

BOLETÍN Nº 2 - 2016

ANTICORRUPCIÓN Y JUSTICIA PENAL

ISSN 2410-5899



GRUPO DE INVESTIGACIÓN
DERECHO PENAL
Y CORRUPCIÓN



PUCP



CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Lo que esta en juego ahora:
El grave costo de votar por un candidato(a)
corrupto o vinculado con la corrupción
Por: *Yvan Montoya Vivanco*

ARTÍCULO

Principio de Resocialización
y la Inhabilitación permanente
Por: *Julio Rodríguez Vásquez*

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Sentencia del caso Petroaudios
Por: *David Torres Pachas*

NOTICIAS

PRESENTACIÓN

LO QUE ESTA EN JUEGO AHORA

El grave costo de votar por un candidato(a) corrupto o vinculado con la corrupción

Por: Yvan Montoya Vivanco

Investigador del IDEHPUCP y Coordinador del DEPEC



© elpais.pe

Desde el año 2001 se inició tal vez por primera vez en nuestra historia un proceso para poner fin a la impunidad de la que siempre gozaron los corruptos de nuestra historia. Esta vez se trata de uno de los procesos político-jurídicos y penales más efectivos contra uno de los últimos episodios de corrupción sistémica más importantes de nuestra historia republicana, esto es, la corrupción sistémica que se implementó en el Perú durante los últimos años de la década de los años noventa a la cabeza del ex presidente Fujimori y su asesor principal Vladimiro Montesinos Torres seguido por un entorno corrupto perteneciente a la elite civil y militar en la estructura del poder en el Perú.

Evidentemente ese proceso extrañamente se ha desacelerado en las instancias del Ministerio Público y el Poder Judicial, es decir, en las instancias de investiga-

ción, juzgamiento y sanción de la corrupción. Este proceso de desaceleración se viene manifestando en preocupantes e indignantes situaciones de impunidad no sólo de los casos que se corresponden a aquel periodo de corrupción sistémica (como por ejemplo los casos de Rómulo Leo y Cecilia Chacón), sino también de los casos graves de corrupción política de los gobiernos democráticos posteriores: Toledo, García y Humala.

Uno de los factores que estoy convencido explica esta desaceleración, y que parece llevarnos a un abandono total de la lucha contra la corrupción, es la propia constatación de continuación de la corrupción política en nuestro país, esto es, durante la sucesión de los tres gobiernos democráticos, posteriores a la corrupción de los años noventa. Nos referimos a las sospechas de lavado de activos en el caso Ecoteva que involucra a Alejandro Toledo; al caso narcoindultos que involucra al gobierno de García y en donde sólo se ha podido sancionar a uno de los involucrados, dejando la sensación de impunidad. Y finalmente nos referimos a las sospechas de graves actos de corrupción durante este régimen del presidente Ollanta Humala. Aspecto referidos al financiamiento electoral de su partido y la imputación reciente de haber recibido varios millones de soles por parte de la empresa ODERBRECH, implicada en casos de lavado de activos en Brasil.

Entonces, frente a estas elecciones generales (Presidenciales y por el Congreso de la República), elegir a un candidato con denuncias serias por corrupción o que tenga alguna evidencia de involucramiento en actos de corrupción, resulta trascendental no sólo por los actos de corrupción que pudiera realizar el propio Presidente de la República y/o su entorno gubernamental o parlamentario, sino sobre todo por el impacto desmoralizante y desmotivador que genera sobre los órganos de administración de justicia en su función cotidiana de investigación y juzgamiento de casos graves de corrupción. Si bien se trata de órganos independientes e imparciales no cabe duda del impacto negativo que genera la falta de impulso en la lucha contra la corrupción desde los más altos cargos del Estado.

Corresponde preguntarte elector cuánto daño le haces al Perú y a su población más vulnerable cuando decides votar por candidato/as presidenciales o parlamentarios con serias y fundadas denuncias por corrupción?. Decidir por uno/a de ellos te vuelve cómplice silencioso de la continuación de la corrupción en el Perú. Aun estas a tiempo, son momentos en el que debes estar atento, informarte con diversas fuentes periodísticas, comparar y decidir conscientemente en favor de la integridad del país.

PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN Y LA INHABILITACIÓN PERMANENTE

Por: Julio Rodríguez Vásquez

Investigador del IDEHPUCP y miembro del DEPEC



© runrun.es

Dentro de los diversos temas asociados a la prevención de la corrupción, uno de los más debatidos en este contexto político es la llamada muerte civil o inhabilitación permanente de ejercer cargos públicos para los condenados por actos de corrupción. No obstante, algunos y algunas congresistas y político(a)s han manifestado que la regulación de la inhabilitación permanente transgrede el principio de resocialización contenido en el artículo 139° inciso 22 de la Constitución. En el presente artículo analizaremos este principio y su posible relación con la inhabilitación permanente.

Sobre el Principio de Resocialización

¿Qué se entiende por resocialización? La resocialización del condenado es un principio integrado por tres subprincipios: reeducación, rehabilitación y reincorporación (Urias 2011:44). En esta línea, la “reeducación” hace referencia al proceso por el cual la persona adquiere determinadas actitudes que le permitirán desarrollar su vida en comunidad; la “reincorporación” hace alusión a la recuperación social de la persona condenada a determinada pena; y, finalmente, la “rehabilitación” representa la renovación jurídica del status del ciudadano que cumple determinada pena (Montoya 2008. 634-635). De esta forma, la rehabilitación hace referencia aún proceso a través del cual se reeduca, reincorpora y, finalmente, se rehabilita al condenado.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de la resocialización? Un sector importante de la dogmática penal considera que la resocialización representa el fin preventivo que debe cumplir la pena o, para algunos, el Derecho penal en su conjunto. Este fin es conocido como prevención especial positiva, toda vez que previene la comisión de delitos a través de la generación de un cambio “positivo” en el delincuente. En este punto cobra importancia la diferencia entre fin y función. El “fin” se mueve en un plano prescriptivo o de “deber ser”; es decir, representa un valor que fundamenta y legitima algo; mientras que la “función” pertenece al plano descriptivo o del “ser” (Ferrajoli 2005: 322). Por este motivo, el “fin” del Derecho penal o de la pena está compuesto por los valores y argumentos que legitiman la liberación del poder punitivo del Estado.

Decir que el Derecho penal cumple un fin preventivo especial o de resocialización es decir que el Estado está legitimado a ejercer su poder punitivo para imponer a determinadas personas una forma de pensar o la asunción de los valores que el Estado deseé; para así poder prevenir la comisión de delitos. Sin embargo, estos argumentos se oponen a un modelo de Estado Constitucional que respete la autonomía y la libertad de pensamiento de los ciudadanos (Ferrajoli 2005:272). Así, el Derecho penal no puede estar fundamentado en un valor que implica obligar a cambiar de valores y de pensamientos.

No obstante, nuestra Constitución no señala que la resocialización es un fin preventivo de la pena o del sistema penal en su conjunto. Por el contrario, limita su campo de aplicación a determinada pena y a determinada fase de aplicación del Derecho penal. Así, la Constitución reconoce “el principio de que

el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad". En esta medida, la resocialización es un principio que se limita a la pena privativa de libertad (de ahí su referencia al régimen penitenciario) y a la ejecución de dicha pena en un centro carcelario.

En este contexto, el principio de resocialización es una garantía del condenado a una pena privativa de libertad (Silva 1992: 263) dirigido al Estado y, especialmente, a los funcionarios del sistema penitenciario (Meini 2009:310). Este principio exige que la ejecución de una pena privativa de libertad vaya acompañada por diversos mecanismos orientados a dos objetivos: por un lado, promover que la cárcel sea lo menos represiva posible, y así disminuya su efecto estigmatizador (Ferrajoli 2005: 271); y, por otro lado, que la pena privativa de libertad esté acompañada de mecanismos que hagan posible que la persona participe libremente de la vida social y que le ofrezcan alternativas al comportamiento criminal (Mir Puig 2011: 144).

Sobre la Inhabilitación permanente de mantener/ ejercer cargos públicos.

Ahora, ¿en qué consiste la pena de inhabilitación de ejercer cargos públicos? La inhabilitación consiste en la incapacitación del condenado para adquirir o ejercer válidamente derechos o facultades, siempre que no comprometa directamente la libertad ambulatoria (penas privativas de libertad) o la propiedad de manera actual (pena de multa) (Gutiérrez 2012:157). En el caso de la inhabilitación del artículo 426, estamos ante una pena que restringe derechos políticos (Gutiérrez 2012:189).

En esta línea, de acuerdo al Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia, debe estar vinculada al oficio o cargo del que el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer un delito. A partir de esta afirmación, vemos que esta pena opera de dos formas:

i) inhabilita a la persona que comete un delito abusando de función y poder otorgado (Por ejemplo, el funcionario público que se apropia de un dinero que está en su custodia);

ii) inhabilita a la persona que, sin tener una posición especial, comete un delito que implica la lesión de un principio o requisito material propio de

una función (Por ejemplo, el ciudadano que paga un soborno)

Así, en el caso de los actos de corrupción, la inhabilitación se aplica tanto a los funcionarios públicos que cometen un delito contra la administración pública, como a los individuos que cometen un delito de corrupción. Es decir, ni un funcionario corrupto, ni un ciudadano corrupto podrán mantener y/o ejercer un cargo público.

En este contexto, diversas bancadas proponen como medida de lucha y prevención de la corrupción la pena de inhabilitación permanente. A través de dicha pena, los responsables de actos de corrupción graves (por ejemplo: actos cometidos por un funcionario público elegido popularmente o actos de corrupción ligados a fondos públicos utilizados para satisfacer derechos sociales, económicos y culturales) no podrían volver a ejercer cargos públicos. ¿Contradice esta propuesta el principio de resocialización?

Relación entre principio de Resocialización y la Inhabilitación permanente

Como hemos visto, la resocialización es una garantía del Derecho penal. Ahora bien, las garantías penales de una pena tienen una clara dependencia de las consecuencias que esta produce (Silva 2011:167). En este sentido, es imprescindible distinguir las garantías político criminales que pertenecen al bloque de penas de prisión; y las garantías que pertenecen al bloque de sanciones menos graves que la prisión (Silva 2011: 177)

«Decir que el Derecho penal cumple un fin preventivo especial o de resocialización es decir que el Estado está legitimado a ejercer su poder punitivo para imponer a determinadas personas una forma de pensar o la asunción de los valores que el Estado deseé»

En este contexto, la garantía de resocialización pertenece, evidentemente, al bloque de penas de prisión. Toda vez que, como ya vimos, tiene por objetivo evitar en la mayor medida posible los efectos negativos de la prisión en la personas y brindarle la posibilidad real de optar por un camino distinto al de la criminalidad. Por este motivo, carece de toda lógica invalidar a la inhabilitación permanente a partir del principio de resocialización de la pena privativa de libertad.

Esto no quiere decir que la pena de inhabilitación carezca de garantías. Por el contrario, toda sanción debe estar irradiada de garantías generales como el principio de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y lesividad. Sin embargo, la garantía de resocialización es un principio que obedece a la naturaleza particular de la pena privativa de libertad.

Ahora bien, nosotros consideramos que la pena de inhabilitación permanente podría permitir el reforzamiento de una política criminal de menor dureza y que facilite de manera indirecta la satisfacción del principio de resocialización. En esta medida, Silva Sánchez admite que la expansión del Derecho penal a través de políticas de seguridad ciudadana es una vía que difícilmente (y lamentablemente) va retroceder (a menos sin que exista un cambio en los medios de comunicación y en la manera de hacer política) (Silva 2011:180).

En este este escenario, es imprescindible que la pena privativa de libertad esté limitada por un conjunto de principios garantistas sólidos. Por ello es urgente tener penas alternativas que eviten condenas que tengan por resultado la imposición de una pena carcelaria, pero que puedan responder de manera efectiva a las presiones políticas y ciudadanas. Se debe impulsar la búsqueda de sanciones que sean proporcionales a la afectación de los bienes jurídicos específicos y que permitan prevenir la comisión de delitos en el futuro con la menor restricción posible en la autonomía de los criminales.

Consideramos que la pena de inhabilitación permanente (siempre que no esté acompañada de pena privativa de libertad efectiva) es el mecanismo más idóneo para prevenir la comisión futura de delitos graves de corrupción, a la vez de ser un vehículo que evita los efectos negativos de una posible pena privativa de libertad. Y es que, por un lado, reduce drásticamente las probabilidades de que el corrupto afecte nuevamente la administración pública, a la vez que le ofrece un camino más estigmatizante y desocializador que la cárcel.

Bibliografía

FERRAJOLI, Luigi

2005 *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.

GUTIERREZ CASTAÑEDA, Ana

2012 *Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MEINI, Iván

2009 *Imputación y Responsabilidad penal*. Lima: Ara.

MIR PUIG, Santiago

2011 *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel.

MONTOYA VIVANCO, Yvan

2008 *Reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penal*. En: GUTIERREZ, Walter (Director). *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Tomo II*. Lima: Grijley, pp. 634-643.

SILVA SANCHEZ, Jesús María

2011 *La Imposibilidad de "Volver" al Viejo y Buen Derecho Penal Liberal*. En: *Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en sociedad postindustriales*. Buenos Aires: BdeF.

URIAS MARTINÉZ, Joaquín

2001 *El valor constitucional del mandato de resocialización*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 63, septiembre/diciembre de 2001, pp. 43-78.

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, sino 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 graves 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

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 desapareciera).

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-

² Para un mayor detalle de estas posturas invitamos a revisar el siguiente comentario jurisprudencial: <http://goo.gl/Fl6JtL>.

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.

NOTICIAS

RESUMEN DE NOTICIAS SOBRE ANTICORRUPCIÓN Y JUSTICIA PENAL



BBC MUNDO – 4/03/16

Expresidente Lula es obligado a declarar como sospechoso en escándalo de corrupción en Brasil

El expresidente Lula da Silva se encuentra investigado por autoridades de Brasil ante las sospechas de haber recibido pagos procedentes de la red de corrupción de la petrolera estatal Petrobras.

Seguir leyendo en <http://j.mp/1qwnBu8>



EL COMERCIO – 15/03/16

Lula acepta ser ministro y queda blindado de investigación

La presidenta de Brasil, Dilma Rouseff invitó al expresidente Lula da Silva a ser ministro de Gobierno, lo cual significaría que Lula quedaría blindado de las denuncias de corrupción en su contra por el caso Lava Jato.

Seguir leyendo en <http://j.mp/1YhgmR5>



IDL REPORTEROS – 21/06/16

Los contratos de Odebrecht en Perú

En este informe se detallan los 24 proyectos administrados por la empresa Odebrecht durante los tres últimos mandatos presidenciales en Perú. Se estima que en el segundo gobierno de Alan García, dicha empresa habría contratado hasta por más de 3 mil millones de soles; mientras que en el gobierno de Ollanta Humala se habrían pactado concesiones con dicha empresa de más de 20 mil millones de soles.

Seguir leyendo en <http://j.mp/1UL3pB7>



TV PERÚ – 21/03/16

OEA reconoce avances del Perú en lucha contra la corrupción

El Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Mecisic), de la Organización de Estados Americanos, determinó que el Estado Peruano ha realizado avances y correctivos en materia de lucha contra la corrupción.

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



RPP NOTICIAS – 23/03/16

Así está el Perú 2016: Los costos de la corrupción

La corrupción es un problema al que aún no se le otorga la importancia y atención necesaria o suficiente en el país. Mientras tanto, este fenómeno significa costos importantes para el país. Por ejemplo, el costo de la corrupción en Perú es equivalente a 39 mil sueldos mínimos, lo cual llega a valer más del 8% del PBI peruano.

Seguir leyendo en <http://j.mp/1Wfkt1y>



GRUPO DE INVESTIGACIÓN
**DERECHO PENAL
Y CORRUPCIÓN**



PUCP