

APUNTES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS



DAVID TORRES PACHAS

ÁREA PENAL / ANTICORRUPCIÓN DEL IDEHPUCP

El delito de tráfico de influencias es un tipo penal que corresponde al catálogo de delitos contra la Administración Pública (Título XVIII del

Código Penal peruano). Este delito está previsto en el artículo 400° CP, el cual señala lo siguiente:

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.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A pesar de que la ubicación sistemática del delito de tráfico de influencias podría ofrecernos algunos alcances sobre cuál sería el bien jurídico penalmente protegido,

ni la doctrina ni la jurisprudencia nacional son unánimes sobre este tema en particular.

Así pues, por ejemplo, la jurisprudencia nacional señala como bien jurídico: “la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función pública”¹; “la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso”²; “un atentado, aunque lejano contra la imparcialidad del funcionario y el carácter público de la función (Abanto Vásquez), el prestigio y el regular funcionamiento de la Administración Pública, específicamente la administración de justicia jurisdiccional o administrativa” (Rojas Vargas)³. Por su parte, en la doctrina nacional pueden apreciarse tres posiciones al respecto: (i) La imparcialidad de la Administración Pública; (ii) El prestigio de la

1 BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio. Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción: corrupción gubernamental. Lima: Palestra, 2006. Volumen II. P.955. Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el Exp. N° 023-2001 del 10 de noviembre de 2004.

2 Ibid. P. 981. Sentencia recaída en el Exp. N° 020-2001-SPE/CSJL del 20 de marzo de 2003.

3 GUIMARAY MORI, Erick (Editor). Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal. Lima: Idehpucp-Open Society, 2014. P. 183.



Administración Pública, y (iii) La institucionalidad de la Administración Pública.

A continuación, analizaremos cada una de estas teorías en particular, para luego presentar nuestra postura en particular.

La imparcialidad como bien jurídico específico

La primera de dichas posturas es apoyada por San Martín, Caro Coria y Reaño. Según estos autores, *“el objeto de protección en la modalidad de tráfico de influencias ha de concretarse en “la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas, como interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, consagrado en el art. 139, inc. 2), de la Constitución”*⁴. Se trataría de un delito que atenta contra la imparcialidad de la función pública frente a ataques lejanos o remotos, constituyéndose así en un delito de peligro.

4 SAN MARTÍN CASTRO, César, CARO CORIA y José REAÑO PESCHIERA. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir aspectos sustantivos y procesales. Lima: Jurista editores, 2003. P. 38.

En particular, se trataría de un delito de peligro abstracto, ya que el tipo penal no exige que se efectúe la intercesión sobre el funcionario o servidor público competente. Conforme indican San Martín, Caro y Reaño,

*“queda claro que el comportamiento descrito por el art. 400 del CP peruano equivale a un comportamiento de peligro abstracto o peligrosidad ex ante de la conducta, pues basta invocar las influencias reales (En este caso) y recibir el donativo o la promesa de ventaja, con el ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor, para que el injusto quede configurado”*⁵.

De similar posición, la jurisprudencia nacional ha mencionado que:

“nos encontramos ante un delito de peligro, donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito. Por ello, (...) el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de intersección y de la resolución que se obtenga pierde signi-

5 Ibid. P. 40.

ficatividad [sic] sustantiva (...) la puesta en peligro del bien jurídico se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación”⁶.

Se dice que un delito es de peligro abstracto cuando sanciona una conducta que por sí misma es peligrosa. Sin embargo, queda claro que debe tener un mínimo de idoneidad para poner en peligro algún bien jurídico, de lo contrario existiría un serio conflicto con el principio de lesividad del Derecho Penal. Así pues por ejemplo, se tiene como ejemplos clásicos de delitos de peligro abstracto a la conducción en estado de ebriedad o al hecho de portar armas (se entiende que sin la autorización correspondiente). Queda claro que una conducta como esta podría poner en peligro a la vida o la salud de las personas; sin embargo, ello se dará en un contexto idóneo, ya que si una persona conduce en dicho estado en medio de un desierto, no se afectaría la vida o salud de nadie. De igual manera, si conservo armas en casa bajo llave

y en un lugar al cual nadie podría tener acceso.

Se entiende a partir de lo anterior que se requeriría un mínimo de condiciones que reflejen el potencial peligro para aceptar que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto. Y ello, más allá de que las influencias sean reales, verosímiles o ficticias. En ese sentido, en el caso del delito de tráfico de influencias será necesario que se realicen un mínimo de acciones dirigidas a influenciar al funcionario público competente (si se pretende entender que la imparcialidad es el bien jurídico). Estas conductas estarían relacionadas con un acercamiento al funcionario, a tratar de comunicarse o contactarse con él. De lo contrario, la conducta de tráfico se quedaría a un nivel interpersonal y no podría ponerse en peligro alguno (concreto o abstracto) a la imparcialidad del funcionario público.

Asimismo, se ha intentado señalar que solo deberían ser sancionadas aquellas conductas que involucren influencias reales o verosímiles, pues realmente afectan la imparcialidad de la función pública, lo cual lleva consigo la propuesta de derogar las influencias simuladas como

6 GUIMARAY MORI, Erick (Editor). Op. Cit. P. 184.



supuesto de comisión del delito de tráfico de influencias⁷. En contra de esta propuesta, García Cantizano afirma:

7 SAN MARTÍN, CARO CORIA Y REAÑO. Op. Cit. Pp. 30 y ss. Con una variante, HURTADO POZO, JOSÉ. Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú. P289. Según Hurtado Pozo, “si los jueces ejercieran realmente su poder, podrían al menos no aplicar el art. 400 respecto a los casos insignificantes por no representar un peligro serio para el funcionamiento de la Administración pública (reducción teleológica del tipo legal)”. P. 289.

“otra cosa es que pueda o no criticarse el planteamiento de nuestro legislador en este tema, con el cual se podrá estar o no de acuerdo, y justificar así una posible modificación del tipo penal de lege ferenda, pero ello no puede ser utilizado como un argumento jurídico válido para fundamentar una supuesta ausencia de responsabilidad penal, sobre la base de una falta de lesividad del bien jurídico protegido, dado que, en realidad, al legislador no le interesa tanto el ejercicio

*efectivo o no de las influencias, sino el mismo hecho de que ésta pueda ser un instrumento de obtención de ventajas indebidas (...)*⁸.

Al respecto se debe anotar que el mensaje normativo del delito de tráfico de influencias nos dice que, a fin de cuentas, resulta irrelevante la naturaleza de las influencias, ya que lo que se sanciona es un acuerdo ilegítimo de gestión de intereses ante la Administración Pública. Si ello es así, deberá tomarse en cuenta dicha atingencia para establecer cuál es el bien jurídico protegido en este delito.

El prestigio de la Administración Pública como bien jurídico protegido

Según Roger Yon Ruesta,

“el bien jurídico tutelado no podría ser el correcto funcionamiento ni la imparcialidad de la administración pública, pues la conducta típica se en-

*cuentra muy alejada de una posible afectación o puesta en peligro para dicho bien jurídico. En ese orden de ideas, habría que resignarse a reconocer que el bien jurídico tutelado en el artículo 400 del Código Penal de 1991 no puede ser otro que el prestigio, la buena imagen de la Administración Pública”*⁹.

San Martín, Caro Coria y Reaño descartan esta postura

“por tratarse de un interés espiritual que no es digno de tutela en un Estado social y democrático de Derecho, pues tal planteamiento presupone la existencia de un aparato de Administración de Justicia prestigioso, cuya intangibilidad quiere ser preservada: ¡nada más lejos de la realidad social peruana! (...) De entrada, resulta artificial equiparar a la categoría del bien jurídico penal un interés inexistente, traducido en una “prestigiosa” Administración Pública, que por su inmaterialidad es

8 GARCÍA CANTIZANO, María. Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias al amparo de legalidad en materia penal. En: AA.VV. Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont-Arias. Lima, 2003. P. 558.

9 YON RUESTA, Róger. Tráfico de influencias. Un análisis al contenido del tipo penal. En: Themis. Número 45, 2002. P. 232.

imposible de colocar en una situación de riesgo.”¹⁰

Así pues, cabe señalar que el prestigio de una institución depende de apreciaciones personales, particulares y subjetivas. Como indica Guimaray,

“no es posible proteger los sentimientos u opiniones de los ciudadanos que de por sí son distintos, además de etéreos. De lo contrario, también debería sancionarse penalmente el hecho de que el equipo de fútbol de la institución “A” quede en último lugar en el campeonato organizado entre organismos públicos; pues ello, en estricto, también dañaría la imagen de la institución “A”¹¹.

Intentando defender la postura del prestigio como bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, Salinas Siccha indica que

10 SAN MARTÍN CASTRO, César, Carlos CARO CORIA y José REAÑO PESCHIERA. Op. Cit. PP. 37 y 38.

11 GUIMARAY MORI, Erick. “El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad”. En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú. Lima: Idehpucp-Open Society, 2012. P. 106.

“negar o sorprenderse de que en nuestra patria no exista una “prestigiosa” administración de justicia de modo alguno puede servir para descartar como bien jurídico “el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa”. Si bien la ocurrencia de actos aislados de corrupción, afectan o lesionan el normal funcionamiento de la administración de justicia, ello no significa que desaparezca el interés fundamental de pretender preservar el prestigio y normal desenvolvimiento de la administración de justicia”¹².

Debemos recordar que el bien jurídico protegido en todos los delitos de corrupción es el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública, el mismo que se afecta en distintos niveles en cada tipo penal. De esta manera, habría que preguntarse si el prestigio, buena imagen o buena reputación de la Administración Pública es un principio que informa el ejer-

12 SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Lima: Iustitia: Grijley, 2011. PP. 591 y 592.

cicio de la función pública y cuya afectación puede repercutir en su correcto y regular funcionamiento.

La confianza en la Administración Pública

Muy ligado al prestigio de la Administración Pública como bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias se acercan algunas líneas de investigación que sugerirían que el objeto específico de protección es la confianza de los administrados.

Aun cuando no lo señalen de manera directa, esto se podría afirmar a partir de la línea de argumentación que siguen Ramiro Salinas Siccha y José Hurtado Pozo. Según el primero de ellos,

“(…) Todos los ciudadanos deben tener confianza que sus asuntos judiciales o administrativos se van a resolver sin intromisión ajena. Los administrados deben tener confianza en la transparencia y rectitud de la administración de justicia y administrativa. Debe evitarse que determinados ciudadanos aduciendo arreglar todo a cambio de alguna ventaja patrimonial o no patrimonial,

lesionen o pongan en peligro el prestigio de la justicia jurisdiccional o administrativa. El traficante de humo es quizá el que más daño hace al exteriorizar su conducta. Pues aparte de engañar y perjudicar muchas veces económicamente al interesado, pone en tela de juicio el prestigio de la justicia jurisdiccional y administrativa¹³.

Ante la pregunta sobre cuál sería la relación entre los actos de tráfico de influencias y la función pública, Hurtado Pozo señala que

“el vínculo está dado por el hecho de que la Administración pública requiere gozar de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades, en beneficio del tratamiento igual de todos los que recurran a ella o estén sometidos a sus órganos. Invocar influencias – reales o simuladas – con el ofrecimiento – serio o no – de interceder ante un funcionario o servidor público supone hacer comprender al tercero que este es corrupti-

13 Ibid. P. 580.

ble, y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la Administración Pública. Este hecho ha sido considerado por el legislador como un factor que puede crear un ambiente desfavorable para el buen funcionamiento de la administración, en especial del proceso de toma de decisiones. Así, en esta perspectiva se puede afirmar que se trata de un delito de peligro abstracto¹⁴.

¿La confianza de los administrados puede ser un interés susceptible de protección penal? Como bien señala Erick Guimaray,

“En un supuesto ideal se podría esperar que todos los ciudadanos posean una expectativa de probidad respecto de los funcionarios públicos en aquellos casos en que hayan tenido competencia, la estén teniendo o la vayan a tener. Sin embargo, no podemos presumir dicha expectativa, pues

es igual de válido que los ciudadanos no confíen en los funcionarios públicos y con ello tampoco en la propia administración pública (existe el derecho de libertad de conciencia). El objeto de protección de un tipo penal no puede desprenderse de los sentimientos o confianza de los ciudadanos y, en el caso concreto, tampoco es posible imponerles una expectativa de probidad¹⁵.

La institucionalidad de la Administración Pública

De otro lado, se ha planteado como bien jurídico protegido a la “institucionalidad de la administración pública”. Erick Guimaray indica que la institucionalidad de la Administración Pública debe ser entendida como los “valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos en la admi-

14 HURTADO POZO, José. Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias, P. 288. Disponible en: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_12.pdf>. Consulta: 12 de octubre de 2015.

15 GUIMARAY MORI, Erick. “Sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias peruano”. En: Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho Penal económico en el siglo XXI. Serie Ciencias Penales y Criminológicas. Junio 2015-5. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco. P.245.

nistración pública”¹⁶.

Así pues, según Guimaray,

“al Estado le interesa, o lo considera un valor ético social protegible, evitar o prevenir conductas que definan la administración pública como una institución endeble o influenciada, a tal punto que los intereses particulares puedan sobreponerse al interés público, prestacional, objetivo e imparcial que define una correcta administración pública”¹⁷.

En otras palabras, el delito de tráfico de influencias buscaría prevenir que se perciba a la Administración Pública como transable, endeble y en donde la existencia de influencias va a primar sobre su capacidad de investigar y administrar justicia.

Si bien es cierto que esta manera de entender el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias permite que la naturaleza de la influencia (real o simulada) sea irrelevante a efectos de determinar

la responsabilidad penal del sujeto activo (pues incluso las influencias simuladas afectarían el bien jurídico “institucionalidad de la Administración”), encontramos dos atinencias que deberían ser resueltas.

En primer lugar, que la “institucionalidad de la Administración Pública” parecería que en realidad protege la “buena reputación” de aquella, bien jurídico que, como señalábamos anteriormente, debía ser descartado. En un ejemplo podrá apreciarse dicha consideración. Y es que mediante actos como los descritos en el tráfico de influencias se trataría de proteger que se defina a la Administración Pública como un ente que no es imparcial, o que se trata de un ente que no es transparente, o un ente que puede actuar mediante influencias. En buena cuenta, en el fondo, protegería el prestigio o la imagen de la Administración Pública.

En segundo lugar, habría que señalar que tal bien jurídico se aleja de los principios que informan el correcto ejercicio de la función pública, por lo que podría discutirse si debería formar parte del catálogo del Título XVIII e incluso si realmente el Derecho Penal debería intervenir en su protección,

16 Ibid. P. 246.

17 GUIMARAY MORI, Erick. “El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad”. Ibid. P. 105.

pues el Estado trataría de imponer una imagen a sus administrados.

Debemos recordar nuevamente que se protegen principios vinculados con el correcto funcionamiento de la Administración Pública. De esta manera, de cara a identificar el bien jurídico, habrá que preguntarse cuál es el vínculo que existe entre el delito de tráfico de influencias y el ejercicio de la función pública.

Toma de posición

Debemos partir señalando que negamos que el delito de tráfico de influencias afecte la imparcialidad de la función pública. Como vimos en apartados anteriores, resulta sumamente discutible afirmar que se afecte directa o indirectamente este principio. También descartaríamos la presunta afectación del prestigio o imagen institucional de la Administración, pues ello depende de criterios subjetivos y propios de cada individuo. Finalmente descartamos la protección de la institucionalidad de la Administración Pública pues desde dicha lógica se realiza un énfasis desmedido en la percepción de la sociedad con respecto a la Admi-

nistración, lo que nos lleva nuevamente a la discusión sobre el prestigio o imagen institucional.

Es ante dichas consideraciones que resulta necesario e indispensable volver la vista sobre la manera en la que los acuerdos de intercesión repercuten en los principios que rigen la función pública. A partir de ello, puede afirmarse que dichos actos suponen un serio cuestionamiento a la vigencia de los principios que deben garantizarse en la interacción entre particulares y la Administración Pública. De esta manera, el Estado trata de reprimir aquellos actos que transmitan el mensaje de que la Administración no va a cumplir con los principios recogidos constitucionalmente y que deben orientar sus funciones.

Es por ello que nosotros consideramos que el interés se intenta proteger en el delito de tráfico de influencias es la *vigencia de los principios que informan el ejercicio de la función pública*. Así pues, podemos afirmar que actos como el de tráfico de influencias, que se expresan en un acuerdo de intercesión ilegítimo ante la Administración Pública, cuestionan y niegan la vigencia de los principios que rigen y orientan el ejercicio de la función pública,

principios tales como la imparcialidad, transparencia, legalidad, gratuidad, entre otros.

Según Erick Guimaray, *“lo que sí es protegible es el modelo de organización social que un Estado constitucional de Derecho manifiesta en su administración pública”*¹⁸. Así pues, el Estado trataría de proteger y confirmar las bases mismas de su organización. Y ello en cuanto los acuerdos de intercesión ponen en tela de juicio que la administración cumplirá sus funciones de manera imparcial, legal y transparente. Niegan aquellas condiciones mínimas que plantea todo Estado Constitucional de Derecho, generando la percepción de que existe un sistema paralelo de Administración de Justicia.

No se protege entonces que los ciudadanos perciban a la Administración como influenciable, o endeble, muy por el contrario, al sancionar los actos de tráfico de influencia, el Estado garantiza y deja en claro que la Administración funcionará correcta, adecuadamente y conforme al plan organizacional planteado por la Constitución. El Estado no puede ni debe permitir tal cuestionamiento, por lo

que debe confirmar y reafirmar la vigencia y existencia de tales principios. Ello se logrará sancionando a todo aquel que intente socavarla mediante sus actos y ponga en discusión que así funcione la Administración Pública.

De esta manera se verificarán dos niveles de protección de los principios que informan el ejercicio de la función pública en los delitos de corrupción. En un primer nivel de protección se garantizará que la Administración actuará conforme a principios constitucionalmente establecidos mediante la sanción de actos de tráfico de influencias. En un segundo nivel, se protegerá uno o más principios de manera especial o particular que deberá analizarse en cada delito de corrupción.

Más allá de que pueda compartirse o no esta postura, lo importante es que se abra el debate sobre cuál es el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, siempre de cara a la lucha contra la corrupción.

18 GUIMARAY MORI, Erick. P. 246.