

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

SENTENCIA DEL CASO PETROAUDIOS

Por: David Torres Pachas

Miembro del DEPEC



El día 16 de febrero del presente año la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima dictó la sentencia que absolvió a Rómulo León Alegría como autor y a Jostein Kar Kjerstad como instigador del delito de tráfico de influencias en agravio del Estado. Y ello en relación a la acusación del Ministerio Público en contra de Rómulo León según la cual este habría intercedido en favor de la empresa Discover Petroleum y sus representantes (entre ellos, Fortunato Canaán, Mario Díaz Lugo y Jostein Kar Kjerstd) ante diversos funcionarios de PERUPETRO. Según la acusación fiscal, la empresa Discover Petroleum habría obtenido un consorcio con PETROPERÚ y la buena pro en el proceso de selección de cinco lotes petroleros gracias a los vínculos que Rómulo León tenía en el gobierno.

A continuación los aspectos más importantes de la sentencia en relación al delito de tráfico de influencias¹:

VII) ASPECTOS CONCEPTUALES.- CONSIDERACIONES RESPECTO AL DELITO DE TRAFICO DE INFLUENCIAS: DÉCIMO TERCERO: d) (...) con relación al **bien jurídico protegido** tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ha quedado establecido que éste lo constituye el recto y normal funcionamiento de la administración pública, pero no en un sentido amplió (sic), sino, que este se circunscribe únicamente **al ámbito de la justicia jurisdiccional y la justicia administrativa**. En este sentido, el Doctor Salinas Siccha señala al respecto que el bien jurídico genérico lo constituye el recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa mientras que el bien jurídico específico es el prestigio y regular desenvolvimiento o funcionamiento **de la justicia jurisdiccional y administrativa**, precisando que “la materialización de cualquiera de las conductas prohibidas no pone en peligro o riesgo, ni lesiona toda la administración pública, sino solo el espacio que corresponde a los funcionarios o servidores públicos que han de conocer, estén conociendo o hayan conocido un proceso judicial o administrativo”. De igual forma el Doctor Rojas Vargas señala que “El objeto de la tutela penal es así preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública **específicamente en su ámbito jurisdiccional y de justicia administrativa**, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descrédito con el comportamiento típico del agente, el cual, con palabras de Frisancho-Peña Cabrera, hace creer a los particulares que la administración pública se mueve por medio de intrigas, protecciones y dinero”.

(...)

“cuando el tipo penal de tráfico influencia (sic) desarrolla dentro de su conducta típica como presupuesto objetivo el “ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo”, atendiendo al bien jurídico protegido, esta influencia no se encuentra dirigida a cualquier funcionario público, sino que este dirige su influencia a funcionarios de la administración de justicia jurisdiccional o de la administración de justicia administrativa, de allí que no se pueda hablar de tráfico de influencia (sic) en cualquier tipo de proceso o trámite (sic) administrativo dentro de la administración pública, sino, solo aquellos procesos en que se resuelva justicia administrativa. No cualquier funcionario

1 Las negritas y subrayados son de la sentencia.

público que conoce un caso judicial o administrativo puede ser destinatario de la intervención, sino solo aquel que tiene facultades jurisdiccionales. Aunando a esta idea, el Doctor Salinas Siccha sostiene respecto al funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, que no se trata de cualquier funcionario o servidor público, sino solo a aquel que ejerce funciones al interior de la administración de justicia en el ámbito jurisdiccional o administrativo. En este mismo sentido la Corte Suprema ha señalado “en lo que respecta al delito de corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias, debe señalarse que, cuando el tipo penal del artículo cuatrocientos del Código Penal hace referencia al “ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo” indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo”.

VII) (...) d) (...) “Es menester precisar que la Ley 28024 - Ley que Regula la Gestión de Intereses en la Administración Pública, en su artículo 7° define al gestor de intereses como aquella persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que desarrolla actos de gestión de sus propios intereses o de terceros, en relación con las decisiones públicas adoptadas por los funcionarios públicos. Por ello en el tercer párrafo del artículo 1° de la ley en mención se establece que dicha Ley 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, lo que guarda relación con el tipo de procesos en los que si se configura el delito de tráfico de influencias, como son los de justicia jurisdiccional y justicia administrativa, y ello se da con la finalidad de que no se colisione con la figura del gestor de intereses, cuya actividad es legalmente permitida dentro de la administración pública.”

VIGÉSIMO NOVENO: Que, es menester precisar que la propia acusación escrita en su folio 58, punto 43 reconoce que “es importante señalar que la labor del procesado León Alegría (a la que llama “gestión de negocios” y le permite autodenominarse como “gestor” de los intereses de DP en el Perú) encuentra regulación en la Ley N° 28024 (Ley de gestión de intereses en la Administración Pública), por lo tanto no es ilegal, sinó mas (sic) bien una práctica común ante las entidades del estado que tiene como propósito influir en una gestión pública...”, siendo que luego hace referencia a la informalidad en que realizaba dicha actividad, a que no se

le conoce actividad relacionada con temas de hidrocarburos; y a la forma como recibía sus honorarios; así como a su vínculo con funcionarios y su facilidad de llegar a ellos para influir en las decisiones que adopten. Así pues el propio Ministerio Público reconoce que la labor ejercida por el encausado León Alegría a favor de los intereses de la empresa Discover Petroleum Internacional, para participar en actividades de exploración petrolera en nuestro país, constituyeron gestión de intereses ante la administración pública y por lo tanto eran lícitas; no precisándose bajo que consideraciones, la informalidad que se le atribuye –la que era relativa, dado que su labor se respaldaba en contratos cuya existencia reconoce el ente acusador, recibía honorarios y ejercía públicamente la representación de dicha empresa para tales fines, mas allá de formalidades (sic)- debiendo interpretar que se refiere a la falta de registro como gestos de intereses (sic), pero de ser así, como ya lo tenemos precisado, tal omisión no torna en ilícita la actividad, ni la convierte en delito de tráfico de influencias. De otro lado, el que no sea versado en los temas de hidrocarburos, no es óbice para calificar como gestor de intereses, dado que esta labor no es técnico – científica, sino de gestoría en trámites y promoción de los negocios a favor de su representada, labor para la cual el encausado en mención se encontraba suficientemente capacitado en razón de su formación profesional. En tal contexto las gestiones, visitas y comunicaciones efectuadas por el encausado Rómulo Ledón Alegría, a los funcionarios de las empresas PERU PETRO S.A. y PETRO PERU S.A., son compatibles con el ejercicio de su actividad de gestor de intereses a favor de la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL, no habiéndose probado por

«El Doctor Rojas Vargas señala que “El objeto de la tutela penal es así preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública específicamente en su ámbito jurisdiccional y de justicia administrativa»



© elcomercio.pe

«El propio Ministerio Público reconoce que la labor ejercida por el encausado León Alegría a favor de los intereses de la empresa Discover Petroleum Internacional, para participar en actividades de exploración petrolera en nuestro país, constituyeron gestión de intereses ante la administración pública y por lo tanto eran lícitas; no precisándose bajo que consideraciones».

el señor representante del Ministerio Público, que en si mismas (sic) alguna de éstas revistan ilicitud que le resulte atribuible penalmente:-

TRIGÉSIMO: Que, en cuanto al ámbito en que se desarrolló la actividad imputada al encausado Rómulo Augusto León Alegría, a favor de los intereses de la empresa Noruega Discover Petroleum Internacional, este fue en el proceso de selección N° PERUPETRO-CONT-001-2008, para la contratación de áreas, en la modalidad de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, ámbito que no es equiparable a un proceso judicial o administrativo (entiéndase de justicia administrativa), como exige el tipo penal, conforme lo establece la doctrina y jurisprudencia nacional, glosada precedentemente. (...) En el caso de autos, el proceso de selección N° PERUPETRO-CONT-001-2008, cuyo objeto era la contratación de empresas destinadas a explorar y explotar hidrocarburos, no se trata de un procedimiento administrativo sancionador por afectación de un bien jurídico, ni mucho menos de un procedimiento judicial, siendo esto un presupuesto cuya concurrencia en el tipo es exigible para su configuración. En efecto, un proceso de selección es

un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativo o hecho administrativo que tienen por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las entidades del Estado van a celebrar la contratación de áreas en la modalidad de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, y precisamente, se hace tal separación –acto administrativo, del procedimiento judicial, o procedimiento administrativo- para distinguir el Tráfico de Influencias de la Gestión de Intereses, Si ello es así, entonces llegamos a la conclusión que en el presente caso la imputación contra el encausado Rómulo Augusto León Alegría por delito de Tráfico de Influencias debe desestimarse por atípica, dado que el hecho atribuido (sic) al encausado RÓMULO AUGUSTO LEON ALEGRÍA, no puede ser objeto de sanción penal por no encajar en la descripción típica del delito en mención; y por el contrario guarda relación con el ejercicio de la actividad de “gestoría de intereses”, prevista en la Ley N° 28024 –Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública-, conforme se ha establecido precedentemente.-

Comentario Jurisprudencial

I. Sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias

Conforme al 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.

De acuerdo a su ubicación sistemática en el Título XVIII del Código Penal, se entiende que es un delito que atenta contra el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública, entendido como correcto el ejercicio de

la función pública. Ello además en concordancia con los fines constitucionales previstos para la Administración Pública y que permiten el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la ciudadanía.

Se entiende además que cada delito de corrupción previsto por nuestro Código Penal debe afectar o poner en peligro algún aspecto en particular del ejercicio de la función pública y es en este contexto que la doctrina y jurisprudencia peruana han intentado encontrar un principio vulnerado por este delito. Tal y como señalábamos en un texto anterior, podemos identificar hasta tres posturas: i) La imparcialidad de la Administración Pública; (ii) El prestigio de la Administración Pública, y (iii) La institucionalidad de la Administración Pública².

Según la sentencia, que sigue la línea de argumentación de Fidel Rojas y Ramiro Salinas, el bien jurídico específico sería el prestigio de la Administración Pública. Esta afirmación trae consigo las siguientes críticas. En primer lugar, el carácter subjetivo y ambiguo del supuesto bien jurídico ya que aquella institución que no cuente con cierto prestigio ante los ciudadanos no tendría por qué ser protegida ante eventuales actos de tráfico de influencias. De otro lado, no se comprende de qué manera el prestigio de la Administración Pública estaría relacionado con el ejercicio de la función pública (partiendo de la premisa que debería afectar un principio que lo rige y orienta). Finalmente, cabe preguntarse si el prestigio de la Administración Pública debería ser un bien jurídico penalmente tutelado tomando en cuenta que el Derecho Penal solo debe intervenir como última instancia ante los ataques más gravosos en contra de los intereses más importantes de la sociedad (¿el prestigio de la Administración Pública sería uno de ellos?).

¿Qué se protege en el delito de tráfico de influencias? De una lectura del artículo 400° del Código Penal, puede deducirse que la conducta prohibida es la configuración de acuerdos de intercesión ilegítimos ante la Administración Pública. Si ello es así, ¿por qué resulta importante y necesario prohibir este tipo de acuerdos de intercesión? Basta con pensar en la posibilidad de que estos acuerdos se produzcan de manera simultánea y a gran escala. Ello supondría, sin duda alguna, que surgirá la percepción de que existe un sistema paralelo de Administración Pública. Un sistema, pues tiene sus propias reglas, condiciones

² Para un mayor detalle de estas posturas invitamos a revisar el siguiente comentario jurisprudencial: <http://goo.gl/F16JtL>.

y actores; y paralelo, en cuanto no supone la eliminación del sistema de Administración Pública conforme a lo establecido por la Constitución Política, ya que este se mantiene y sirve como fuente de legalidad al producto del acuerdo de intercesión. Un sistema que además se muestra como uno más eficiente que el formalmente reconocido.

A fin de cuentas, lo que genera la proliferación de acuerdos de intercesión ilegítimos es un sistema de redes de intereses. Redes que replican el sistema de Administración Pública formal y que se multiplican y entrelazan. Para que dicho sistema funcione a cabalidad, habrá de seguir la siguiente premisa: “a mayor número de influencias en los distintos niveles de la administración pública, mayores serán las posibilidades de obtener una decisión favorable”. Este sería el objetivo último de las redes de intereses y cuya dinámica sería aceptada y tolerada por los actores del mismo.

Siendo ello así, la efectiva prestación de servicios públicos y la satisfacción de intereses dependerían de la cantidad y “calidad” de traficantes de influencias que un ciudadano pudiera contactar. Asimismo, podrán observarse colisiones de estas redes de intereses, colisiones que además son admitidas y toleradas por los miembros del sistema, pues formarían parte de un acuerdo previo para intervenir en el sistema paralelo. Como vemos, es el tráfico de influencias el germen que da vida y sustenta todo el sistema paralelo de Administración Pública.

Pero, ¿qué sucede con el sistema formal de administración pública? Este sistema, ante la amenaza de las redes de intereses y de los continuos tráficos de influencias, se ve desacelerada en sus funciones, neutralizada y finalmente se vuelve una administración pública de pantalla con dos grandes misiones: i) proveer el contexto en el que cual se llevará a cabo la lucha de las redes de intereses y ii) legitimar el acuerdo de la red “vencedora”. Como vemos, el sistema formal de Administración Pública va a transformarse en un cascarón y solo tendría el único poder de legitimar los acuerdos ilegítimos de intercesión (es por esta razón que a las redes de intereses no les convendría que el sistema formal desaparezca).

Tomando en cuenta lo anteriormente mencionado, volvemos a la pregunta inicial: ¿qué protege el delito de tráfico de influencias? Queda claro que protege el funcionamiento de la Administración Pública (bien jurídico marco o “sombri-

lla”), pues los acuerdos de intercesión le restan eficiencia, eficacia, lo neutraliza en sus funciones constitucionales y lo vuelve un cascarón formal, sin ninguna misión en la satisfacción de derechos fundamentales.

Tal y como señalábamos en el comentario jurisprudencial anterior, si bien puede 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, descartando aquellas posturas que por su formulación cada vez se vuelven menos sostenibles.

II. El elemento “caso judicial o administrativo”

De otro lado la sentencia también se pronuncia sobre el elemento “caso judicial o administrativo” en el delito de tráfico de influencias. Siguiendo a ciertos autores, la sentencia señala que el funcionario público sobre el cual se invocan las influencias debe ser aquel que ejerza función jurisdiccional. Incluso se cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia para confirmar esta postura.

Sin embargo, consideramos que no se está interpretando adecuadamente la sentencia de la Corte Suprema ya que según esta:

“indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo”.

Es decir, que el funcionario público al que hace referencia el elemento “caso administrativo”, sería a aquel que tiene competencia administrativa y que está investido de poder discrecional (administrativo). Con ello se aleja de la interpretación del elemento “caso administrativo” como un proceso jurisdiccional administrativo, lo cual permite asimilarlo a cualquier procedimiento administrativo. Conforme al artículo 29 de la Ley N° 27444,

“[s]e entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.

De esta manera, el intermediario podrá invocar sus influencias respecto de aquellos funcionarios encargados de dichos actos y diligencias.

Esta interpretación también ha sido acogida en reciente jurisprudencia del Juzgado Unipersonal del Distrito Judicial de Lima, a propósito del caso Banco de Materiales³. Según la sentencia,

“10.6. (...) el tipo del artículo 400° del Código Penal al funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, está aludiendo en cuanto al caso administrativo a todos aquellos procedimientos administrativos que sean conocidos por funcionarios o servidores de la administración pública, toda vez que el delito tipificado en cuestión protege la administración pública (...)

(...)“En este contexto el procedimiento administrativo que se seguía para la obtención de un crédito ante el Banco de Materiales S.A.C no resultaba ser un simple trámite administrativo como pretende hacer ver el abogado del acusado y más bien constituía un procedimiento administrativo –caso administrativo, en el ámbito de la administración pública”.

III. Gestión de intereses y el delito de tráfico de influencias

Un tercer tema que trae a colación la sentencia de la Tercera Sala Penal Liquidadora está relacionado con la gestión de intereses, la misma que se encuentra regulada por la Ley N° 28024. Según la sentencia, Rómulo León Alegría sería el gestor de intereses (aunque informal por no encontrarse en el registro respectivo) de la empresa Discover Petroleum ante PERUPETRO. Ello tendría el respaldo de un contrato entre León Alegría y la empresa noruega para la realización de dichas labores, así como el pago de honorarios. Sumado a ello, el proceso de selección no sería considerado como un “caso administrativo”, ya que en él no se ejerce función jurisdiccional.

Debemos partir descartando este último aspecto, recordando que el elemento “caso administrativo” ha de ser entendido como procedimiento administrativo. En tal sentido, la invocación de influencias sobre un funcionario podrá ser respecto de todo aquel que tenga incidencia en cualquiera de las etapas del proceso de selección.

De otro lado, se alega que León Alegría es un gestor de intereses informal. Más allá de que no inscribirse en el Registro Público de Gestión de Intereses (artículo 12 de la Ley N° 28024) constituye una infracción muy grave según el

³ Julio Rodríguez Vásquez, investigador del DEPEC elaboró un comentario jurisprudencial sobre dicha sentencia. Puede acceder a dicho comentario a través del siguiente enlace: <http://goo.gl/3mbCb4>.

reglamento (artículo 41 inciso i del Decreto Supremo N° 099-2003-PCM), no se ha tomado en cuenta que la influencia en la decisión pública que procure el gestor de intereses debe seguir determinados parámetros.

Para ello basta con revisar las siguientes normas éticas que prevé el reglamento:

Artículo 37

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 de 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.

Con ello bien puede afirmarse que existe un ámbito de actuación permitido en la labor del gestor de intereses. Si bien es cierto que conforme al 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” (artículo 3 del reglamento), dicha orientación debe atender a criterios objetivos que confirmen que el interés particular es válido y por tanto el Estado debe defenderlo o garantizarlo. De ninguna forma la gestión para la satisfacción de intereses individuales debería producirse a partir de la invocación o uso de influencias (amicales o personales) frente a los funcionarios públicos.