de control, como la jurisdicción administrativa encargada de*

1. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en contratación pública. Catedrático de la maestría en Gestión de Proyectos de la Universidad Nacional de Ingeniería y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de la Asociación Peruana de Consultoría, Gerente Legal de la firma Cesel, conferencista y consultor internacional de empresas y entidades públicas y privadas. Editor del semanario electrónico Propuesta (www.edicionespropuesta.blogspot.com). Autor del proyecto de la primera Ley de Contrataciones del Estado del Perú en 1997, coautor de su Reglamento.

2. RENCINOS GRAMAJO, Martín Eduardo. Tesis: El delito de prevaricato, uno de los más comúnmente cometido y menos sancionado y su relación con la impunidad. Guatemala, agosto 2009, pág. 35.

3. Ver: www.oreguardia.com.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=52.

la vigilancia y sanción de la conducta imprudente de jueces y fiscales; de modo que podemos recurrir ante instancias penales exclusivamente ante razones de gravedad. Hoy en día, la punición a la imprudencia equivale a un castigo disciplinario, pues importa la iniciación de un proceso en vía administrativa, como son las quejas ante la OCMA."⁴

Añádase a ello la definición que el Diccionario de la Real Academia Española recoge sobre "prevaricación": "Delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta una autoridad, un juez o un funcionario."⁵ Adviértase que el concepto alude sin ninguna duda a la modalidad dolosa, a la manifiesta intención de actuar en contra de la norma. También alude a quienes son susceptibles de incurrir en el ilícito y en este punto tampoco deja lugar a duda alguna pues personaliza el delito subrayando que puede ser perpetrado por "una autoridad, un juez o un funcionario." Todos ellos dependientes de la administración del Estado, del sector público. Ninguno del sector privado como es el caso del árbitro, a quien por cierto no se pretendió ni por asomo incorporar dentro de los alcances de este delito en ese intento de modificación legislativa. Ahora, después de más de cinco años se quiere consumir este despropósito que al penalista obviamente ni siquiera se le ocurre.

El informe del Estudio Oré Guardia, por otra parte, se extiende en su oposición a la incorporación de una modalidad culposa en el delito de prevaricato tipificado en el Código Penal consignando una serie de circunstancias fácticas que fortalecen tal opinión. Por ejemplo, la dificultad para acceder a la información, en especial, en las regiones alejadas de la capital y la especialidad del objeto de estudio destacando que el derecho penal actual dialoga con otras ramas jurídicas que exigen una alta especialidad como el derecho bursátil, el derecho financiero o el derecho minero lo que incrementa las posibilidades de error y sugiriendo que, en todo caso, el grado de diligencia en los jueces y fiscales debe ser individualizado teniendo en cuenta el nivel profesional, la antigüedad en el cargo y la experiencia acumulada así como la jerarquía judicial, entre otros.

Otra situación que debería considerarse es la frondosa legislación existente que no está sistematizada y que por tanto impide incluso

que se conozcan todos los dispositivos derogados "pues para no invocarlos se necesitaría un examen frecuente, paciente y prolongado de toda la normatividad, lo que resulta irrefutablemente imposible."⁶

Mención especial merece el reconocimiento de Oré a "la facultad que tiene el juez de interpretar la ley y crear el derecho en el caso necesario, [dentro de la que] cabe la posibilidad de admitir el error, ya que presupone la libertad de criterio y apreciación. Al respecto, reprimir el comportamiento culposos equivaldría a atentar contra el principio de independencia y libre determinación de los jueces y fiscales; pues como señala Carlos Mir Puig prevaricar equivale a 'torcer el derecho' y el que se equivoca no tuerce el derecho, puesto no abusa de su oficio."⁷

El Proyecto de Ley 2444/2012-CR, que es materia de este análisis, no incorpora ninguna cita más o menos seria como para admitir el prevaricato de árbitros a excepción de la legislación guatemalteca que no sólo contempla esta figura sino que también reconoce, en contraposición de lo que admite la doctrina, el prevaricato culposos que en ningún otro país se castiga. Ciertamente la castiga con multa y con suspensión pero no con carcelaria, a diferencia del prevaricato doloso. Habiéndole atribuido a la doctrina el reconocimiento de la existencia del prevaricato de árbitros y considerándolo como argumento para justificar la necesidad de abrir la posibilidad de que los árbitros sean denunciados por este concepto lo menos que pudo hacer es fundamentarla de una manera más amplia y convincente. No lo hizo. Pero no por una omisión simple. No lo hizo porque es imposible encontrar por ejemplo en la doctrina a algún jurista que estime viable denunciar penalmente a un árbitro o de aplicarle la normativa como si fuese un funcionario o un servidor público.

La propuesta hace una referencia a la legislación argentina, es verdad, pero aquí la sanción es igualmente pecuniaria, no existiendo ninguna posibilidad de enviar a la cárcel a un árbitro como consecuencia del ejercicio regular de sus actividades. Hay una última mención a la normativa ecuatoriana pero sin entrar en mayores detalles y sin una cita específica que pueda dar mayores luces sobre el particular.

4. Ídem.

5. Ver: <http://lema.rae.es/drae/?val=prevaricaci%C3%B3n>. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 22ª edición.

6. Op. cit.

7. MIR PUIG, Carlos. Los delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal. p.45.

2. NO SE PUEDE APLICAR LA MISMA NORMA PARA JUECES Y PARA ÁRBITROS

El documento sostiene que lo dispuesto para los jueces también es aplicable a los árbitros en el entendido de que éstos son jueces particulares designados por las partes, *"de tal manera que los árbitros eventualmente pueden dictar resoluciones de trámite o sentencias (laudos) en relación con el negocio que se les encomienda. Si las mismas son contrarias a la ley o las fundamentan en hechos falsos, a sabiendas, se estará cometiendo prevaricato."*⁸ El proyecto se equivoca, naturalmente. Porque no se puede aplicar la misma norma para jueces y para árbitros porque son administradores de justicia con diversos orígenes, funciones y competencias, como se podrá apreciar más adelante.

La iniciativa también considera como una forma de prevaricato al patrocinio infiel que perpetra el abogado o mandatario judicial que, de cualquier modo, perjudica deliberadamente los intereses que le estuvieren confiados, siempre que el hecho no constituya un delito más grave. Los mismos actores podrían encontrarse incurso en la doble representación, otra modalidad de prevaricato, cuando, habiendo tomado la defensa, dirección o procuración de una parte representasen después a la contraria en el mismo asunto, la auxiliaren o aconsejaren.

La autora finalmente trae a colación el artículo 467 del Código Penal guatemalteco, aunque sin precisar su origen e induciendo a error a cualquier lector que podría creer que se trata del peruano que en realidad no tiene más de 452 artículos y cinco disposiciones transitorias. El guatemalteco, en ese artículo 467, extiende lo dispuesto en los dos artículos que lo preceden, relativos al patrocinio infiel y a la doble representación, en los términos que reproduce el proyecto a funcionarios o representantes del Ministerio Público, con lo que termina extrapolando la normativa guatemalteca y pretendiendo imponerla en el Perú sin advertir que los desarrollos legislativos de uno y otro país difieren bastante.

La congresista Rosa Mavila admite que de conformidad con el artículo 139 de la Constitución Política del Perú sólo existen, en adición al fuero

ordinario y por vía de excepción, el fuero militar, que tiene jurisdicción sobre las Fuerzas Armadas y Policiales para perseguir y sancionar los delitos de función y del servicio militar, y la jurisdicción arbitral, regulada por el Decreto Legislativo 1071, que, a su turno, abre las puertas para resolver en esta vía las controversias sobre materias de libre disposición así como sobre aquellas que la ley o los tratados lo autoricen al punto que cuando se trate de un arbitraje internacional, la parte nacional, así sea el Estado o una sociedad, organización o empresa que él controla, no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse de las obligaciones derivadas del respectivo convenio arbitral.⁹

3. LA PRESUNTA OMISIÓN DE NO PODER SANCIONAR A LOS ÁRBITROS

El proyecto sostiene que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a), de la Constitución, sino que tiene su origen y en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la misma Constitución.¹⁰ De ahí infiere, equivocadamente por cierto, que los árbitros están facultados para administrar justicia al igual que los jueces y fiscales. Eso no es correcto. No administran justicia de la misma manera. Lo hacen de una forma claramente diferenciada. Sin embargo, para el documento no sólo es igual sino que pese a serlo, los árbitros *"no son fiscalizados ni sancionados igual que éstos [que los jueces], originándose una omisión del legislador en este sentido."*¹¹

Se presta una cita del Tribunal Constitucional que señala lo siguiente:

"La función jurisdiccional supone un ejercicio de la potestad de administrar justicia y en tal medida, [...] los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del

8. Op. cit.

9. Artículo 2, inciso 2, del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje.

10. Exp. 6167-2005, 08/07/05, P. FJ. 11, PV. En "La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias vinculadas de la Constitución." Tribunal Constitucional. Primera edición, agosto 2006, pág. 623.

11. Op. cit.

artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional. La naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional.

En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso. La jurisdicción arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido en la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional.”¹²

De esa glosa se colige el objetivo del proyecto que es el de corregir la presunta omisión de la normativa de no sancionar a los árbitros que desempeñan su función sin respetar los derechos fundamentales y el debido proceso, “introduciéndolos como autores del delito de prevaricato como se encuentra legislado para el caso de jueces y fiscales (artículo 418 del Código Penal)” para agregar a continuación lo siguiente:

“Cabe precisar, que esta propuesta además tiene asidero constitucional pues como ya se ha mencionado el artículo 139 de la Constitución admite como fuero jurisdiccional al fuero arbitral, lo que coloca al árbitro a la par de un juez, lo mismo sucede cuando el artículo 158 de nuestra Carta Magna otorga los mismos derechos, prerrogativas y obligaciones a los jueces y o fiscales. En consecuencia, la presente iniciativa además de corregir la

omisión de sanción establece una igualdad de responsabilidades entre personas que ejercen una función jurisdiccional e imparten justicia tanto entre privados, como entre éstos y el Estado.”¹³

El error es ese. Creer que hay una omisión en la legislación por no sancionar al árbitro que comete prevaricato. En primer término, sólo incurre en prevaricato “una autoridad, un juez o un funcionario” tal como meridianamente lo estipula el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ya citado. No hay forma de que incurra en prevaricato quien no ejerce un mandato derivado de la autoridad del Estado, quien no ejerce función pública. El prevaricato es, por tanto, consustancial a la función pública. Sólo puede ser cometido, según el artículo 418 del Código Penal peruano, por el juez o el fiscal que en el ejercicio de esa función pública dicta resoluciones o emite dictámenes “contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.”¹⁴

4. ORÍGENES DISTINTOS

Lo que le es aplicable al árbitro no le puede ser aplicable automáticamente al juez, entre otras cuestiones, porque tienen orígenes distintos. El árbitro es un juez privado que administra justicia no porque cumple con un turno que la ley le impone sino porque es elegido, bien por las partes o por otros árbitros o por los centros designados por ellas. Quienes los eligen se someten libremente a lo que dispongan. El juez no es escogido para cada caso sino que te toca al azar de suerte tal que no cabe estipular las mismas formas de reacción frente a unos y frente a otros. Si tú seleccionas a tu juzgador no puedes pretender después enviarlo a prisión. Puedes pretender cualquier otra cosa, pero no eso.

No puedes mandar a la cárcel a quien no puede mandarte a ti a la cárcel por una cuestión de equidad elemental. A diferencia del árbitro, el juez puede en efecto desenvolverse en distintas materias, incluidas las del derecho penal y del derecho de familia así como otras especialidades en las que ejerce funciones de ius imperium y donde el árbitro no tiene ni puede tener competencia

12. En Prevaricato. La guía de Derecho. <http://derecho.laguia2000.com/derechopenal/prevaricato•ixzz2KuFudvkh>.

13. Op. cit.

14. Artículo 418 del Código Penal Peruano, modificado por el Artículo Único de la Ley 28492, publicada el 12 de abril del 2005.

alguna. En el ejercicio de esas facultades, el juez puede emitir sentencias que te condenan a penas privativas de la libertad, prerrogativa de la que carece el árbitro que sólo resuelve disputas de carácter patrimonial y de libre disposición conforme al derecho, y al que, sin embargo, se le quiere poner en riesgo de perder su propia libertad y terminar con sus huesos en prisión, por incurrir supuestamente en la figura del prevaricato.

En tercer lugar, no puedes mancillar la majestad de la jurisdicción arbitral, constitucionalmente reconocida, y ponerla de rodillas frente a la jurisdicción ordinaria, ante la que por expreso mandato de la Carta Magna es equivalente, al punto que el artículo 62 dispone que *"los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial [...]"* Por si fuera poco, el artículo 139 confirma la autonomía arbitral que el proyecto violenta al ratificar que *"no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral."* Si el arbitraje sólo se aplica para resolver controversias derivadas de los contratos no cabe en modo alguno aspirar a aplicarles a los árbitros, en adición a todas las reclamaciones que puedes legítimamente formular contra ellos, las denuncias que la ley franquea al justiciable respecto de aquellos jueces que ventilan toda clase de asuntos incluidos naturalmente los que atañen a la libertad personal y a los delitos que se pueden perpetrar en su agravio. No hay que confundir las cosas.

No se trata de incrementar la carga procesal de la jurisdicción ordinaria que se encuentra saturada alentando que absolutamente todas las discrepancias se aireen en el Poder Judicial. De lo que se trata, para fortalecer la seguridad jurídica, generar más confianza y fomentar mayor inversión, es de propiciar que cada vez más peruanos se avengan a resolver las discrepancias que confrontan los demás en sus respectivas relaciones comerciales y no en ahuyentarlos y hacerles creer que por administrar justicia con rapidez y eficiencia, que es como se solucionan los problemas en el arbitraje, puedan terminar encarcelados.

5. EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El arbitraje ha sido incorporado en la normativa sobre contratación pública con el objeto de solucionar las discrepancias que podrían sobrevenir de la forma más rápida y eficaz, sin las

limitaciones de la vía judicial y con las ventajas de la especialidad de un árbitro, elegido por las partes o por sus pares, que conoce perfectamente la materia en disputa lo que abona a favor de la más pronta administración de justicia. Fue incorporado también para que los contratos que suscribe el Estado no terminen paralizados esperando que acaben esos largos procesos judiciales a los que en ocasiones recurrían los contratistas cuando comprobaban que no había forma de que sus reclamaciones prosperen.

Los contratos financiados con créditos procedentes del exterior venían y vienen hasta ahora con cláusulas arbitrales obligatorias y solucionaban y solucionan sus conflictos muy rápidamente. En cambio, los contratos financiados con fondos del tesoro público, que es dinero de todos los peruanos, no tenían esas estipulaciones y por consiguiente no podían resolverse en la vía arbitral. Las reclamaciones se dilucidaban en los tribunales administrativos y agotada esa vía en el Poder Judicial, instancia a la que muchos ni siquiera ya iban porque allí perdían todos, hasta el que ganaba, porque el eventual reconocimiento de sus derechos se producía tan tarde que muy probablemente ya ni existía la entidad que debía honrarlos o ésta carecía por completo de liquidez para el efecto. Los contratistas quebraban, los buenos y los malos, y muchos funcionarios públicos creían que ese era su encargo: hacerlos desaparecer, no pagarles lo que les correspondía y empujarlos a la resolución de sus contratos. Lo peor era que las obras quedaban inconclusas, el dinero perdido en el camino y el país sin la carretera, sin el hospital o sin el colegio que esperaba.

Hay que leer correctamente el mandato de la hora actual y no prestarle oídos a esos cantos de sirena de quienes lo único que quieren es que nuevamente nadie reclame nada y que el país regrese a niveles de atraso y subdesarrollo de los que afortunadamente estamos saliendo. Hay que fortalecer el arbitraje y no debilitarlo con proyectos como éste que lo único que pretenden es que nadie quiera administrar justicia desde el sector privado, es decir, que nadie acepte ser árbitro por el riesgo que ello implicará pues eventualmente podría terminar tras las rejas.

6. LOS ENEMIGOS DEL ARBITRAJE

No hay que olvidar, empero, que el proyecto presentado por la congresista Rosa Mavila León se inserta en esa persistente corriente de opinión destinada a eliminar el arbitraje o reducirlo a su

mínima expresión, especialmente en el ámbito de la contratación pública donde su uso es obligatorio desde 1998, cuando entró en vigencia la primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así denominada, de la mano de su Reglamento. Desde entonces esta norma ha tenido varias reformas y ha enfrentado múltiples intentos por derogarla o por cambiarla radicalmente que provienen de los más diversos e inesperados sectores. El suscrito, como sabe el lector, fue el autor del proyecto original de esa norma pionera en muchas conquistas pero fundamentalmente en la unificación legislativa y de órganos administrativos y en la incorporación del arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias en los contratos derivados de los procesos de selección que se convocan bajo su imperio.

Recuerdo de manera particular los primeros combates que tuve que librar con mis buenos amigos constructores que añoraban los tiempos del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas¹⁵, una de cuyas virtudes fue su permanencia en el tiempo y su extraordinaria capacidad para adaptarse a las transformaciones que los años traían al mundo que regulaba. Los contratistas ejecutores de obras no concebían que pueda existir un tribunal administrativo sin que un constructor –que conoce sus problemas– lo integre y que dirima los conflictos que se susciten con las entidades del Estado. Estaban acostumbrados a los tribunales del CONSULCOP que incluían a representantes de la poderosa Cámara Peruana de la Construcción. Debí persuadirlos de que no era lo mejor que el gato este de despensero con el agravante de que muchas veces ese mismo gato debía abstenerse de resolver las reclamaciones de otros contratistas ejecutores de obras porque eran socios o lo iban a ser en otras licitaciones o en otros proyectos o estaban de alguna otra forma vinculados comercialmente lo que hacía imposible que uno sea el juez del otro, con lo que la supuesta prerrogativa de que gozaban en apariencia se esfumaba en la práctica.

La revolución normativa que estudian muchos expertos que vienen de otros países, y que quisieran llevársela, hizo posible la creación del CONSUCODE –nombre que antecedió al de Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)–, en el que confluyeron los órganos administrativos preexistentes, como el mismo CONSULCOP y el CONASUCO, que administraba

la Ley de Consultoría 23554 y el Reglamento General de las Actividades de Consultoría, cuya última versión también tuvo la suerte de revisar y corregir en 1987. Esa concentración permitió que los funcionarios públicos no tengan que adiestrarse más en el manejo de varias leyes y reglamentos sino en una sola ley y en un solo reglamento para elaborar bases y términos de referencia, para convocar y organizar licitaciones, hacer adjudicaciones y administrar y liquidar toda clase de contratos.

Al amparo de esas innovaciones nació el Tribunal de Contrataciones del Estado que integran vocales especializados que resuelven las impugnaciones que se interponen en los procesos de selección desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro y la suscripción del contrato. Después de eso, cualquier reclamación se dilucida en la vía arbitral o previamente mediante una conciliación si es que este último procedimiento estuviese así previsto por las partes. Esta manera rápida y eficaz de dirimir las discrepancias ha despertado la lógica oposición de quienes desde el sector público viven para dilatar procesos, obstaculizar el cumplimiento de determinadas obligaciones o simplemente para no pagar a sus contratistas, en la creencia, a veces sincera, de que el papel del funcionario es corretear a su proveedor, reducir sus ingresos y finalmente hacerlo desaparecer, tal como se ha señalado. Como sucedía antes, cuando agotada la vía administrativa el contratista se abstenía de proseguir su reclamación en el Poder Judicial porque allí iba a perder con toda seguridad diez años de su vida y muy probablemente iba a gastar más dinero del que formaba parte de su pretensión.

Es cierto que ahora hay funcionarios que piensan de otra manera y que contribuyen al desarrollo del país facilitando la ejecución de los contratos y no entorpeciendo. No menos cierto es, sin embargo, que sus órganos de control y hasta la propia Contraloría General en ciertas ocasiones suelen desanimarlos con la apertura de procedimientos destinados a encontrar responsabilidades donde no las hay. Esa evidencia no quita en absoluto la obligación de perseguir y sancionar la corrupción con todo el peso de la ley. Pero para eso hay mecanismos y fórmulas que no deberían afectar el progreso del país y de sus contratistas serios y honestos que los hay y en mucho mayor número de lo que se cree.

Ello, no obstante, subsisten los enemigos del arbitraje, los que quisieran que los contratistas

15. RULCOP, originalmente aprobado mediante Decreto Supremo 034-80-VC del 21.11.1980.

vuelvan a sufrir más de la cuenta peregrinando por una ampliación de plazo o por un adicional, pretensión esta última que han encontrado la manera de extraerla de la competencia jurisdiccional de los árbitros en el afán de quitarle alas y espacios a este mecanismo de solución de diferencias. Lo han logrado, sin descaro. Y quieren más. Quieren proscribir el arbitraje de toda la contratación pública, de ese campo donde tan buenos resultados ha dado. Antes de 1998, como se ha anotado, no había solución para múltiples conflictos y las obras se quedaban paralizadas. Hoy hay solución para todo y las obras se terminan y se ponen en funcionamiento por encima de las deficiencias de origen, de los presupuestos deficitarios y de otros defectos que a menudo el arbitraje tiende también a corregir. Eso de por sí ya debería ser suficiente para ponderar este sistema que muchos países empiezan a reproducir con algunas variantes en sus respectivas legislaciones.

Subsisten también los estilistas de siempre que anhelan la norma perfecta y que sólo piensan en modificar los dispositivos con la sana intención de mejorar sus alcances y sus resultados. El objetivo es bueno siempre que no se pretenda hacer modificaciones traumáticas como la que se quiso hacer en el 2008 al amparo de la colaboración del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo cuyos delegados, sin embargo, tardaron en familiarizarse con la idiosincrasia, las buenas y malas prácticas y los riesgos de la actividad de contratar con el Estado. Pronto comprendieron que no es posible administrarnos con una ley marco de disposiciones muy generales y de un reglamento light dejando todo lo demás en manos de los comités especiales y de las bases y términos de referencia de cada proceso. Sería el pandemónium, por decir lo menos. Aquí, como en muchos países, hay que regular en detalle varias cuestiones y no dejar librado al azar más que algunos aspectos que dependen de lo que es objeto de la convocatoria.

Está muy bien que las normas se vayan perfeccionando con el paso del tiempo y que vayan incorporando dentro de sus textos lo que la experiencia va aconsejando. Pero eso debe ser progresivo, paulatino. No brusco, ni total. Las más importantes reformas son las que se hacen por partes, sin quebrar un ordenamiento que funciona como un reloj suizo y al que solo se le puede ir ajustando una que otra pieza, cuidando de que por tocar una no se afloje otra. Como se hizo en su

momento con el RULCOP y que tanto éxito cosechó.

Defendamos y cuidemos lo que tenemos que nos ha costado mucho. No olvidemos que otros quieren copiar lo que algunos de nosotros queremos eliminar. Esa es la paradoja de nuestro tiempo contra la que, sin embargo, debemos sublevarnos hasta vencer. Una de las primeras batallas deberá ser, en ese contexto, derrotar la absurda pretensión que trae consigo este Proyecto de Ley 2444/2012-CR que aspira a comprender a los árbitros en el delito de prevaricato como si fueran funcionarios públicos, jueces o fiscales y que en el fondo, quizás sin saberlo, quiere ahuyentar a los profesionales más serios de la noble tarea de administrar justicia. No lo debemos permitir.

7. EL ANTÍDOTO DE LA TRANSPARENCIA

Para fortalecer el arbitraje y ponerlo a buen recaudo de las tentaciones que por cierto existen en todas las actividades humanas nada mejor como la transparencia para cuyo efecto contribuye de manera especial el record arbitral¹⁶ que la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado desea convertir en una herramienta virtual para que quienes deban elegir árbitros cuenten con información oportuna y confiable para adoptar una mejor decisión. Cuando menos para que ésta se adopte conociendo cuántas veces y quiénes han designado a un determinado árbitro, las instalaciones en las que ha participado, las recusaciones de las que ha sido objeto, los laudos que ha emitido y las sentencias que eventualmente se han expedido respecto de aquéllos.

La idea es permitir el seguimiento de los árbitros y de sus procesos y que ello lo puedan hacer no sólo los interesados sino la ciudadanía en su conjunto que puede de esta manera supervisar y fiscalizar el cumplimiento de la ley cautelando la adecuada administración de los fondos públicos que están de por medio y facilitando el desarrollo de estudio especializados en la materia que contribuirán a señalar tendencias y formas de resolver ciertos casos más frecuentes con lo que se creará una suerte de jurisprudencia arbitral que podrá dotar de invalorable márgenes de predictibilidad a las reclamaciones que se formulan.

Este año se podrá en operaciones una segunda versión de este record arbitral que mejora

16. Ver: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/record-arbitral>.

considerablemente los niveles de transparencia en busca de dotar de mayor información y de facilitar el sistema de búsquedas para hacerlo más especializado y para empoderar a la comunidad arbitral sin costo alguno con documentación completa, veraz y confiable no sólo sobre los profesionales que ejercen la función arbitral, que era el objetivo de la primera versión, sino también sobre las entidades y sobre los contratistas que intervienen en estos procesos.

La nueva versión incluye información sobre denuncias, sanciones y sobre devolución de honorarios arbitrales. Adicionalmente ofrecerá la posibilidad de identificar todos los procedimientos administrativos seguidos ante el OSCE que vinculen entre sí a dos o tres árbitros determinados, así como los procesos en los que éstos hayan emitido laudos. A través de otra consulta se podrá saber los procedimientos y laudos que vinculen a un árbitro con una entidad o con un contratista determinado. Finalmente se abrirá una ventana para conocer cómo designan las entidades a sus árbitros pues proporcionará los nombres de los profesionales que han sido nominados por la entidad que se seleccione.

Se trata de un esfuerzo destinado a dotar de mayor transparencia e información documentada no sólo a los operadores del sistema de contratación pública sino a todos los interesados que deseen supervisar o fiscalizar la forma en la que se invierten finalmente los fondos del tesoro.

8. DESMITIFICANDO EL PARADIGMA DE LA RESERVA

Personalmente recuerdo que cuando elaboré el primer proyecto de la Ley de Contrataciones¹⁷ e incorporé el arbitraje obligatorio como mecanismo de solución de controversias en todos los contratos que el Estado suscribe para la adquisición de bienes, servicios y obras, y propuse que todas las actuaciones se difundieran a través del portal del organismo supervisor, los más importantes miembros de la comunidad arbitral se opusieron de inmediato pues para ellos el planteamiento atentaba frontalmente contra la reserva, considerado hasta entonces como uno de los paradigmas de la institución arbitral.

Admito que costó mucho convencer primero a las autoridades y después a varios colegas que las

cosas de los particulares efectivamente interesan mayormente sólo a los particulares pero que las cosas del Estado interesan a todos porque lo que está en juego aquí no es el dinero de los privados sino los fondos públicos. Si una empresa privada elige mal a su árbitro muy probablemente le vaya también mal en el proceso y eso en realidad afectará únicamente a sus propietarios. Al menos, eso ocurrirá en la mayoría de los casos. En cambio, si una entidad del Estado selecciona mal a su árbitro y adicionalmente le va mal en el proceso, eso afecta a todos, porque, aunque sea una verdad de Perogrullo, el Estado nos pertenece a todos y por consiguiente todos también tenemos el derecho de interesarnos en saber cómo se manejan y resuelven sus asuntos.

En un principio se empezaron a difundir los laudos. Es cierto que con muy poco entusiasmo porque el paradigma no había sido aún desmitificado. Los árbitros se resistían a facilitar su publicación y para las entidades tampoco era importante. Menos aún para los contratistas, muchos de los cuales preferían, como prefieren algunos hasta ahora, que algunos de esos laudos no sean difundidos. Posteriormente se advirtió que gran parte de los problemas podían solucionarse inoculándole más transparencia a los procesos y en esa línea se forzó ya no sólo a difundir los laudos sino también las resoluciones que emite el OSCE de designación, de recusación e incluso algunas de las principales actuaciones procesales.

9. EL GRAN SALTO

Ahora se aspira a dar el gran salto para que ya no sólo se sepa a quiénes se designa por defecto de las partes en elegir a sus árbitros o de éstos en elegir al tercero, sino a quiénes designan las propias partes, los contratistas y las entidades. Algunas sorpresas se encontrarán, desde luego. Y naturalmente algunas malas prácticas también se terminarán porque se ventilarán públicamente y obligarán a quienes incurren en ellas a abstenerse de continuarlas pues de lo contrario se encontrarán con nuevas recusaciones.

Del mismo modo se podrá comprobar a quiénes algunos árbitros suelen proponer o designar como presidentes de los tribunales que integran y aunque esa será una tarea un poco más elaborada se podrá desentrañar algunos misterios celosamente guardados, con lo que los secretos

17. Que se convertiría en la Ley 26850.

se esfumarán en beneficio de una más amplia y plural conformación de los tribunales. Porque todo aquello que traiga más publicidad y más transparencia siempre será una buena noticia.

Cuando incorporamos el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la contratación pública lo hicimos seguros de que había que hacerlo obligatorio para que pueda ser útil y confiables en que era la forma más rápida y eficaz de resolver las disputas, porque hasta entonces éstas o se resolvían en los tribunales administrativos, que tenían sus propias limitaciones, o, agotada esta vía, se derivaban al Poder Judicial incrementando su carga procesal con la certeza de que allí se iba a perder todo, tiempo, dinero y expectativas, independientemente del resultado del proceso.

El arbitraje era en el Perú algo reservado para los conflictos comerciales y para los contratos que el Estado suscribía con financiamiento de instituciones multilaterales de crédito que exigían esta fórmula para dilucidar las desavenencias. La revolución legislativa que tuvimos el honor de impulsar, como decimos siempre, popularizó y democratizó el arbitraje, introduciéndolo en todos los contratos que celebra la administración pública y llevándolo hasta los rincones más apartados del país.

Desde luego que eso trajo consigo muchos beneficios. Los conflictos se empezaron a resolver muy rápidamente. Los contratistas dejaron de quebrar tan fácilmente porque encontraron una vía eficaz para no dejar de reclamar lo que en justicia les correspondía. Muchos profesionales se involucraron en este asunto, básicamente árbitros, abogados y peritos. Los centros de arbitraje incrementaron considerablemente sus actividades.

10. LA NIÑA FEA

Desde las cúpulas que dominaban el escenario hasta antes de la promulgación de la Ley 26850 que lideró la revolución normativa y cuyo primer proyecto personalmente elaboré, se comenzó a mirar al arbitraje en la contratación pública con desdén, como si fuera la niña fea de la fiesta con la que, sin embargo, todos al final querían bailar porque se convirtió muy pronto en la que pagaba toda la cena.

Los arbitrajes en la materia se multiplicaron dejando a los pleitos comerciales y de otros rubros totalmente rezagados tanto en volumen de procesos como en montos comprometidos. Los arbitrajes en la contratación pública pasaron a prevalecer en absolutamente todos los frentes al

punto de convertir al Perú y a Lima en particular en una estratégica y potencial sede internacional de arbitrajes por la experiencia que adquirieron sus árbitros y sus centros y desde luego por la amplia jurisprudencia que se empezó a forjar.

Ello, no obstante, democratizar el arbitraje y llevarlo de los grandes salones a la mesa popular también trajo los problemas que confronta toda actividad que compromete diversos intereses en juego. Los tentáculos de la corrupción y las malas prácticas también se popularizaron y tentaron a la institución. Hay que reconocer que no tuvieron, sin embargo, el éxito que pueden obtener en otros sectores porque aquí la transparencia permite que todo se conozca. En el arbitraje en contratación pública todo se publica, las designaciones, las recusaciones, las conciliaciones y los laudos, de manera que la opinión pública sigue todas las incidencias de un proceso y puede difundir, criticar y denunciar lo que no le parezca correcto, prerrogativa que no existe en ninguna otra actividad.

Las entidades del Estado, empero, delegan en los tribunales arbitrales para que sean éstos los que adopten una serie de decisiones que deberían tomar aquéllas. Lo hacen con el propósito de no tener que responder más adelante a sus órganos de control que equivocadamente persiguen a quienes toman decisiones en lugar de sancionar principalmente a quienes las esquivan. Podrá advertirse fácilmente que la mayoría de arbitrajes en contratación pública están dedicados a eso, a resolver cuestiones de mero trámite. De ahí se infiere que las entidades pierden la mayoría de sus arbitrajes cuando lo cierto es que se trasladan a los tribunales, como queda dicho, la responsabilidad de decidir lo que ellos deberían hacer.

Una lectura apresurada de esas estadísticas conduce inevitablemente a proponer la revisión del rol del arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias y a plantear su eliminación o cuando menos a ponerle algunos candados como los que la última reforma de la Ley de Contrataciones del Estado y de su Reglamento introducen y que terminan distorsionando peligrosamente a la institución o como el que plantea el Proyecto de Ley 2444/2012-CR que se ha comentado. Es una reacción comprensible, pero equivocada. El antídoto con el que se quiere recuperar al paciente, esta vez, puede terminar poniéndolo en estado de coma, escenificando una nueva versión de la conocida y perversa costumbre nacional de prescribir un remedio que es peor que la enfermedad.