

Comentarios al anteproyecto de Ley que modifica el art. 400 del Código Penal vigente



POR ERICK GUIMARAY
COORDINADOR DEL ÁREA
PENAL DEL IDEHPUCP

I. Descripción de la propuesta

1. En el marco de una iniciativa legislativa, loable e interesante, la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción [= CAN] propone la modificación del delito de tráfico de influencias, regulado en el art. 400 del Código penal [= CP], en los siguientes términos:

En primer lugar, a la redacción vigente se suma el verbo rector “solicitar” como una de las modalidades por las que el traficante de influencias accede al beneficio ilícito producto de las influencias que invoca. Así mismo, se deja expresamente en claro que el traficante podrá solicitar, recibir o hacer prometer algún tipo de beneficio “de forma directa o indirecta”, por las influencias que ofrece utilizar de forma ilícita.

En segundo lugar, la iniciativa legislativa de la CAN amplía el rango de acción del traficante respecto de las influencias que ofrece utilizar. Es decir, mientras que la redacción actual solo abarcaría a los funcionarios que hayan sido competentes, lo estén siendo o lo vayan a ser sobre un caso administrativo o judicial, se propone que el uso de las influencias busque que determinado funcionario “haga, retarde u omita un acto o resolución relativo a sus funciones”. Con lo cual, lejos de limitarse a funcionarios competentes sobre determinado asunto litigioso, con la propuesta se abarcaría cualquier supuesto en el que la Administración despliegue sus funciones a través de sus agentes.

En tercer lugar, el anteproyecto de ley que se comenta propone la creación de un supuesto de hecho típico adicional denominado “tráfico de

influencias activo”, para referirse a la imputación de responsabilidad penal que recae sobre el tercero que compra las influencias. Es decir, sobre el interesado en la indebida gestión funcional consistente en “hacer, retardar u omitir” un acto o resolución.

2. La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción basa su propuesta, además de los pertinentes argumentos dogmáticos, en la explícita obligación internacional de lucha anticorrupción asumida por el Perú en virtud de diversos instrumentos internacionales, como por ejemplo, La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.
3. Una iniciativa legislativa que tenga como presupuesto obligaciones internacionales específicas permite advertir, desde el primer momento, su importancia y pertinencia, lo cual se confirma con los argumentos dogmáticos en los que se basa.

II. Análisis crítico

Sin perjuicio de lo indicado, desde nuestro punto de vista, el anteproyecto de ley presentado por la CAN podría admitir algunas críticas de orden teórico, las mismas que a continuación se presentan reconociendo la labor realizada por el grupo de trabajo, y solo con ánimo de aportar algunas líneas al interesante debate en materia anticorrupción que propuestas legislativas de esta naturaleza acertadamente sacan a la luz.

II.1 Sobre la modificación de la conducta típica del art. 400 CP

1. La iniciativa legislativa que se comenta propone agregar el verbo solicitar como una forma más mediante la cual el traficante de influencias accede al beneficio económico como contraprestación de su ilegal ofrecimiento.

Sin embargo, sin desconocer el ánimo explicativo de la propuesta, podríamos prescindir de dicha modificación. En efecto, la redacción actual del art. 400 prevé el “(...) hacer dar o prometer”, lo cual implica que el legislador consideró el supuesto en el que el traficante de influencias solicita algún tipo de beneficio, para luego hacer dar

o prometer que lo hará al sujeto que necesita la intercesión ante determinada parcela de la Administración. Dicho de otro modo, semánticamente el “hacer dar o prometer” ya presupone que hubo una solicitud previa.

2. Por otro lado, también se propone reemplazar el objeto sobre el cual las influencias deberían dirigirse. Es decir, en vez de tratarse de funcionarios que hayan sido competentes, lo estén siendo o lo vayan a ser, el ofrecimiento de las influencias tendrá como finalidad “hacer, retardar u omitir” un acto o resolución a cargo de cualquier funcionario de la Administración. La justificación de la propuesta tiene que ver con el hecho de que la redacción anterior se torna demasiado limitada respecto del amplio espectro en el que las influencias pueden incidir.

Este razonamiento tiene sentido, como bien apunta la CAN, siempre que se considere que los únicos funcionarios competentes son las personas con poder decisorio sobre un concreto asunto entre la Administración y el administrado. Desde este punto de vista, resulta lógico reivindicar que el tráfico de influencias debe ser sancionado incluso cuando se interceda sobre quien no tenga capacidad resolutoria, sino solo declarativa. Como por ejemplo, el funcionario encargado de notificar una resolución o de levantar un acta.

La opción planteada expresa de forma didáctica la finalidad político-criminal respecto de evitar el ofrecimiento de interceder sobre cualquier funcionario público. Sin embargo, no deja de ser cierto que de la redacción actual del art. 400 CP bien puede extraerse dicha conclusión, máxime si en el razonamiento penal las categorías administrativas no tienen por qué coincidir necesariamente, en su definición estricta, cuando se analizan dentro de un contexto delictivo. Así sucede por ejemplo con el concepto de funcionario público a efectos penales. Por ende, siempre serán competentes sobre determinado asunto judicial o administrativo, no solo los encargados de resolver el caso, sino cualquier funcionario que idóneamente pueda tergiversar la actividad administrativa o judicial, en el caso concreto.

Incluso, bien puede interpretarse que cuando el legislador penal hace referencia a un “caso judi-

cial o administrativo”, se refiere de forma genérica a la amplitud de relaciones, regaladas y sujetas a Ley, que pueden existir entre los administrados y la Administración. Solo así, por ejemplo, se entiende que en doctrina y jurisprudencia se acepte el “tráfico de influencias en cadena”, donde para lograr la ilícita intercesión sobre el funcionario competente, primero se influye sobre el “resto” de sujetos involucrados en el caso “no competentes” en estricto (supuesto de hecho en el que se sitúa el anteproyecto de ley).

II.2 Sobre la incorporación del art. 400-A

1. La CAN propone la incorporación de lo que en doctrina se conoce como el “cohecho activo”, supuesto de hecho donde se sanciona al tercero interesado en el uso de las influencias sobre determinado funcionario. La propuesta legislativa basa su iniciativa en lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
2. El estado actual de la cuestión, como minuciosamente rescata el anteproyecto que se comenta, no es pacífico en doctrina, pues existen razonamientos que van desde postular la impunidad de la conducta del tercero interesado en el tráfico de influencias, hasta tesis como la propuesta que responsabiliza a título de autor al tercero interesado, pasando por las posturas que recurren a la parte general del CP, en específico a las reglas de participación criminal.
3. Sin dejar de reconocer el ánimo de zanjar la discusión doctrinal sobre el tema, es cierto que la responsabilidad penal del tercero interesado en el tráfico de influencias también puede desprenderse de la propia redacción del tipo penal y de su estructura actual. Es decir, el tráfico de cualquier objeto necesita de, por lo menos, dos personas. Esta presunción lógica traducida en términos penales significa que el bien jurídico que se protege en el art. 400 CP puede ser lesionado tanto por quien



invoca las influencias, como por quien paga por ello. Desde este punto de vista, ambos protagonistas (traficante y tercero interesado) crean un comportamiento típico contra el concreto objeto de protección del tráfico de influencias y en tanto ello ambos deberían ser sancionados a título de autor.

4. Por otro lado, respecto del rango de pena a imponer, de acuerdo al anteproyecto de ley, este viene determinado por el marco de pena establecido para el delito de “cohecho genérico”, “atendiendo a la similitud con dicha figura delictiva e incluso que se entiende que el “Tráfico de Influencias activo” supone la punición de un acto preparatorio de un cohecho”.

Desde nuestro punto de vista, el argumento que se presenta para legitimar el marco de pena a imponer admite alguna valoración crítica:

- En aplicación estricta del principio de proporcionalidad y en el entendido que el tráfico de influencias activo resulta ser la punición de un acto preparatorio del delito de cohecho, no se explica por qué ambas figuras (una consumativa y otra preparatoria) deban de tener la misma pena abstracta, pues se entiende que un acto preparatorio por se conlleva menor desvalor penal que el propio delito consumado.
- Podría considerarse contradictorio el hecho de calificar a una conducta como preparatoria de un delito distinto, cuando al mismo tiempo se propone su tipificación autónoma. Es decir, si la conducta del interesado ha de ser sancionada como un delito independiente (tráfico de influencias activo) que se deriva del desvalor penal del tráfico de influencias, cómo podríamos calificarlo al mismo tiempo como un acto preparatorio del delito de cohecho genérico.

Salvo que se acepte que, en sí mismo, el delito de tráfico de influencias es un acto preparatorio expresamente tipificado del delito de cohecho genérico, con lo cual, por un asunto de sistematicidad, tendría que estar regulado en el propio art. 397 CP.

II.3 “directa o indirectamente”

1. La propuesta legislativa que se comenta incide específicamente en advertir que “lo que sanciona el legislador es que la solicitud, ofrecimiento o promesa del medio corruptor, sea el vínculo que sostiene la ilegal relación entre el tercero interesado y el autor del delito (el llamado “vendedor de humo”), no importando si esta se materializa directa o indirectamente”. Esto es, poco o nada importa, a efectos de atribución de responsabilidad penal, si el traficante se vale de alguien más para solicitar algún tipo de ventaja o beneficio por el uso ilegítimo de sus influencias.
2. Lleva absoluta razón el fundamento dogmático de la modificación normativa, máxime si tomamos en cuenta la complejidad orgánica de la Administración, estratificada y dividida en secciones, secretarías, dependencias, etc.
3. Finalmente, en el anteproyecto legislativo no se deja expresa mención del título de intervención bajo el que se atribuirá responsabilidad penal contra el sujeto intermediario entre el traficante y el interesado. La lógica indica que serán de aplicación las reglas de la parte general del CP, en específico las relacionadas con la colaboración necesaria, las que legitimen la subsunción de la conducta del intermediario dentro del desvalor penal que subyace en el delito de tráfico de influencias regulado en el art. 400 CP.