

GESTIÓN DE INTERESES Y EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Por: David Torres Pachas

Investigador del IDEHPUCP y miembro del DEPEC



La absolución de Rómulo León en el caso Petro Audios por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias trajo nuevamente al debate la discusión sobre la posibilidad de que el gestor de intereses (figura regulada y reconocida por la Ley N° 28024), pueda ser sancionado como autor de este delito. Según dicha sentencia, ello no sería posible incluso si el gestor no se encontrara reconocido formalmente conforme lo dicta dicha

ley y su reglamento. En el comentario jurisprudencial anterior mencionamos brevemente este tema¹, por lo que en esta oportunidad trataremos de ampliarlo, incorporando algunos elementos de juicio para su eventual análisis y discusión.

1. I. La conducta prohibida por el delito de tráfico de influencias

Según el artículo 400° del Código penal, comete el delito de tráfico de influencias,

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro 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.

Aun cuando la conducta descrita por el artículo 400° podría ser confusa por el conjunto de elementos que menciona, bien podríamos señalar que el delito de tráfico de influencias sanciona el acuerdo de intercesión ilegítimo ante la Administración Pública. Acuerdo que además se gesta a través del compromiso de contraprestaciones recíprocas. Así, por un lado, el intermediario se compromete a interceder en favor del interesado ante la Administración Pública a partir del ejercicio de influencias sobre un funcionario público, mientras que éste último entregará algún beneficio a cambio de dicha gestión.

Alguien podría señalar que, a fin de cuentas, se trata de una conducta que se produce dentro de un ámbito absolutamente privado y por tanto ajena

¹ Disponible en: <http://goo.gl/j0uupC>.

a los delitos de corrupción de funcionarios. Y ello si tomamos en cuenta que: i) las influencias pueden ser reales o simuladas; ii) no es necesario que el intermediario incida en la decisión del funcionario público y iii) no es necesario que el funcionario falle favoreciendo al interesado. Así pues, la prohibición se concentraría exclusivamente en el acuerdo de intercesión.

Una postura de dicha naturaleza no toma en cuenta que el acuerdo de intercesión se realiza en el contexto de una decisión pública (un “*caso judicial o administrativo*”, según el tipo penal). Y esta conducta se sanciona porque se trata de evitar que se genere una serie de acuerdos de intercesión en ese contexto (basta pensar en procesos penales, civiles o contrataciones con el Estado). El Derecho Penal procura que no se genere una lucha de redes de intereses al interior del contexto de decisión pública con el fin de procurar que la Administración funcione de acuerdo al plan constitucional que se tiene asignado para ella.

2. Gestión de Intereses

La gestión de intereses en el Perú se encuentra regulada por la Ley N° 28024 y su reglamento (Decreto Supremo N° 099-2003-PCM). Conforme al artículo 3 del reglamento, la gestión de intereses “*es la actividad mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas*”. La misma ley señala en su artículo 4 que debe entenderse como decisión pública a todo “*proceso mediante el cual la administración pública establece políticas o toma de decisiones de cualquier naturaleza que tengan una significación económica, social o política de carácter individual o colectivo, o que afecten intereses en los diversos sectores de la sociedad*”.

La gestión de intereses puede incidir sobre decisiones públicas referidas al estudio y debate de Proyectos de Ley, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia, Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales, Resoluciones Viceministeriales, Resoluciones Directorales, programas, proyectos y posiciones institucionales, convenios, contratos, Ordenan-

zas Regionales, Acuerdos de Consejo Regional, decretos y Resoluciones Regionales así como ordenanzas, decretos y resoluciones municipales (artículo 4 de la ley). Tal y como puede apreciarse, quedan de lado decisiones de carácter jurisdiccional. Así lo establece la ley en su artículo 1 cuando dispone que “*(...) no comprende las funciones jurisdiccionales del Poder Judicial, de los organismos constitucionales autónomos y de las autoridades y tribunales ante los que se sigue procesos administrativos*”.

En cuanto a la figura del gestor de intereses, este puede ser de dos tipos (art. 8 de la ley):

- a. Los que realizan actos de gestión de sus propios intereses; y
- b. Los que realizan actos de gestión en representación de intereses de terceros, percibiendo un honorario, remuneración o compensación económica, a los que se llamará en adelante gestores profesionales.

De otro lado, según el artículo 12 de la Ley N° 28024 se establece la obligación de inscribirse en el Registro Público de Gestión de Intereses, ya que de lo contrario constituirá una infracción muy grave (artículo 41 inciso i del reglamento). En ese sentido, cabe mencionar que en la

«Así, por un lado, el intermediario se compromete a interceder en favor del interesado ante la Administración Pública a partir del ejercicio de influencias sobre un funcionario público, mientras que éste último entregará algún beneficio a cambio de dicha gestión».

actualidad, los registros de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos señalan que las siguientes personas (5 naturales y 1 jurídica) son gestores de intereses formalmente reconocidos²³:

LISTADO NACIONAL DE GESTIÓN DE INTERÉS			
Nº	Partida	Gestor Profesional	Zona Registral
1	12960264	Johnny Vicente Montalvo Falcón	Nº IX-Sede Lima
2	12649492	Concertum Gestión Profesional de Interés S.A.C.	
3	12955896	Carlos Enrique País Martínez	
4	12417616	César Augusto Sulca Jordan	
5	12691296	Juliana Edith Reymer Rodriguez	
6	11276362	Manuel Eduardo Gonzales Gamarra	Nº XII-Sede Arequipa

3. El gestor de intereses como autor del delito de tráfico de influencias

Para analizar si el gestor de intereses puede cometer el delito de tráfico de influencias, es necesario diferenciar entre los casos de gestores profesionales y gestores de intereses propios.

Si se tratara de gestores profesionales, resulta conveniente analizar, siguiendo en este aspecto a Bramont-Arias⁴, dos momentos:

2 Se puede acceder al listado a través de la página de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP (<https://www.sunarp.gob.pe/>) siguiendo la siguiente ruta: Avisos registrales por disposición legal – 7. Registro Público de Gestión de Intereses (Ley N° 28024).

3 Según el artículo 9 del reglamento de la Ley N° 28024, “Para realizar actos de gestión de intereses, los gestores profesionales deberán estar previamente inscritos en el Registro y contar con su respectivo número de inscripción vigente, el que constituirá la licencia a que se refieren los literales c) y d) del artículo 19 de la Ley.

Los gestores de intereses propios quedarán inscritos en el Registro mediante la inscripción del primer acto de gestión, que deberá registrarse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que fue realizado”.

4 Bramont-Arias Torres, Luis Alberto. La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias. En: Actualidad jurídica, tomo N° 127 (jun. 2004). P. 93.

A. Antes de que el gestor de intereses contacte con el funcionario público

En este punto habrá que preguntarse si la conducta del gestor podría coincidir con la figura del intermediario (autor) de dicho delito. De dicho análisis se puede apreciar que el gestor profesional, al recibir una remuneración por interceder en favor de un tercero, cumpliría con algunos de los requisitos. Según Bramont-Arias ambas figuras coincidirían, al punto que “(...) *el gestor de intereses, que vendría a ser un traficante de influencias, puede vender dichas influencias a cualquier persona por interceder ante un funcionario que tenga que tomar una decisión pública*”⁵⁶.



«habrá que preguntarse si la conducta del gestor podría coincidir con la figura del intermediario (autor) de dicho delito. De dicho análisis se puede apreciar que el gestor profesional, al recibir una remuneración por interceder en favor de un tercero, cumpliría con algunos de los requisitos». Foto: ©Diario Gestión

No obstante dicha afirmación, nosotros consideramos que sí puede establecerse una diferencia ya que en el delito de tráfico de influencias el ofrecimiento de interceder se realiza en base al uso de influencias. Es decir, que en este caso el traficante ofrece apelar a sus vínculos amicales, familiares o de cualquier otra índole para influir sobre el funcionario público y así obtener una decisión favorable. Si bien es cierto que el gestor de intereses busca influir en una decisión pública (es su labor por definición), se entiende que dicha actividad debe realizarse a través de la exposición y justificación de

5 Op. Cir. P. 93.

6 Según el mismo Bramont-Arias, “No obstante, si bien esta actuación del gestor de intereses configura típicamente el delito de tráfico de influencias, dicha conducta estaría justificada por el Ordenamiento Jurídico a través de la Ley de Gestión de Intereses; más específicamente, estaría subsumida dentro de la causa de justificación que consiste en actuar en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo. Por lo que dicha conducta no sería objeto de una sanción penal al estar permitida por nuestro Ordenamiento; es decir, la Ley de Gestión de Intereses viene a legalizar una conducta que antes de su vigencia en varios casos constituiría el delito de tráfico de influencias”. Op. Cit. P. 93.

las razones en virtud de las cuales una decisión pública podría afectar de manera negativa la actividad de su representada (persona natural o jurídica).

Solo así se entiende porqué el artículo 37 del reglamento de la Ley N° 28024 establece ciertas normas éticas:

Los gestores de intereses se encuentran obligados a observar las siguientes normas de ética en el ejercicio de sus actividades:

(...) c) Abstenerse de formular requerimientos que conlleven a que el funcionario con capacidad de decisión pública incumpla cualquiera de las obligaciones a su cargo;

d) No prometer o realizar beneficios de cualquier tipo, proveer servicios o entregar bienes de cualquier naturaleza por encargo del titular del interés, en el caso de los gestores profesionales, o de manera directa, tratándose de gestores de intereses propios, sea personalmente o a través de terceros a favor de los funcionarios con capacidad decisión pública, así como de su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad. Esta obligación se aplica inclusive con anterioridad o posterioridad al acto de gestión realizado ante el funcionario. No se encuentran comprendidos en este inciso, las excepciones contempladas en el artículo 18 de la Ley;

e) Abstenerse de ejercer actos de gestión ante funcionarios con capacidad de decisión pública, respecto de los cuales se mantenga un vínculo de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.

De esta manera puede afirmarse que el gestor de intereses no recibe sus honorarios para que apele a sus vínculos al interior de la Administración Pública, sino con el propósito de que justifique la intervención o reclamo de su representada ante una decisión pública. Recibe sus honorarios para que fortalezca tales argumentos y los explique al funcionario encargado de formular una decisión. Así también se entiende porqué es una obligación que las comunicaciones entre funcionarios y gestores sean públicas. Según el artículo 26 del reglamento, *“Se inscriben en el Registro: (...) b) Los actos de gestión que realicen los gestores de intereses, los mismos que estarán expresados en la constancia respectiva”*.

Si de dichas comunicaciones se descubriera que existen indicios que detrás está la búsqueda de favoritismos y beneficios en base a ciertos vínculos entre funcionario y gestor, en nuestra opinión la gestión sería ilegal y serviría como una alerta de la posible comisión del delito de tráfico de influencias.

Por lo tanto, nosotros consideramos que un gestor de intereses profesional sí puede cometer el delito de tráfico de influencias. El análisis deberá realizarse con respecto al acuerdo entre gestor y representada. Será tráfico de influencias si puede comprobarse que dicho acuerdo de intercesión pretende formularse a partir de vínculos de amistad con los funcionarios públicos y no como consecuencia de una defensa idónea y objetiva de las posibles repercusiones que tendrá una decisión pública sobre la actividad de la representada.

B) Cuando el gestor de intereses se contacta con el funcionario público

Como bien indica Bramont-Arias, *“(...) en el delito de tráfico de*

«De esta manera puede afirmarse que el gestor de intereses no recibe sus honorarios para que apele a sus vínculos al interior de la Administración Pública, sino con el propósito de que justifique la intervención o reclamo de su representada ante una decisión pública. Recibe sus honorarios para que fortalezca tales argumentos y los explique al funcionario encargado de formular una decisión».

influencias no se requiere la participación de un funcionario público, por lo que en este segundo momento dicha relación no puede ser abarcada por el delito de tráfico de influencias”. Tal y como señalábamos en líneas anteriores, la comisión del delito de tráfico de influencias se concentra sobre el acuerdo de intercesión ante la Administración Pública, por lo que cualquier conducta posterior estará fuera del alcance de la conducta típica.

De otro lado, y analizando solo el contacto entre gestor y el funcionario público, tampoco se apreciaría el delito de tráfico de influencias ya que no existiría un intermediario. Desde esta perspectiva, el gestor podría ser considerado como el interesado; sin embargo, se aprecia que este va a tratar directamente con el funcionario público, por lo que desaparecería la figura del intermediario. Similar situación sucederá en el caso de gestores de intereses propios, quienes directamente deben defender su postura frente al funcionario que emitirá la decisión pública.

Aun cuando podría afirmarse que el funcionario podría ser el intermediario entre el gestor (interesado) y la Administración Pública, la ley es clara al afirmar que la figura del gestor de intereses no puede ser asumida por un funcionario público y menos aun por quien deberá emitir una decisión (artículo 9 inciso b de la ley). Este esquema por tanto también queda descartado.

Solo podrían presentarse delitos de corrupción (en concreto, supuestos de cohecho) en este segundo momento si el gestor ofrece alguna dádiva al funcionario público para que realice una actividad en contra de sus funciones (cohecho activo propio) o para que actúe conforme a ellas (cohecho activo impropio)⁸.

⁷ Op. Cit. P. 93.

⁸ Según el artículo 17 de la ley, “Los funcionarios de la administración pública comprendidos en los alcances de la presente Ley están prohibidos de aceptar directa o indirectamente cualquier liberalidad de parte de los gestores de intereses o de los terceros en cuya representación actúen, de ser el caso.

La prohibición incluye obsequios, donaciones, servicios gratuitos, ofertas de cargos o empleos.

Las prohibiciones alcanzan al cónyuge del funcionario público, así como a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad”.

NOTICIAS

RESUMEN DE NOTICIAS SOBRE ANTICORRUPCIÓN Y JUSTICIA PENAL

