

BOLETÍN Nº 3 - 2016

ANTICORRUPCIÓN Y JUSTICIA PENAL

ISSN 2410-5899



GRUPO DE INVESTIGACIÓN
DERECHO PENAL
Y CORRUPCIÓN



PUCP



CONTENIDO

PRESENTACIÓN

La segunda vuelta y las propuestas para combatir la corrupción

Por: [Yvan Montoya Vivanco](#)

ARTÍCULO

La constitucionalidad de la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el caso Fujimori

Por: [Yvan Montoya Vivanco](#)

COMENTARIO ACADÉMICO

El buen gobierno como bien jurídico categorial de los delitos de corrupción

Por: [Yvana Novoa Curich](#)

COMENTARIO ACADÉMICO

Gestión de intereses y el delito de tráfico de influencias

Por: [David Torres Pachas](#)

NOTICIAS

PRESENTACIÓN

LA SEGUNDA VUELTA Y LAS PROPUESTAS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Por: Yvan Montoya Vivanco

Investigador del IDEHPUCP y Coordinador del DEPEC



Dos alternativas han quedado luego de las elecciones del 10 de abril. La propuesta fujimorista del Frente Popular y la propuesta de Peruanos Por el Cambio del candidato Pedro Pablo Kuczynski. El debate próximo entre los dos candidatos que han quedado en contienda para la segunda vuelta, organizado por el JNE, debe ser la oportunidad para exigirles a los dos candidatos sus propuestas más integrales para combatir la corrupción. Tanto en sus respectivos planes de gobierno como

en sus presentaciones en eventos electorales durante la primera vuelta dan muestra de medidas aisladas y puntuales. Ello lo hemos cuestionado anteriormente y de manera más amplia en otro número del boletín¹.

Pues bien, este es el momento para que los equipos de ambos candidatos se esfuercen en presentarnos propuestas integrales de combate a la corrupción. Ello supone exigirles que nos digan qué van a hacer específicamente en el ámbito de las políticas educativas, en el ámbito de las políticas preventivas, en el ámbito de las políticas administrativas y en el ámbito de la política criminal, tanto para la gran corrupción o corrupción política como para la corrupción cotidiana. La corrupción es un fenómeno multicausal y como tal requiere un enfrentamiento integral y sistémico. De lo contrario se tratará de pequeños parches que nos llevarán, siempre, a estar detrás o a la zaga de las iniciativas corruptas.

Evidentemente nosotros esperaríamos propuestas sustanciales que apunten a la raíz del problema y al impacto radical sobre la corrupción, pero ello significaría una modificación sustancial de varios acápites de la Constitución que la verdad ignoro si los candidatos presidenciales o el parlamento, recientemente electos, están dispuestos a asumir.

De cualquier manera, más allá de las propuestas o políticas a las cuales los candidatos se comprometan, existe un factor esencial que no podemos apreciar directamente y que nos impide ser ingenuos. Se trata de la real voluntad política de cualquiera de ellos para emprender una lucha frontal contra la corrupción. Sólo el antecedente de los candidatos, los personajes que los rodean, sus prácticas y tolerancias actuales, nos pueden aproximar de alguna manera a la verdadera voluntad de estos candidatos. Corresponde al electorado informarse bien y tomar una decisión.

¹ MONTOYA VIVANCO, Yvan. "Las propuestas anticorrupción en los candidatos presidenciales". Boletín Anticorrupción y Justicia Penal. Lima: IDEHPUCP. Número 1, enero de 2016. PP. 4-9. Disponible en: <<http://goo.gl/VKeXsz>>.

ARTÍCULO

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO FUJIMORI

Por: Yvan Montoya Vivanco

Investigador del IDEHPUCP y Coordinador del DEPEC



Foto: @lapatilla.com

Hemos tomado conocimiento ayer en la tarde sobre la decisión del Tribunal Constitucional de desestimar la demanda de Habeas Corpus planteada por la defensa del condenado, ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, y por medio de la cual se pretendía anular

la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (confirmada por la Sala Penal Transitoria) de fecha 7 de abril de 2009. En virtud de dicha sentencia se le condenó por los delitos de asesinato, secuestro agravado y lesiones graves. Sin embargo, la sentencia hasta el día de cierre de este boletín no ha sido publicada. Adelantándonos a lo que consideramos podría ser uno de los argumentos centrales de la decisión del TC, exponemos a continuación las razones por las cuales siempre hemos afirmado la constitucionalidad de la referida sentencia.

Los cuestionamientos constitucionales que plantea la defensa de Fujimori

La defensa del condenado, ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori planteó una demanda de habeas corpus en favor de éste, argumentando fundamentalmente dos cuestionamientos constitucionales contra la sentencia de la Sala Penal Especial.

En primer lugar se argumenta que la sentencia mencionada afecta el principio de legalidad (garantía de tipicidad) en la medida que la sentencia referida habría calificado o tipificado los hechos también como crímenes de lesa humanidad y dichos tipos penales no se encuentran incorporados en nuestra legislación penal interna. Más aun, indica la defensa del condenado, que el Estatuto de Roma y el Convenio sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad constituyen instrumentos internacionales que entraron en vigencia con posterioridad a los hechos de la masacre de Barrios Altos y la desaparición y ejecución extrajudicial de 9 estudiantes y un profesor de la Universidad la Cantuta. En otras palabras, no pueden ser utilizados para hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia (irretroactividad de norma penal desfavorable).

En segundo lugar, se plantea en el habeas corpus indicado, la vulneración del principio de independencia e imparcialidad judicial, al menos de uno de los tres magistrados que integraron la Sala, el Vocal Supremo Cesar San Martín. De acuerdo con este cuestionamiento, el Vocal San Martín, al haber solicitado opinión jurídica al seminario de la Universidad de Alicante sobre la imputación fiscal y el modelo teórico penal que en él se plantea sobre la autoría mediata por dominio de organización, habría incurrido en infrac-

ción a dichos principios constitucionales y garantías de las administración de justicia. En el presente comentario nos limitaremos al primer cuestionamiento, esto es, sobre el principio de legalidad, sin perjuicio de considerar adelantadamente que el segundo cuestionamiento tampoco resulta fundado porque la naturaleza del pedido de opinión técnica no denota forma de parcialidad a favor de una de las partes. Sobre ello nos detendremos en nuestro próximo boletín.

Sobre el principio de legalidad penal

Tal como lo hemos indicado, para la defensa de Fujimori dos son las garantías del principio de legalidad que se consideran afectadas con la sentencia de la Sala Penal Especial: tipicidad e irretroactividad de la norma penal desfavorable. Con relación a la garantía de tipicidad y la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad, se trata de un tema que ya hemos tratado extensamente en otros trabajos¹. Aquí sólo un resumen de nuestra posición al respecto. Efectivamente, las calificaciones complementarias (crímenes de lesa humanidad o delitos que implican graves violaciones de los derechos humanos) adscritas a principales tipificaciones penales comunes (asesinato, secuestro, lesiones, etc.) no vulneran las garantías del principio de legalidad (especialmente la garantía de irretroactividad de la norma penal desfavorable y de tipicidad) dado que se trata de una calificación que no es de naturaleza incriminatoria directa sino que tiene fines accesorios diversos.

Para entender esta conclusión es importante tener en cuenta algunos presupuestos. En primer lugar, la estructura normativa peruana, según el modelo constitucional, es el de un monismo (con prevalencia del Derecho Internacional)², esto es, tanto el derecho internacional (convencional o no convencional) como el Derecho interno son parte del derecho vigente y vinculan

conjuntamente a la jurisdicción nacional (art. 27 del Convenio de Viena). Se trata de un monismo moderado porque las normas de derecho internacional se aplican directamente³, siempre que se trate de normas jurídicas completas, esto es, normas en las que se identifiquen sus dos elementos esenciales: un supuesto de hecho con su consecuencia jurídica.

En segundo lugar, es importante no perder de vista el tipo de fuente de las normas de Derecho Internacional. Es decir, pueden tratarse de normas de fuente convencional contenidas en tratados internacionales a los cuales el Perú es parte, especialmente de Derechos humanos o de Derecho penal internacional. Pero también de Derecho no convencional, es decir, normas de carácter consuetudinario y de orden público internacional (el art. 53 Convención de Viena regula las normas de *ius cogens*). Ambos tipos de normas (convencionales y no convencionales) son normas vigentes de Derecho internacional y parte del Derecho nacional. Como tales, entonces, vinculan a los operadores judiciales del Estado peruano.

Teniendo en cuenta lo mencionado hasta aquí, debe reconocerse que la norma internacional que exige la calificación de determinados hechos como crímenes

«El art. 53 de la Convención de Viena de 1969, de la cual somos parte, señala que “las normas imperativas de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto y no admite acuerdo en contrario (...)”».

¹ MONTROYA VIVANCO, Yvan, “Las diversas calificaciones de una violación de derechos humanos y el principio de legalidad”, en: Temas de Derecho penal y violación de Derechos Humanos, IDEHPUCP, Lima, 2012, p. 125 y ss. Una última versión en “El principio de legalidad y las diversas calificaciones de un hecho de violación de los derechos humanos”, en: Teoría del Delito (coordinadores Raul Pariona y Esteban Pérez Alonso), Instituto Pacífico, Lima, mayo 2015.

² SALMON, Elizabeth. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos, PUCP, Lima, 2000, p. 103

³ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 025-2005 PI/TC de 25 de abril de 2006, confirmada por Sentencia de 19 de febrero de 2009 (Exp. 3343-2007 PA/TC).

de lesa humanidad y le asigna como consecuencias su persecución punitiva intemporal (imprescriptibilidad) o la posibilidad de juzgamiento universal (jurisdicción universal), se encuentra en dos tipos de fuentes alternativamente considerados. Por un lado, en fuente convencional (Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad-1968- y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -2002) y, por otro lado, en fuente no convencional. En este último rubro nos encontramos especialmente con normas de ius cogens (normas de orden público internacional) que vinculan a todos los Estados, independientemente que sean parte o no de las convenciones internacionales antes mencionadas. Efectivamente, el art. 53 de la Convención de Viena de 1969, de la cual somos parte, señala que “las normas imperativas de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto y no admite acuerdo en contrario (...)”. En esta perspectiva, la norma internacional que exige la calificación de determinados hechos como crímenes de lesa humanidad y le asigna la consecuencia de su persecución intemporal y de posibilidad de juzgamiento universal, es una norma de ius cogens en la medida que diversos pronunciamientos de los órganos de las NNUU y la declaración continua de los Estados así lo reconocen⁴.

Pues bien, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la sentencia que comentamos, establece la culpabilidad del ex Presidente Fujimori por los hechos de la Cantuta y de Barrios Altos y lo condena por los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro, vigentes en nuestra legislación penal interna desde antes de la realización de los mencionados hechos. Entonces, se trata de un proceso de subsunción de los hechos a los tipos penales comunes, adecuados y vigentes con anterioridad y, por tal motivo, incuestionables desde el punto de vista de las garantías del principio de legalidad, como el de la irretroactividad de la ley penal desfavorable. La calificación complementaria de los hechos como crímenes de lesa humanidad con fines relacionados a su forma de persecución no es alcanzada por las garan-

⁴ Ver mi texto MONTROYA, Yvan. “El principio de legalidad y las diversas calificaciones de un hecho de violación de los derechos humanos”, Op. Cit., p. 55. También la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 2011.



«Se trata de un proceso de subsunción de los hechos a los tipos penales comunes, adecuados y vigentes con anterioridad y, por tal motivo, incuestionables desde el punto de vista de las garantías del principio de legalidad, como el de la irretroactividad de la ley penal desfavorable». Foto: ©impacto.net.pe

tías del principio de legalidad tal como lo reconoce nuestro propio Tribunal Constitucional. En este último caso, cabe señalar la sentencia de fecha 21 de marzo de 2011 (Exp. 0024-2010 PI/TC) con relación al Decreto Legislativo 1097:

56. Ahora bien, una cosa es afirmar que las normas atinentes a la descripción de la conducta típica y la pena imponible sean las vigentes en el momento en que se produce el acto o la omisión penalmente reprochable (a menos que sobrevenga una más favorable), y otra, muy distinta, sostener que este criterio rige necesariamente también para las normas que determinan el tiempo durante el cual dicha conducta es susceptible de persecución penal.

El contenido esencial del principio de legalidad penal, se encuentra referido a la conducta típica y a la pena, más no a la prescripción de la acción penal. La Norma Fundamental, en su artículo 139°, inciso 13, se limita a especificar uno de los efectos de la declaración de la prescripción penal (“produce[] los efectos de cosa juzgada”), y en su artículo 41° *in fine*, impone una regla para su cálculo en el caso de los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado (en estos casos, “[e]l plazo de la prescripción se duplica”), pero no la vincula con el contenido básico del derecho fundamental a la legalidad punitiva.

Y de manera expresa sobre la fuente no convencional (*ius cogens*) de la regla de calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad y la imprescriptibilidad de su persecución:

Sobre la base de lo expuesto, debe quedar claro que la regla de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, y consecuentemente, el mandato de su persecución, con prescindencia de la fecha en que aquellos se hayan cometido, no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general que, como ha sostenido la Corte Interamericana, no nace de la referida Convención, sino que está reconocida en ella (Cfr. Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 225). Obviar esta obligación dimanante de la práctica internacional supone desconocer el contenido constitucional exigible del derecho fundamental a la verdad como manifestación implícita del principio-derecho a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3, de la Constitución) y del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 de la Constitución), siendo además un valor encaminado a la garantía plena de los derechos fundamentales a la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la integridad personal (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución) y a la igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución), frente a sus muy graves violaciones.

En virtud de dicho reconocimiento constitucional, y en atención a lo previsto por el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitu-

ción, debe precisarse que la aludida regla de imprescriptibilidad, constituye una norma de *ius cogens* derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicable en todo tiempo, contra la que no cabe pacto en contrario, con fuerza *erga omnes*, y con plena eficacia en el ordenamiento jurídico peruano.

Finalmente, debe advertirse que la posición adoptada por nuestra Corte Suprema es la misma que ha sido adoptada por el Tribunal Supremo español en el caso Schilingo⁵, la misma que no ha sido objeto de cuestionamiento alguno desde una perspectiva constitucional.

Todo ello nos lleva a afirmar que las calificaciones realizadas por la Sala Penal Especial se corresponde con el marco constitucional vigente y, en tal sentido, correspondía desestimar la demanda de habeas corpus planteada por la defensa de Alberto Fujimori.

⁵ Ver al respecto la sentencia del Tribunal Supremo español de 1 octubre de 2007 (exp. 798/2007), especialmente el considerando sexto, los párrafos 5, 6 y 7.

«Finalmente, debe advertirse que la posición adoptada por nuestra Corte Suprema es la misma que ha sido adoptada por el Tribunal Supremo español en el caso Schilingo, la misma que no ha sido objeto de cuestionamiento alguno desde una perspectiva constitucional».

EL BUEN GOBIERNO COMO BIEN JURÍDICO CATEGORIAL DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

(Ponencia para el II Congreso Internacional de Derecho Público y Buen Gobierno - Tema: Transparencia y control de la administración pública)

Por: Yvana Novoa Curich

Abogada y miembro del DEPEC



Foto: @esahoramurcia.es

Introducción

La corrupción es un problema de dimensiones no solo estatales sino internacionales. Su gravedad radica no solo en que trastoca la estructura y orga-

nización del aparato estatal, sino en el efecto altamente nocivo que tiene en un aspecto fundamental del concepto de desarrollo humano: los derechos fundamentales. Debido a estos efectos altamente dañinos, el Derecho Penal -fragmentario y subsidiario- ha considerado necesario reprimir y sancionar las conductas corruptas por parte de funcionarios públicos. Aquí nace la necesidad de investigar y buscar un contenido del bien jurídico penalmente protegido en estos delitos, con la finalidad de perfeccionar su comprensión y coadyuvar al mejor entendimiento de los efectos graves que sustentan el desvalor o reproche penal de estas conductas.

1. Los bienes jurídicos

Antes de definir qué es un bien jurídico, es necesario dilucidar cómo se determina dicha categoría para poder saber cuándo se está frente a un bien jurídico. Un sector de la doctrina considera que “*el concepto de bien jurídico debería reservarse para aquellos estados de cosas que han sido valorados de forma positiva por quien crea el Derecho, lo que hoy en día quiere decir, por regla general, el legislador.*”¹ Sin embargo, se debe recordar que la labor del legislador es una labor de representación de la sociedad. El poder legislativo es un poder delegado por el pueblo y, por lo tanto, el ejercicio de la función de creación del Derecho deberá responder a las necesidades, principios y parámetros sociales a los que representa. Siendo esto así, se considera adecuada la postura que señala que:

“En un Estado democrático la determinación del objeto a ser protegido por la norma penal no puede estar reducido a una exclusiva decisión del legislador. Formalmente, como consecuencia del principio de legalidad el precepto penal será el resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan el deber de materializar dicha decisión.”²

En otras palabras, si bien la determinación de cuándo se está ante un bien jurídico penalmente protegible recae en última instancia en el sujeto o

1 AMELUNG, KNUT. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. En: HEFENDEHL, Roland (ed). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 228.

2 HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal). Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992, pp. 142-143.

poder específico del legislador, lo cierto es que su decisión deberá fundarse en la valoración que la sociedad representada tenga de dichos bienes y de las conductas a ser prohibidas penalmente.

En un Estado social y democrático de Derecho la norma que por excelencia recoge el modelo concreto de sociedad al que se aspira y las condiciones mínimas que se requieren para el desarrollo de aquella es la Constitución. Aquí resulta de suma relevancia hacer referencia a ROXIN cuando postula que: *-() La única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado*.³ El Tribunal Constitucional comparte esta mirada y lo ha establecido de esa forma en su jurisprudencia.⁴

1.1. Definición y función

Los delitos implican la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos por medio de la realización de comportamientos de riesgo no permitido.⁵ Los bienes jurídicos son condiciones mínimas que permiten la participación de los individuos dentro de una sociedad⁶ y deben encontrar asidero en la Constitución. Se trata de condiciones o valores dinámicos que dependerán de los cambios sociales.⁷

Cumplen tres funciones principales: a) función crítica; b) función interpretativa; y c) función sistemática.

Atendiendo a la función sistemática del bien jurídico por la cual se clasifica los tipos penales según el bien jurídico tutelado, se puede afirmar que existen bienes jurídicos categoriales o también llamados «generales»

³ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2006, pp. 55-56.

⁴ STC 00017-2011-PI/TC

⁵ ROXIN, Claus. La Teoría del Delito en la discusión actual. Lima: Grijley, 2007, pp. 94-95.

⁶ GUIMARAY MORI, Erick. "El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad". En: MONTROYA, Yván, y otros. Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima, IDEHPUCP, 2012, p. 101.

⁷ ROXIN, Claus. 2006, Op. Cit. pp. 57-58.

o «sombrija» bajo los cuales se agrupan diversas figuras y conductas delictivas cuya comisión lesiona o pone en peligro, en primer lugar, a dicho bien jurídico general. Asimismo, la función teleológica o interpretativa de los bienes jurídicos permite indicar que dichos bienes jurídicos categoriales sirven para interpretar el alcance de los tipos penales que bajo dicha «sombrija» se ordenan. Por otro lado, esas conductas delictivas específicas que lesionan el bien jurídico categorial, a su vez, lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos específicos respectivamente. Se trata de bienes jurídicos más concretos que responden a la conducta delictiva específica que caracteriza a cada tipo penal. Es necesario no confundir dichos bienes jurídicos específicos con el objeto de protección. Este último es el *“correlato aprehensible en el mundo naturalístico que puede ser atacado”*⁸

2. El principio de Buen Gobierno: concepto y base constitucional

Estado moderno se encuentra construido sobre tres pilares: el Estado de Derecho, la democracia y el buen gobierno. En este sentido, el buen gobierno es producto de

⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Manuel. Acerca de la teoría de los bienes jurídicos. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2006, p. 15. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf.

«Un sector de la doctrina considera que “el concepto de bien jurídico debería reservarse para aquellos estados de cosas que han sido valorados de forma positiva por quien crea el Derecho, lo que hoy en día quiere decir, por regla general, el legislador.”»

la evolución del Estado moderno⁹ el cual, actualmente, debe procurar la seguridad jurídica y debe adaptarse y responder a las necesidades de la ciudadanía.¹⁰ El buen gobierno es un principio de rango constitucional que puede ser definido, en primer lugar, como:

“el adecuado y responsable ejercicio del poder y del cumplimiento de los deberes de función estatal, garantizando la realización de los derechos humanos y la protección del interés público, proveyendo marcos institucionales transparentes y participativos para el eficaz funcionamiento del aparato estatal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como medio para asegurar el desarrollo de todos los miembros de la sociedad en condiciones dignas y de igualdad”.¹¹

Este principio constitucional de buen gobierno tiene asidero en el artículo 39° que dispone que *-todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (-);* así como en el artículo 44° que contempla que *-son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...)*”.

Al tratarse de un principio o valor fundamental y de rango constitucional, tiene un carácter instrumental por la cual derivan de aquel una serie de subprincipios. Estos principios constitutivos del buen gobierno son: i) corrección; ii) transparencia; iii) participación; iv) rendición de cuentas y; v) eficacia¹²; y se encuentran fundamentados, también, en la Carta Magna. Todos estos elementos constituyen parámetros de calidad de la actuación pública de los funcionarios y servidores públicos que a ejercen.¹³ Dicha calidad halla su razón de ser en la protección y garantía plena de los derechos humanos y del bienestar general. De estos subprincipios emanarán, en muchos casos, los bienes jurídicos específicos de cada delito de corrupción.

9 ADDINK, Henk. Good Governance: Overview and principles of properness. Oxford University, 2013, p.12.

10 CASTRO, Alberto. Legalidad, Buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno. En: Buen Gobierno y Derechos Humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú. Lima: Facultad de Derecho PUCP, 2014, pp. 244-245.

11 CASTRO, Alberto. Ibidem, p. 248.

12 CASTRO, Alberto. Ibidem, p. 248.

13 CASTRO, Alberto. Ibidem, p. 248.

2.1 El principio de Buena Administración

Se trata de las obligaciones del buen gobierno pero aplicadas específicamente al ámbito de la actividad administrativa y no a todos los poderes e instituciones públicas, como ocurre con el Buen Gobierno). La buena administración contiene dos valores esenciales del Estado democrático de Derecho: a) control de discrecionalidad (su manejo hacia la mejor decisión posible), y b) objetividad e imparcialidad en la actuación administrativa.¹⁴ Esto, con la finalidad de proteger los derechos en sede administrativa. La buena administración sería el contenido del bien jurídico de la postura mayoritaria.

3. El Buen Gobierno como bien jurídico categorial

3.1 Postura mayoritaria: el correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico protegido

Según esta posición mayoritaria, la administración pública no es protegida porque su valor resida en sí misma sino que se la resguarda en tanto su función busca realizar los fines del Estado constitucionalmente establecidos y ser prestacional a los ciuda-

14 CASTRO, Alberto. Ibidem, p. 251.

«La buena administración contiene dos valores esenciales del Estado democrático de Derecho: a) control de discrecionalidad (su manejo hacia la mejor decisión posible), y b) objetividad e imparcialidad en la actuación administrativa»

danos.¹⁵ Así por ejemplo, para MIR PUIG, “*El bien jurídico protegido con carácter general o categorial en los delitos () objeto del presente estudio, lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración pública, en su vertiente objetiva de «función pública» o servicio público, en su aspecto más bien externo, de la relación Administración-ciudadano ()*”.¹⁶

En la misma línea, RODRÌGUEZ MOURULLO considera que “el bien jurídico protegido () es, con carácter general, el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en definitiva, el bien común como prioritario objetivo a que va dirigido el desempeño de la actividad de los funcionarios que las integran ()”.¹⁷

3.2 Conclusión y toma de postura: Buen Gobierno como bien jurídico categorial

Hablar de correcto funcionamiento de la administración pública nos parece un acercamiento adecuado para determinar cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción.

Desde el plano del Derecho Administrativo, la Administración Pública está compuesta por todas aquellas entidades que realizan función administrativa. Esta última es transversal a los diversos organismos estatales y puede ser ejercida por entes privados o no estatales por delegación (a diferencia de la función legislativa, gubernativa y jurisdiccional, que no pueden ser delegadas).¹⁸ Si bien la función administrativa está orientada al interés general, también se caracteriza por tener una relación directa con los particulares, afectándolos directamente).

15 MONTROYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 29.

16 MIR PUIG, Carlos. Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal. Barcelona: José María Bosch Editor, 2000, p. 19.

17 RODRÌGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Código Penal. Madrid: Thomson Civitas, 2004. P. 2296.

18 GUZMÀN NAPURÌ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima: Pacífico Editores, 2013. P. 19.

Por otro lado, otro factor a considerar es que en el ordenamiento nacional no existe consenso sobre un único concepto de funcionario público. En el ámbito administrativo existen distintos regímenes contractuales y por ende, distintos conceptos de funcionario público.¹⁹ Por ello es que resulta tan importante que el ordenamiento penal comprenda una definición o concepto de funcionario público autónoma y amplia que no solo abarque las diversas concepciones desordenadas de funcionario para el plano administrativo, sino que incluya a todas aquellas personas que con sus actos sean capaces de vincular al Estado en general y que tengan un título habilitante para hacerlo.²⁰

Así, lo lógico es que el bien jurídico que se tutele a través de la tipificación penal de los delitos de corrupción responda a un ámbito amplio en el cual se encuentren previstos todos los poderes y entidades estatales y no solo algunas; así como que el bien jurídico pueda ser lesionado no solo por algunos funcionarios -entendidos desde el plano administrativo- sino por todos aquellos que efectivamente estén en capacidad de poner en peligro el funcionamiento legítimo y de calidad de la actuación del Estado.

En conclusión, la corrupción supone la vulneración de las obligaciones provenientes del buen gobierno.²¹ La actuación estatal no solo debe ser correcta y legal. También debe ser transparente, participativa, proba, sujeta a control con la finalidad última de ser un servicio de calidad para la satisfacción de los derechos de la ciudadanía. Afirmar que el bien jurídico es el buen gobierno permite consolidar la tesis de que el reproche penal de estas conductas radica no en la puesta en peligro de la institución per se, sino en la puesta en peligro del funcionamiento del aparato estatal en tanto esta puede suponer realmente la lesión de derechos fundamentales como consecuencia de los actos de corrupción. El desvalor de las conductas corruptas está en que es el funcionario público -el garante- el primer llamado y obligado a proteger los derechos y no a lesionarlos.

19 ROJAS, Verónica. El caos de la multiplicidad de los sistemas de responsabilidad disciplinaria. P.

20 MONTROYA VIVANCO, Yvan y otros. Op. Cit. pp.32-33.

21 PONCE SOLÉ, Juli. La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). Institut de Dret Públic. Mayo 2013, p. 101.

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



LATRIBUNADELPAISVASCO.COM – 29/04/16

Casos destacados de corrupción en América Latina

El diario estadounidense The Washington Post ha publicado un artículo titulado “Sobornos, pactos ilícitos y más: Los escándalos de corrupción que acosan a América Latina”, en el que se identifican casos de gran corrupción en Chile, Brasil, Argentina, Ecuador, Guatemala y México.

Seguir leyendo en <http://j.mp/1WjugVn>



ELSALVADOR.COM – 04/05/16

Fiscal pide que Dilma Rousseff sea investigada por el caso corrupción en Petrobras

La petición fue dirigida al Tribunal Supremo y se basa en sospechas de que Rousseff, junto con su antecesor, Luiz Inácio Lula da Silva, y el actual abogado general del Estado, José Eduardo Cardozo, intentó obstruir la acción de la justicia en las investigaciones sobre actos de corrupción en Petrobras.

Seguir leyendo en <http://j.mp/24GveYG>



AGENCIA ANDINA – 04/05/16

Contraloría detectó responsabilidad de 25,000 funcionarios en casos de corrupción

El contralor general de la República, Fuad Khoury, informó hoy que en sus siete años de gestión la institución detectó responsabilidad penal en 12,000 funcionarios y responsabilidad civil en 13,000, relacionados con casos de corrupción.

Seguir leyendo en <http://j.mp/1rLuK9V>



LA TERCERA – 29/04/16

Presidente de Sudáfrica deberá hacer frente a 783 cargos por corrupción

Se trata de un caso que se arrastra desde 2009, año en que la Fiscalía decidió -al parecer en forma arbitraria- retirar las acusaciones por irregularidades en una compra de armas.

Seguir leyendo en <http://j.mp/1Tyauzi>



REVISTA PODER – 21/04/16

Ejecutivo promulga Ley que sanciona a empresas por corrupción internacional

Por primera vez, las personas jurídicas que incurran en corrupción de funcionarios recibirán una sanción, que van desde multas hasta la disolución de la compañía. Este nuevo marco legal es requisito para ingreso de Perú a Grupo Antisoborno de la OCDE.

Seguir leyendo en <http://j.mp/1ZxB1B7>



GRUPO DE INVESTIGACIÓN
**DERECHO PENAL
Y CORRUPCIÓN**



PUCP