

Rómulo León y su exclusión por el delito de tráfico de influencias

Por **ERICK GUIMARAY**
COORDINADOR DEL ÁREA ANTICORRUPCIÓN DEL IDEHPUCP

Las exhaustivas investigaciones a que dio lugar el caso de los “Petroaudios” desembocaron en procesos acumulados por hechos colaterales a la adjudicación de lotes petroleros. Uno de estos procesos es el que se comenta a continuación, sin embargo, valga la salvedad que las líneas que siguen se centrarán, principalmente, en la exclusión del Sr. León Alegría en el juzgamiento por el delito de tráfico de influencias gracias a un medio técnico de defensa denominado “excepción de improcedencia de acción”, que no es otra cosa que alegar que de los hechos investigados se debe concluir que los mismos no constituyen delito o que no son justiciables penalmente. En el caso concreto, la judicatura respectiva resolvió que Rómulo León Alegría no habría cometido el delito de tráfico de influencias, pues sus acciones no se condicen con la prohibición de aquel delito. Es este argumento el que se analiza,

crítica y rechaza, desde un plano estrictamente académico, por supuesto, con miras a la futura resolución que emita la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, cuando sea el caso.

HECHOS

- Luego de una serie de investigaciones a cargo del Ministerio Público, y que se originaron gracias a la denuncia periódica de conocido programa dominical en el año 2008, el 6 de mayo de 2013 la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima formuló acusación contra Rómulo León Alegría por la presunta autoría del delito de



tráfico de influencias (art. 400 CP^[1]) y la complicidad primaria en el delito de cohecho activo genérico (art. 397 CP). Junto al Sr. León Alegría, también fueron acusados el Sr. Fortunato Canaán (como autor del cohecho activo genérico e instigador del delito de tráfico de influencias) y el Sr. Luis Enríques Sifuentes Velarde por la autoría del delito de cohecho pasivo propio (393 CP). La primera fiscalía basó su acusación en las supuestas influencias dentro de las más altas esferas de la organización estatal (en específico, respecto de la entidad CONSUCODE^[2]) con que contaba el Sr. León Alegría y que utilizó de forma ilegítima para hacer posible la inscripción de las empresas FORTULUCK e I CUARTO, de las que el coacusado Fortunato Canaán era representante, en el Registro Nacional de Proveedores de CONSUCODE, aun cuando no contaban con los requisitos mínimos legales para acceder a dicha inscripción.

- La inscripción finalmente se logró y de acuerdo al Ministerio Público, ello se pudo gracias a las influencias ejercidas por Rómulo León sobre el entonces Presidente de CONSUCODE Santiago Bamse Eduardo Jaime Antúnez de Mayolo. Las pruebas que sustentan la presunta comisión delictiva se basarían, primero, que León y Canaán sabían de las inconsistencias técnicas de las empresas y que por ello recurrieron al uso de influencias; segundo, las reuniones entre Rómulo y Santiago Antúnez; tercero, el correo electrónico de Rómulo a Jorge del Castillo (entonces Presidente del Consejo de Ministros) a efectos de pedirle “buenos oficios” para lograr sus reuniones; finalmente, una



serie de irregularidades administrativas referidas a plazos y observaciones que no fueron tomadas en cuenta por las autoridades de CONSUCODE y que permitieron la inscripción de FORTLUCK e I CUARTO.

- El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, con fecha 24 de octubre de 2013, resolvió mediante auto la excepción de procedencia de acción planteada por la defensa de Rómulo León Alegría respecto del delito de tráfico de influencias, declarándola procedente, es decir, excluyéndolo de la investigación por el delito de tráfico de influencias, por considerar que de los hechos nos existen indicios que avalen la tipicidad del delito en mención. Además, siendo que el Sr. Fortunato Canaán estaba investigado por ser partícipe de ese delito, y si el delito no existió, entonces, la exclusión también

1 Código Penal peruano.

2 El Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.



o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, esto en relación a la aplicación e interpretación del art. 400 CP, delito de tráfico de influencias. Quedando todo dispuesto para que la Sala pertinente con la comparecencia de las partes procesales resuelva la controversia jurídica.

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. El precepto penal del art. 400 del CP en la fecha de los hechos investigados decía literalmente 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”.^[3]

beneficia al Sr. Canaán, resolviendo de oficio en ese sentido.

- El auto que se comenta fue apelado por el Ministerio Público y la Procuraduría Anticorrupción, con un resultado negativo para ellos. Así, la Sala Penal de Apelaciones, con fecha 6 de febrero de 2014, resolvió CONFIRMAR la sentencia apelada, es decir, aceptar, por entender que es una cuestión ajustada a derecho, la exclusión de los imputados León y Canaán por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias.
- Finalmente, con fecha 17 de marzo de 2014, la Sala Penal de Apelaciones esta vez resolviendo el recurso de Casación interpuesto por la Procuraduría Pública Anticorrupción declaró admisible el recurso respecto de una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal

En doctrina, nacional y comparada, así como en nuestra judicatura se mencionan una serie de definiciones respecto del bien jurídico protegido (interés jurídico-social que al Estado le interesa salvaguardar) con este delito. Se habla “(...) del prestigio y el correcto funcionamiento de la administración pública, específicamente la administración de justicia jurisdiccional y administrativa (...) [e incluso] la afectación del principio de imparcialidad -pero en un contexto mayor de acción delictiva- cuando se produzca un concurso real con el delito de

³ Hoy en día el precepto no ha cambiado sustancialmente, por lo menos en cuanto a la descripción de la conducta prohibida, pero sí cuenta con una agravante en razón de la calidad del sujeto activo, es decir, si quien comete tráfico de influencias es funcionario pública, la pena podrá ser de hasta 8 años, además de la correspondiente inhabilitación para ejercer el cargo o volver a postular a un cargo público.



cohecho pasivo (...).^[4] Sin estar de acuerdo con el prestigio como objeto de protección jurídico penal, otro autor menciona que el verdadero bien jurídico protegido en el tráfico de influencias supone "(...) la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función; y, en el supuesto de la "influencia simulada", el patrimonio individual".^[5] Retomando la primera de las propuestas, también se menciona que el bien jurídico específico en el delito de tráfico de influencias resulta ser "(...) el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa (...)".^[6] Finalmente, y haciendo la salvedad de que la redacción argentina es algo distinta de la peruana, se dice que la tipificación del tráfico de influencias busca proteger "(...) la imparcialidad o la objetividad como medio para que la función pública defienda los intereses generales y no los particulares".^[7]

2. Cada una de las construcciones dogmáticas descritas gozan de prestigio y reconocimiento en nuestro medio, sin embargo, ello no es óbice para estar en desacuerdo. En

primer lugar y como bien lo entiende cierto sector de la doctrina citado, el prestigio no puede ser un valor protegido por el Derecho penal, por la sencilla razón de que se trata de un concepto etéreo, que dependerá de la percepción particular de cada ciudadano y que, a la postre, pudiese desembocar en la no protección penal dentro de las instituciones que no gocen de prestigio.

Respecto de la imparcialidad, cierto es que conductas tendentes a influir sobre funcionarios o servidores públicos basándose en influencias personales trastoca los intereses de objetividad e imparcialidad de la administración de justicia, pues en buena cuenta quien influye lo hace haciendo primar sus intereses personales por sobre el interés común. Pero este no es el caso del tipo penal del art. 400. Basta leer su descripción para encontrar el verbo "invocar" -que ni siquiera sugiere la acción de influir- o para percatarnos que el legislador también sanciona el supuesto de influencias simuladas, es decir, aquel escenario donde objetivamente jamás sería posible -ni en clave de peligro- lesionar la imparcialidad del funcionario. Por tanto, o descartamos a la imparcialidad como objeto de protección o cambiamos la redacción del tipo penal en comentario.

Una de las propuestas en nuestra doctrina nacional postula que el patrimonio individual también se protege en el delito de tráfico de influencias. No parece lógico ni sistemático (porque el patrimonio se protege en el Título V del CP) mencionar que cuando hablamos de delitos que resguardan la objetividad, legalidad y fin prestacional de la administración pública, incluyamos (además en un supuesto de concurso real) el patrimonio individual.

3. El Derecho Penal protege bienes jurídicos, esto es, las condiciones mínimas e indispensables para asegurar: i) el proceso de libre determinación de las personas en sociedad;

4 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición. Lima: Grijley, 2007, p. 785.

5 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra: Lima, 2003, p. 525.

6 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 2ª edición. Grijley: Lima, 2011, p. 589.

7 DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*. Segunda edición. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires – Santa Fe, 2008, p. 257.



y, ii) el sistema jurídico en general.^[8] La administración legal, objetiva y prestacional es un interés imprescindible para la sociedad que justifica su protección desde el ordenamiento penal. Este bien jurídico categorial está presente en todos los delitos que el Título XVIII del CP sanciona; el bien jurídico genérico se materializa en cada norma penal, lo cual indica que cada tipo penal hace referencia a tantos comportamientos típicos que lo lesionen o lo pongan en peligro. Esto a su vez significa que cada precepto específico tiene un particular objeto de protección.

El delito de tráfico de influencias no sanciona el solo hecho de poseer influencias, pues el propio desarrollo personal y profesional (positivo o negativo) permite la construcción de cierto prestigio y, por ende, respeto por parte de las personas con las que se interactúa (y con las que no), y ello puede reportar un grado de influencia sobre los demás, algo que de ninguna forma podrá considerarse un riesgo prohibido en sociedad o, lo que es lo mismo, un ejercicio no autorizado o intolerable de la libertad. Lo que el tipo penal del art. 400 sanciona es el invocar las influencias (existentes o no) a efectos de comunicar de forma verosímil la posibilidad de interferir en el correcto funcionamiento de la administración pública. Este es el bien jurídico protegido, que se ubica mucho antes de la imparcialidad y resguarda la “institucionalidad de la Administración”,

como valor constitucional positivo que al Estado le interesa mantener. No es deseable que se conciba a la administración pública como una institución endeble, vendible o comprable, pues de ello se desprenden una serie de conductas que efectivizan esa concepción: cohechos, peculados, enriquecimientos, etc.

Cabe señalar que no toda invocación de influencias es punible (como tampoco no toda solicitud de influencia), pues habrá que analizar la idoneidad en el caso concreto de la conducta del traficante (o del que intenta serlo), que de por sí no siempre revestirá el riesgo suficiente como para justificar la intervención del Derecho Penal. Por ejemplo, no es lo mismo recibir el ofrecimiento de influencias de un secretario judicial que recibirlas del dueño del café donde el juez desayuna todos los días. Con lo cual, la determinación del peligro se realiza del caso concreto. Otro ejemplo que muestra cómo la idoneidad lesiva del ofrecimiento de influencias más que la sola invocación de influencias es lo que se prohíbe es la existencia de una Ley de Lobbies^[9] donde ejercer influencias está permitido, siempre que dicha conducta esté reglada bajo una serie de requisitos que resguardan los valores y principios de la administración pública.

4. Aunque el tipo penal no lo mencione expresamente, tan traficante de influencias es quien las invoca y se ofrece a interceder -a cambio de una ventaja económica, por ejemplo- como quien solicita la intercesión o acepta tal ofrecimiento. Es decir, si el tipo penal menciona que el “traficante” debe lograr hacer dar o prometer algún beneficio es porque alguien aceptó el trato: alguien está convencido de la poca institucionalidad de la Administración Pública y se decide por comprarla. El injusto en ambos casos es el

⁸ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (traducción y notas), segunda edición alemana. Civitas, Madrid, 1997, p. 56. En el mismo sentido de lo planteado, TERRADILLOS, Juan, Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho Penal, ARA editores: Lima, 2010, p. 125. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General I, editorial Universitas: Madrid, 1996, p. 82. Con una explicación bastante didáctica de la evolución del concepto de bien jurídico, HORMAZÁBAL, Juan. Bien Jurídico y Estado Social de Derecho, IDEMSA: Lima, 2005, p. 123 y ss.

⁹ Ley N° 28024 “Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública”.



mismo, la pena a imponer hará la diferencia en caso uno de los sujetos sea funcionario público, pues habrán más deberes defraudados (como de hecho así lo prevé la norma actual).

III. EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN A FAVOR DE RÓMULO LEÓN Y FORTUNATO CANAÁN

1. Los fundamentos que utiliza nuestra judicatura para afirmar que los hechos denunciados no constituyen delito (delito de tráfico de influencias) pueden resumirse en lo siguiente:

- A. “El tráfico de influencias que el Ministerio Público imputa a León Alegría recayó en la persona de Santiago Bamse Eduardo Jaime Antúnez de Mayolo, Presidente de CONSUCODE, no obstante, esta persona no tenía competencia funcional respecto de la inscripción de las empresas FORTLUCK e I CUARTO, en el Registro de Proveedores del Estado, que era el caso administrativo de interés del “traficante” a que se refiere el Ministerio Público”.^[10] Además, se menciona que “(...) el tipo penal previsto en el artículo 400 del Código Penal, sí exige del funcionario destinatario de las influencias: competencia funcional, en tanto no se trata de cualquier interferencia en la función pública, sino de una que esté dirigida a un funcionario o servidor, que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión de un asunto sometido a su conocimiento y competencia”.^[11] Dicho de otro modo, para el juez penal lo que realmente sucedió fue que se

intentó traficar con influencias sobre una persona que no tenía ninguna competencia normativa para lograr la ilegal inscripción de las empresas de Canaán. Y el texto del art. 400 CP solo sanciona cuando se ofrezca interceder sobre quien sí tiene capacidad normativa. Por ende, no se cometió el delito de tráfico de influencias.

- B. El Ministerio Público alega que si bien es cierto el Presidente de CONSUCODE no decide sobre la inscripción de las empresas, bien pudo influenciar u ordenar a quienes sí tienen competencia y están bajo su cargo. Y el juez argumenta: “(...) la norma no admite que para el ejercicio de estas influencias pueda utilizarse a una tercera persona. Admitir la participación de terceras personas, para que éstas a su vez, sean las que trasmitan las influencias, o la ejerzan con los funcionarios que son los competentes (...) abriría el tipo penal a confines insospechados (...) lo que indudablemente no resulta admisible en un Estado Constitucional de Derecho”.^[12]
- C. El Ministerio Público también alegó que si bien es cierto el Presidente de CONSUCODE no tenía competencia sobre el procedimiento de inscripción, bien pudo tener competencia futura ante un eventual recurso de revisión interpuesto ante su despacho como última instancia administrativa dentro de su institución. Y el juez penal resuelve: “(...) de la propia redacción de la norma se evidencia que la competencia funcional que se deberá tener respecto del procedimiento administrativo o jurisdiccional es una de carácter directa. No a facul-

10 Fundamento 11 de la resolución N° 13 del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de fecha 24 de octubre de 2013.

11 Fundamento décimo segundo de la resolución N°03 emitida por la Sala Penal de Apelaciones con fecha 6 de febrero de 2014.

12 Fundamento 20-21 de la resolución N° 13 del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de fecha 24 de octubre de 2013.



tades generales que se encuentren fuera de los procedimientos para cada caso concreto”.^[13]

Nótese que jamás se discute si el Sr. Rómulo León tenía o no influencias para lograr la resolución que beneficiaría a las empresas representadas por Fortunato Canaán, pues parece obvio que si él recurrió al ex ministro aprista (y no a otra persona) es por que contaba con sus influencias en las altas esferas de la Administración Pública.

2. Sin perjuicio de reconocer la lógica y sistematicidad de los argumentos de la judicatura, es necesario indicar algunas premisas discutibles de las que parte:

A. Para el juez penal, las oficinas o dependencias dentro de una institución pública son incorruptibles y no admiten presión o pacto corrupto con sus superiores. Este anhelo de probidad no parece respaldarse en ningún estudio o descripción criminológica sobre la corrupción. La misma que, al contrario de la presunción anotada, se caracteriza por sus estrategias milimétricas orientadas no solo a obstaculizar la actividad probatoria, sino además a encubrir a los verdaderos responsables del hecho. Por ejemplo, en la década del 90, se sabe que cuando un congresista “decidía” cambiarse de bancada y pasar a las filas del oficialismo, su decisión que solo le competía a él estaba determinada por alguien que ni siquiera era su jefe directo, pero que gracias a muchos dólares podría manejar la distribución de fuerzas políticas dentro del Congreso. Dicho de otro modo, las órdenes de facto en muchas ocasiones priman sobre las compe-

tencias de los funcionarios, cuando entre ellos existe la misma resolución criminal y la participación conjunta en los hechos delictivos. En un aparato interconectado y dependiente como lo es la Administración Pública no podemos limitarnos a estrictas consideraciones formales, pues ello sería contraproducente en términos de política-criminal, pues muchas de las cabezas de una organización criminal quedarían impunes por el simple hecho de que quienes firman los papeles son los mandos medios o bajos que actúan en coordinación con sus líderes. Esta es una realidad criminológica de la corrupción que el juez penal no puede pasar por alto.

B. Si existe inducción en cadena^[14] con mayor razón se sustenta la autoría en cadena, es decir, si un elemento de imputación accesoria (con menor desvalor penal y con un injusto dependiente) admite esa figura, el elemento independiente (y protagonista) debería admitirla también: es decir, la figura de la autoría. Si los criterios de imputación penal se limitasen a cuestiones formales volveríamos a planteamientos propios de la tesis formal de autoría, sin poder fundamentar, por ejemplo, supuestos de autoría mediata o supuestos de coautoría cuando uno de los coautores no se encuentra en el escenario del crimen. Esta es una realidad doctrinal que el juez penal tampoco puede pasar por alto.

Es cierto que los criterios de imputación han de ser proporcionales e idóneos, que no limiten la libertad de los ciudadanos por hechos globales sin ninguna relación directa con el

13 Fundamento 26 de la resolución N° 13 del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de fecha 24 de octubre de 2013.

14 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Grifley: Lima, 2007, p. 519.



hecho criminal, pues volveríamos a los planteamientos propios de la tesis unitarias y extensivas de autoría. Sin embargo, para frenar estas posibles extralimitaciones en el uso del Derecho penal contamos con herramientas de interpretación como el método teleológico o sistemático que busca interpretar el supuesto de hecho tomando en consideración el fin o ratio de la norma. Y en el caso que nos ocupa no parece desproporcional aceptar que el Presidente de una institución pueda influir en los funcionarios competentes con el objetivo de obtener una resolución, a la que se comprometió previamente. Máxime si está probado que el sujeto se reunió con los particulares interesados y con funcionarios competentes dentro de su entidad, y que, la resolución buscada finalmente fue emitida, no obstante el incumplimiento de ciertos requisitos formales por parte de los particulares interesados.

- C. Si lo hasta aquí mencionado no es cierto y la atribución formal y directa son criterios únicos de imputación penal, no tendría sentido la redacción, por ejemplo, del delito de colusión (art. 384 CP), que menciona “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo (...)” o el delito de negociación incompatible (art. 399 CP) que estipula “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa (...)”. Pues, por un lado, si la competencia ha de ser directa, la participación también debería de serlo; y, por otro, si lo que importa es la atribución y actuación formal, los actos simulados no tendrían ninguna relevancia penal.

Sin embargo, el legislador, con acierto, entiende que en la investigación y juzgamiento de hechos relacionados con el fenómeno jurídico-social de la corrupción la “prueba directa” no es la regla, y que las redacciones típicas deben ser lo más amplias que el garantismo constitucional lo permita para poder abarcar la mayor cantidad de supuestos, cada vez más sofisticados de corrupción. Esta es una realidad dogmática que el legislador, con mayor razón, no podría dejar de lado.

- D. Por tanto, por la misma naturaleza organizativa de la Administración Pública y por el desvalor penal en la conducta que prohíbe el delito de tráfico de influencias, no existe ningún inconveniente ni dogmático ni criminológico ni político criminal para aceptar un tráfico de influencias indirecto. Se castiga el haber invocado las influencias (y las pruebas muestran que realmente se ejecutó dicha promesa) respecto de una persona con poder de influenciar sobre quienes decidirían la inscripción de unas empresas. La forma en que el Presidente consiguió que sus funcionarios públicos finalmente emitan la resolución favorable a las empresas FORTLUCK y I CUARTO debería ser constitutiva de otro delito, por ejemplo, negociación incompatible, pero ese es otro momento de análisis que el desvalor penal del tráfico de influencias no abarca.

Si el tráfico de influencias no protege la imparcialidad de los funcionarios, poco o nada importa que se dirijan o no a quienes tienen la competencia directa, basta con que se prometa, de forma idónea o verosímil, el interceder frente a alguien ligado norma-



tivamente (funcionario público) a la institución o al caso concreto (judicial o administrativo) que se trate, y a cambio solicitar alguna ventaja. La redacción del tipo penal debe ser tomada como un esfuerzo técnico descriptivo del legislador en lo concerniente a la frase “haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo”, pues lo aquí importa es el verdadero desvalor penal o la ratio de la norma penal, que de ninguna manera niega que podamos entender la literalidad del precepto penal, también, como una alusión a competencias indirectas o presiones en virtud del cargo institucional que se ostente y que pueda influir, de una u otra manera, en la obtención del ilícito interés particular.

Finalmente, si de lo que se trata, como lo dice la Sala Penal de Apelaciones que se pronunció, en marzo de este año, sobre el recurso de Casación interpuesto por la Procuraduría, es de una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, la solución tiene que venir de una correcta interpretación de la norma penal del art. 400 y no de su precepto, pues entre uno y otro vocablo existe una importante diferencia: la norma es el mensaje que subyace al precepto (sumatoria de signos lingüísticos) y es la que contiene el verdadero desvalor penal de la conducta que el Código Penal prohíbe.