



MIRTHA VÁSQUEZ CHUQUILÍN

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

Proyecto de Ley N° 6155/2020-CR

Los Congresistas que suscriben, miembros del Grupo Parlamentario Frente Amplio por la Justicia, Vida y Libertad, a iniciativa de la congresista Mirtha Vásquez Chuquilín, en ejercicio de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y conforme lo establecen los artículos 74, 75 y 76 del Reglamento del Congreso, proponen el siguiente proyecto de ley.

FORMULA LEGAL

El Congreso de la República
Ha dado la siguiente ley:

LEY QUE ELIMINA LOS ESPACIOS DE IMPUNIDAD EN LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Artículo 1.- Objeto de la Ley

Modificar el Código Penal para regular de una manera adecuada la tipificación del delito de tráfico de influencias, y así disminuir la probabilidad de que se generen espacios de impunidad en la aplicación de este delito y así fortalecer la lucha contra la corrupción.

Artículo 2.- Modificación del artículo 400 del Código Penal peruano.

Modifíquese el artículo 400 del Código Penal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 400.- Tráfico de influencias pasivo

1. *El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor ocho años, con inhabilitación conforme a los numerales 2, 4 y 14 del artículo 42 no mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.*
2. *Si el agente es un funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, con inhabilitación no mayor de doce años conforme a los numerales 1, 2 y 14 del artículo 42 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.*
3. *Es aplicable la agravante establecida en el párrafo precedente si el ofrecimiento de intercesión se refiere a un magistrado o fiscal*

para obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen o resolución en asuntos a someterse, sometidos o que se someterán a su consideración."

Artículo 3.- Incorporación del artículo 400-A° al Código Penal peruano.

Incorporase al artículo 400-A. al Código Penal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 400-A.- Tráfico de influencias activo

- 1. El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para éste o para un tercero, con la finalidad de que éste en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, para que éste realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa.**
- 2. Si el agente es funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, inhabilitación conforme a los numerales 2, 4 y 14 del artículo 42 no mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa."**
- 3. Es aplicable la agravante establecida en el párrafo precedente si la solicitud de intercesión tiene la finalidad de influenciar a un magistrado o fiscal para obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos a someterse, sometidos o que se someterán a su consideración."**

Lima, 26 de agosto del 2020



Firmado digitalmente por:
VÁSQUEZ CHUQUILIN MIRTHA
ESTHER FIR 26705695 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 28/08/2020 18:53:05-0500

Mirtha Vásquez Chuquilín
Congresista de la República
Grupo Parlamentario Frente Amplio
Por Justicia, Vida y Libertad



Firmado digitalmente por:
SILVA SANTISTEBAN
MANRIQUE Rocío Yolanda Angelica
FIR 07822730 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 31/08/2020 12:13:21-0500



Firmado digitalmente por:
QUISPE APAZA Yvan FAU
20161749126 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 01/09/2020 16:03:33-0500



Firmado digitalmente por:
MONTAYA GUIVN ABSALON
FIR 09448228 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 03/09/2020 14:10:30-0500



Firmado digitalmente por:
BAZAN VILLANUEVA Lenin
Fernando FIR 41419206 hard
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 03/09/2020 09:45:42-0500

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. Sobre la iniciativa legislativa

Esta iniciativa legislativa parte de un informe elaborado por los alumnos¹ de la Clínica Jurídica Anticorrupción de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el ciclo 2019-2. Después de tener diversas reuniones con miembros de la Clínica Jurídica, tanto alumnos como profesores, se consideró pertinente canalizar el presente informe que lo que pretende es cerrar los espacios para la impunidad que se estaba manifestando en la interpretación que se hacía del delito de tráfico de influencias.

En este sentido, con el ánimo de servir de vaso comunicante entre la academia, los estudiantes, y el Poder Legislativo, hacemos nuestro, desde la bancada del Frente Amplio, el referido proyecto de ley.

Consideramos, además, necesario que se repliquen los espacios en donde la representación nacional recoja propuestas pertinentes y con amplio sustento técnico que se encuentran a la espera de una voz que las pueda canalizar en el Congreso de la República.

Necesitamos, por un lado, hacer que los jóvenes estudiantes con mucho que aportar, se sientan más cerca de los espacios de deliberación política, y qué mejor manera que elaborando informes que puedan ser convertidos en proyectos de ley. Por otro lado, el Congreso de la República y la función parlamentaria se refuerzan con propuestas legislativas con un altísimo rigor técnico y excelencia académica, que permiten abordar problemas coyunturales de la más alta importancia.

II. Sobre la Clínica Jurídica de Interés Público de la PUCP

La Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP es un proyecto y curso de pregrado de la Facultad destinado a brindar una formación universitaria integral, buscando insertar a los/as alumnos/as en la concepción de responsabilidad social profesional a través de acciones de interés público que puedan beneficiar a grupos vulnerables o impliquen el fortalecimiento de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Uno de los fines de la Clínica es brindar habilidades y competencias a los/as alumnos/as para enfrentarse a casos diversos, de preferencia de alta incidencia social, enseñándoles a investigar y razonar jurídicamente, así como a elaborar documentos estratégicos sobre determinados asuntos de alto impacto social. No obstante, la Clínica no solo es un espacio de formación académica para el ejercicio profesional del

¹ Merecen un agradecimiento especial los alumnos que participaron en la elaboración del informe: María Pía Fourment Sifuentes, Maricelo Aranda Pinto, Ana Paula Retuerto Zavaleta y Scarlett Motta Ariza. Así como los profesores que estuvieron a cargo de la dirección, asesoría y revisión del mismo: el docente Mg. Rafael Chanjan Documet con apoyo de la adjunta de docencia Ana Janampa Almora, miembros del equipo anticorrupción del Idehpucp.

derecho, sino que también cumple un rol social de vital importancia al propiciar cambios institucionales a través de las herramientas que el Derecho permite.

En el caso específico de la Sección “Lucha contra la corrupción y lavado de activos” de la Clínica Jurídica a cargo del Docente Mg. Rafael Chanjan Documet, el eje de intervención fundamental gira en torno a la prevención y control del fenómeno de la corrupción y el lavado de activos desde el sistema penal. Para tal efecto, cada semestre la Clínica prepara y presenta informes jurídicos o *amicus curiae* sobre distintas temáticas o casos emblemáticos de corrupción a fin de promover la modificación o creación de normas jurídicas, así como otorgar herramientas conceptuales a los operadores de justicia para la razonable resolución del algún caso.

III. Introducción

La complejidad y consiguiente difícil aplicación del delito de tráfico de influencias, se dejó entrever hacia inicios del año 2000, descubierta la organización criminal liderada por el ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres² y el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori enquistada en la más alta esfera del aparato estatal. Fue así como políticos y empresarios fueron procesados en calidad de cómplices al haber *comprado* influencias al ex asesor. De un lado, existieron quienes defendían la impunidad del *partícipe necesario* por no estar explícito el título de imputación de su responsabilidad en el tipo penal; de otro lado, estaban quienes sostenían su responsabilidad por haber coadyuvado o provocado futuros actos de corrupción. Pasados los años, emblemáticos casos como el denominado *petroaudios* o el del ex ministro Aurelio Pastor Valdivieso, harían resurgir el debate sobre otros aspectos igual de polémicos: la interpretación otorgada al elemento *caso judicial o administrativo* y la constitucionalidad del tráfico de influencias simuladas.

Realizado este preámbulo, debemos señalar que nuestro objetivo consiste en proponer una modificación a partir de uno de los elementos que componen la estructura del artículo 400 CP: el elemento *caso judicial o administrativo*. El referido análisis se fundamenta en la impunidad generada por la injustificada limitación que este elemento normativo provoca en el ámbito de aplicación del tipo penal en la práctica. Por ende, consideramos con carácter de urgencia, ampliar el ámbito de aplicación del artículo 400 CP, pues solo así podrá conciliarse una correcta política criminal anticorrupción, según lo dictaminado en los instrumentos jurídicos internacionales que comprometen al Perú en la materia.

Desde un punto de vista político y social, la corrupción representa un malestar imperecedero, pues como sociedad nos viene afectando desde incluso antes de nuestra república. La Defensoría del Pueblo ha dejado en claro que la corrupción demanda al país S/. 12 974 millones cada año y es considerada, por la mayoría de peruanos, como el segundo problema más importante en nuestro país³. Consecuencia directa de ello es la deslegitimación de las autoridades estatales y la perturbación

2 Es de conocimiento público, a través de los denominados *vladivideos*, las diversas reuniones realizadas al interior de las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional en las que particulares y funcionarios públicos acudían al ex Asesor Presidencial a fin de que interceda a su favor ante autoridades públicas, sobre todo, jurisdiccionales.

3 Información recogida del artículo “La corrupción en cifras: Denuncias atendidas y promovidas por la Contraloría en materia anticorrupción”, en <https://www.defensoria.gob.pe/blog/la-corrupcion-en-cifrasdenuncias-atendidas-y-promovidas-por-la-contraloria-en-materia-anticorrupcion/>. Consultado el 31 de agosto de 2019.

bases democráticas de nuestro Estado, a razón a la desconfianza que nosotros, los ciudadanos, poseemos.

Así las cosas, los delitos de corrupción de funcionarios son precedidos, generalmente, por un agente que funge de intermediario o facilitador merced a las influencias que posee y ofrece para obtener un beneficio pecuniario, político o de cualquier otra índole. Es así como una tipificación idónea del tráfico de influencias deviene en un imperativo para quienes estamos comprometidos con el control y prevención de la corrupción.

Acorde a su naturaleza, el tráfico de influencias representa la decisión político criminal de anticipar las barreras de punibilidad a un estadio previo a los actos corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función pública -aunque, hoy, sólo jurisdiccional y administrativa-.

Dicho esto, encontramos razón suficiente para una propuesta de *lege ferenda* del artículo 400° del CP, en el extremo de modificar hacia contornos más amplios el delito de tráfico de influencias; ello en tanto que, como se explicará, la jurisprudencia y la doctrina han interpretado el actual elemento *caso judicial o administrativo* de manera limitada, generando vacíos de impunidad.

IV. Aproximación al delito de tráfico de influencias desde un enfoque normativo

En el presente punto realizaremos un sucinto resumen de la evolución legislativo del tráfico de influencias en nuestra legislación y daremos cuenta de su tratamiento desde los dos principales instrumentos jurídicos internacionales en materia anticorrupción.

4.1. Evolución legislativa: la necesidad de su regulación

El Código Penal de 1924 fue el primero en incluir la tipificación del tráfico de influencias. Fue a través de una modificatoria a este cuerpo legal, mediante el Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981, que se incorporó el artículo 353-A, cuyos términos decían:

“El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte a cuarenta días”.

Este articulado mantuvo su vigencia hasta la dación del Código Penal de 1991 que reguló, con nueva ubicación sistemática, el tráfico de influencias en el artículo 400 de la siguiente manera:

“El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.



El 6 de octubre de 2004, mediante Ley N° 28355, se adicionaron ciertos elementos como *teniendo, beneficio y ha de conocer*. Asimismo, se estableció una agravante en función a la condición del sujeto activo. Aquel nuevo texto legal sancionaba a:

“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.

Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

Posteriormente, mediante la publicación de la Ley N° 29793 de fecha 10 de junio de 2011, sólo se sancionó el tráfico de influencias reales. Así:

“El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

Ese mismo año, el 21 de julio, mediante Ley No. 29578, se produjo otra modificación que recobró la sanción del tráfico de influencias simuladas:

“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 cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

Luego, el artículo único de la Ley No. 30111 de fecha 26 de noviembre de 2013, agregó la pena de multa tanto para el tipo base como el agravado. Para el primero, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Para el segundo, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

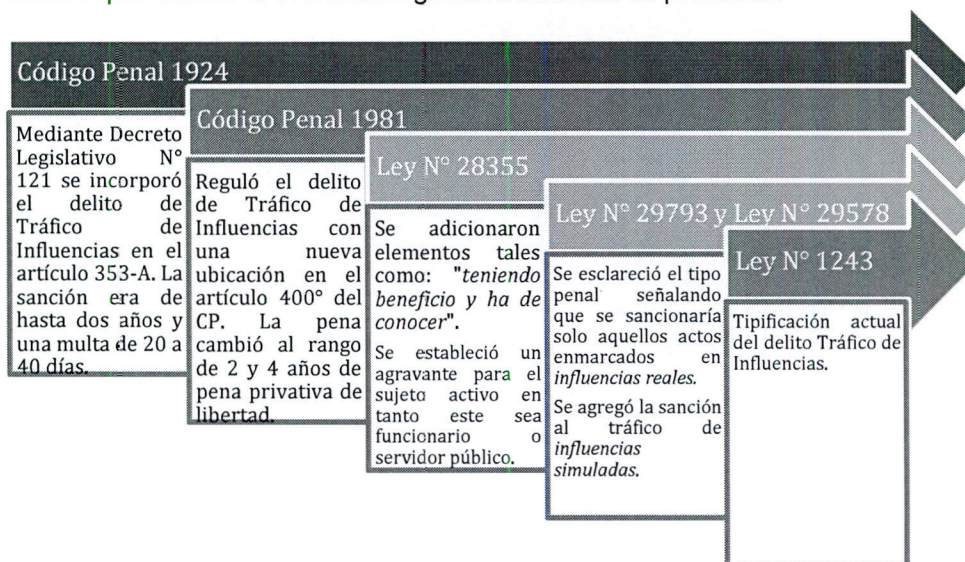
Finalmente, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243 del 22 de octubre de 2016, establece la tipificación vigente al día de hoy:

“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 cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa.

Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho; inhabilitación según corresponda conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

A mayor abundamiento y con fines pedagógicos, ponemos a disposición el siguiente cuadro que resume la evolución legislativa acabada de presentar:



4.2. Instrumentos jurídicos internacionales que vinculan al Perú en materia anticorrupción

Sobre el flagelo de la corrupción y sus diversas manifestaciones, son dos los instrumentos jurídicos internacionales que comprometen al Perú en su lucha, prevención y control: la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴ y la Convención Interamericana contra la Corrupción⁵.

Con relación a la primera, debemos señalar que su ámbito de regulación no sólo se limita a la tipificación y aplicación de la ley en penal, sino también a establecer medidas de prevención, cooperación internacional, recuperación de activos, asistencia técnica e intercambio de información, entre otros aspectos. Es decir, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción busca que los Estados signatarios no sólo

⁴ Suscrita y ratificada por el 31 de octubre de 2003 y aprobada por el Perú el 6 de octubre de 2004, respectivamente. Su entrada en vigencia fue en diciembre de 2006.

⁵ Aprobada y ratificada por el Perú el 24 de marzo de 1996 y el 21 de marzo de 1997, respectivamente. Su entrada en vigencia fue en mayo de 1997.

acojan una política anticorrupción basada en la mera tipificación de determinadas prácticas corruptas, sino también el acondicionamiento de un marco común de cooperación y transparencia que facilite la detección, probanza y punición de aquellas personas responsables de estos actos, más allá de toda frontera.

Ahora bien, la precitada convención aconseja a los Estados parte la tipificación del tráfico de influencias, en los siguientes términos:

Artículo 18.- Tráfico de influencias

Cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;*
- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.*

Como se puede apreciar, el artículo 400 CP peruano incluye el contenido esencial mínimo que el instrumento jurídico referido prescribe: la sanción de un pacto de interferencia en el funcionamiento de la cosa pública. No obstante, no debemos perder de vista que el legislador peruano, sin justificación, ha limitado sobremanera su ámbito de aplicación. Así, por ejemplo, la tipificación actual del tráfico de influencias en el Perú sólo sanciona de manera expresa al traficante o vendedor de influencias; lo cual, como se detalló líneas arriba, ha traído serias discusiones sobre la punibilidad o impunidad del tercero interesado. En nuestro concepto, apartándose de lo prescrito en la convención, el legislador omitió hacer mención del título de imputación del comprador de influencias.

Sin embargo, acudiendo a las reglas básicas de autoría y participación, es perfectamente posible que este responda a título de cómplice o instigador⁶, siempre y cuando las circunstancias del caso en concreto lo permitan; máxime si, precisamente, este se constituye en un *partícipe necesario*⁷. Lo mismo puede decirse de la restricción establecida en el artículo 400 CP al circunscribir el tráfico de influencias en el marco

6 Así también MONTOYA VIVANCO, Y. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, Lima: Open Society e IDEHPUCP 2015. p. 142 y ss. Al respecto, cabe mencionar que el Acuerdo Plenario 3-2015 de la Corte Suprema, establece que el comprador de influencias sólo puede ser “instigador”.

7 Sujeto cuya intervención resulta ser una *conditio sine qua non* para la configuración del ilícito penal por parte del autor. La intervención necesaria podrá ser de convergencia o de encuentro. En el primer caso, los intervinientes persiguen una misma finalidad, desde idénticas posiciones; por ejemplo, en el delito de Organización Criminal. En el segundo caso, persiguen también una misma finalidad aunque desde distintas posiciones; ejemplos clásicos son el delito de Colusión Desleal y Tráfico de Influencias.

de un proceso judicial o administrativo, en tanto que lo aconsejado por la convención es indiferente al respecto, bastando para tales efectos que las influencias se dirijan a cualquier acto funcional propio de una autoridad de la Administración Pública.

De otro lado, la Convención Interamericana contra la Corrupción, no prevé una recomendación específica sobre la tipificación del tráfico de influencias. No obstante, en atención a las finalidades que se plantea⁸, puede colegirse que la tipificación de los actos de corrupción en los ordenamientos jurídicos nacionales deberá decantarse por sancionar todos aquellos actos que representen un menoscabo al correcto y normal funcionamiento de la función pública. Solo de ese modo podría hablarse de una política eficiente de control, prevención y lucha contra la corrupción. De ahí, nuevamente, que las restricciones impuestas por el legislador peruano al artículo 400 CP, no sean las más acordes con lo regulado por el presente instrumento jurídico internacional.

4.3. El tráfico de influencias desde la legislación comparada

Con el fin de tener un panorama más amplio de lo que deberíamos entender por Tráfico de Influencias y diferenciar la regulación de cada país, sigue a continuación la regulación que sobre el tráfico de influencias prevén ordenamientos jurídicos de otras nacionalidades comparándolo con nuestro ordenamiento en base a un análisis respecto al bien jurídico tutelado en cada uno de ellos.

- **Colombia**

El texto actual del delito de tráfico de influencias regulado en el Código Penal colombiano sigue así:

Artículo 411.- Tráfico de influencias de servidor público:

“El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer⁹ (...)”.

Artículo 411 A.- Tráfico de influencias de particular:

“El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer¹⁰, con el fin de obtener cualquier beneficio económico (...)”.

La legislación penal colombiana, con acierto, no restringe el ámbito de aplicación del delito de tráfico de influencias a la existencia previa, coetánea o posterior de un caso judicial o administrativo, sino que engloba cualquier tipo de “asunto”.

- **Argentina**

⁸ Téngase presente lo expresado en su artículo 2: “Los propósitos de la presente Convención son: 2.- Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción (...)”.

⁹ Subrayado nuestro.

¹⁰ Subrayado nuestro.



El texto actual del delito de tráfico de influencias en el Código Penal argentino sigue así:

Artículo 256.-

“El que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones¹¹ (...)”.

En similar sentido al caso colombiano, el legislador argentino utilizó una fórmula general y amplia al considerar que cualquier acto funcional puede ser objeto del pacto de intercesión celebrado con anterioridad.

- **Paraguay**

A diferencia de los demás países de Latinoamérica, en Paraguay, el tráfico de influencias no fue tipificado en el Código Penal del país; sino en una ley especial - Ley N° 2.523/04, *“Ley que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias”*, en la cual se establece lo siguiente:

Artículo 7°.-

“1) El que reciba o se haga prometer para sí o para un tercero, dinero o cualquier otro beneficio como estímulo o recompensa para mediar ante un funcionario público, en un asunto que se encuentre conociendo o haya de conocer¹² invocando poseer relaciones de importancia o influencia reales o simuladas, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o multa (...)”.

3) Si la conducta señalada en los incisos 1) y 2) de este artículo estuviera destinada a hacer valer una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o ante fiscales del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su consideración, el límite legal máximo de la sanción se elevará hasta cinco años de pena privativa de libertad.

Como se puede evidenciar, en este caso, además de la fórmula general adoptada para con el contexto típico (cualquier tipo de “asunto”), el tipo penal paraguayo prevé como agravante que el pacto de interferencia tenga como destinatario a un magistrado del poder judicial o ante un fiscal del Ministerio Público, al considerar esa conducta especialmente grave para para el correcto funcionamiento de la administración pública y de justicia.

- **Brasil**

El Código Penal brasileño de 1995, estatuye lo siguiente respecto del delito de tráfico de influencias:

Artículo 332.-

11 Subrayado nuestro.

12 Subrayado nuestro.



Solicitar, exigir, cobrar u obtener, para sí mismos, o para otros, la ventaja o la promesa de ventaja, con el pretexto de influir en un acto realizado por un funcionario en el ejercicio de su función¹³ (...).

Como se desprende del texto legal brasileño, lo que se procura castigar son aquellas conductas destinadas a interrumpir en el accionar de un funcionario público, pero solo si este se encuentra dentro del ejercicio de sus funciones. Así, podemos apreciar que, en Brasil, el delito de tráfico de influencias no hace distinción en el tipo de acto que se debe querer influenciar a través del delito. A través de esta forma de redacción, el Código Penal de Brasil está tipificando un delito de tráfico de influencias que abarca todos los asuntos conocidos por un funcionario público cuando éste se encuentre ejerciendo sus funciones.

- **Panamá**

El Código Penal de Panamá, regula el delito tráfico de influencias en los siguientes términos:

Artículo 348.-

“Quien valiéndose de influencia o simulando tenerla, solicite, reciba, acepte promesa o prometa en beneficio propio o de un tercero, dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico, con el fin de obtener un beneficio de parte de un servidor público o un servidor público extranjero de una organización internacional en asunto que se encuentre en conocimiento o pueda conocer¹⁴, será sancionado con prisión de cuatro a seis años.

La pena será de cinco a ocho años de prisión, si quien ejerce o simule influencia es un superior jerárquico de quien conoce o debe conocer el asunto de que se trata”.

Como se explicará, resulta coherente que al regular el delito de tráfico de influencias, Panamá haya dotado de un sentido más amplio a la norma, en tanto que protege toda situación en la que un funcionario pueda conocer o se encuentre conociendo un “asunto” en específico relacionado a su función. Asimismo, ha de resaltarse la particular agravante que se prevé al sancionar con mayor drasticidad cuando el autor posee una relación especial de jerarquía sobre el funcionario a influenciar.

V. Análisis del delito de tráfico de influencias y del elemento caso judicial o administrativo en el Perú

Luego de haber analizado la legislación penal comparada, es preciso señalar que la regulación del delito de tráfico de influencias en los mencionados países va en un mismo sentido, en tanto todos buscan sancionar la conducta de aquel que influye en un funcionario público para conseguir un resultado favorable -en sentido amplio- en beneficio de un tercero interesado. No obstante, hay que hacer hincapié en que ninguno de estos países regula un elemento restrictivo siquiera parecido al incorporado en nuestro artículo 400° CP: “*caso judicial o administrativo*”.

13 Subrayado nuestro.

14 Subrayado nuestro.

Conviene ahora realizar un breve análisis en torno a los aspectos objetivos y subjetivos que componen la estructura del delito materia de análisis, para luego tratar la cuestión relativa a la interpretación que el elemento *caso judicial o administrativo* ha merecido en la jurisprudencia peruana.

5.1. Algunas consideraciones sobre la tipicidad del *tráfico de influencias*

- Bien jurídico protegido

Los delitos contra la Administración Pública -entre ellos el tráfico de influencias- tienden a afectar un bien jurídico en general y, dependiendo del tipo en concreto, un bien jurídico en específico. A decir de Abanto Vásquez, aunque el bien jurídico tutelado es el mismo para todo el grupo de delitos contra la administración pública, hay que distinguir, en concreto para cada tipo penal, cuál es el objeto del bien jurídico directamente atacado (o el *bien jurídico en específico*)¹⁵.

Sobre la base de estas consideraciones, somos de la opinión que el tráfico de influencias afecta, de modo general, el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. Sin embargo, la determinación del bien jurídico en específico tendrá un tratamiento diferenciado dependiendo de si nos encontramos con un tráfico de influencias reales o simuladas.

Así, en el supuesto de ser influencias reales las traficadas, se considera que importa un atentado lejano contra la imparcialidad del funcionario y el carácter público de la función, presuponiendo un peligro que, según el caso puede ser abstracto o concreto¹⁶. Ello debido a que, la influencia real objeto de compraventa, reviste suficiente entidad para colocar en peligro la objetividad o imparcialidad del juez o funcionario público a cargo del caso judicial o administrativo, respectivamente.

El escenario se vuelve más complicado cuando de influencias simuladas se trata. Un sector de la doctrina, postula la inexistencia de bien jurídico lesionado puesto que, ante la ineficacia de las influencias invocadas, el peligro para el funcionamiento de la administración pública deviene en nulo o imposible¹⁷. Sin embargo, en contraposición a dicha postura, hay quienes postulan como bien jurídico la *institucionalidad de la administración pública*, entendida esta como el mandato constitucional de preservar una institución vital de la sociedad altamente influenciable de ataques periféricos que coadyuvan a una cultura de corrupción y que políticamente-criminalmente es necesario frenar¹⁸.

15 ABANTO, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra 2003, p. 14.

16 *Ibidem*, p. 463.

17 Considerándolo como un supuesto de tentativa inidónea, así SAN MARTÍN, César et. al., *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos procesales y sustantivos*, Lima: Jurista Editores 2002, p. 30.

18 GUIMARAY MORI citado por MONTOYA VIVANCO, Yvan, op. cit, p. 144. Asimismo, sobre el particular es interesante la figura del carácter prestacional de la cosa pública para con los ciudadanos y la creación de *mercados paralelos* en ACURIO, *El bien jurídico protegido en el tráfico de influencias simuladas*, Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Prevención y Control de la Corrupción, Asesora: Ingrid Díaz Castillo, Lima: PUCP Facultad de Derecho 2017, pp. 12 y ss..

Breve análisis en el plano de la tipicidad subjetiva

El delito de tráfico de influencias es de carácter eminentemente doloso¹⁹. Esto significa que el sujeto activo debe conocer suficientemente la realización de todos los elementos objetivos del tipo. Además, como delito mutilado en dos actos, posee un elemento subjetivo del tipo adicional que lo vuelve un delito de *tendencia interna trascendente* cuya configuración exige obrar con una finalidad o intención adicional de llevar a cabo una actividad distinta y posterior a la conducta típica²⁰. En otras palabras, la subjetividad trasciende el comportamiento objetivo exigido.

Además de conocer y querer la materialización de los elementos objetivos del artículo 400 CP, el agente debe tener un ánimo o intención de realizar -a futuro- un tipo penal ulterior, por ejemplo, un cohecho. Sin embargo, a efectos de verificar la consumación del tráfico de influencias desde el plano objetivo, bastará el comportamiento tipificado en el artículo 400 CP: compraventa de influencias o celebración de pacto de interferencia ilícito.

Breve análisis en el plano de la tipicidad objetiva

Aspectos generales

El delito de tráfico de influencias es un delito de participación necesaria, específicamente, de encuentro²⁰, esto es, requiere para su configuración que dos sujetos, desde distintas posiciones -pero con una misma finalidad- intervengan en la celebración de la compraventa de influencias.

Aunado a ello, para la configuración de su tipo base no se exige cualidad especial en el sujeto activo, de ahí que el tráfico de influencias pueda ser perpetrado por cualquier persona. En cambio, para la aplicación de su tipo agravado, sí será menester verificar que el sujeto revista la calidad de funcionario o servidor público según las reglas previstas en el artículo 425 CP. El sujeto pasivo, por su parte, siempre será el Estado.

Con relación al momento de su consumación, somos de la opinión que basta la celebración del pacto ilegal de intercesión para que el delito se configure, no siendo necesario que el autor lo haga efectivo²¹. En definitiva, se exige la integración armoniosa y conjunta de las declaraciones de voluntad de las partes, esto es, conformidad entre la aceptación y la oferta²².

La celebración del pacto de interferencia no lesiona de manera directa la administración pública. Basta invocar las influencias y recibir el donativo o la promesa de ventaja, con el ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público,

19 El dolo es regulado por el artículo 12 CP, que señala que la ley se aplica siempre al agente de infracción dolosa (por ello es que se utilizan términos como “intencional” o “a sabiendas”). ²⁰SAN MARTÍN, César et. al., *Op. Cit.*, pp. 25 y 26.

20 REAÑO, José, “¿Una historia sin fin?: La responsabilidad del interesado en el tráfico de influencias”, en Revista *Ius Et Veritas*, Número 28, p. 1.

21 Ver MONTOYA VIVANCO, Yvan, op. cit. p. 142 y ss.

22 Al respecto, véase RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, “El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables?”, en Revista *Ius Et Veritas*, Número 24, p. 272.

para que el injusto quede configurado. Dicho esto, el tráfico de influencias se presenta como un delito de *mera actividad y peligro abstracto*.

En cuanto al objeto del delito, debemos distinguir entre influencias *reales y simuladas*. En el primer caso, la influencia es efectiva y realmente existe; vale decir que, verdaderamente, el agente delictual tiene el poder de valimiento sobre la voluntad del funcionario o servidor público. En el segundo caso, en cambio, el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma ni tiene capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada²³.

Sobre la ventaja o promesa hecha, el tipo penal no le atribuye necesariamente connotación económica. De este modo, es perfectamente posible que las influencias sean vendidas a cambio de un beneficio en general como una promoción laboral o un favor sexual.

Entre los verbos rectores pasibles de configurar el tipo se hallan el *recibir, hacer dar o prometer* para sí o para un tercero. En el primer supuesto, ante la instancia del comprador potencial, el agente decide aceptar el donativo o promesa en su beneficio o de un tercero. En el segundo y tercer supuesto, es el propio agente quien exige o condiciona la venta de sus influencias a una ventaja o beneficio que el interesado ha de entregar o prometer, respectivamente.

Contenido normativo típico del elemento *caso judicial o administrativo*

Aquí, se abordará el contenido del elemento *caso judicial o administrativo* en aras de delimitar qué supuestos de hecho son típicos. Esta tarea no es gratuita en tanto que permitirá definir cuándo una conducta es punible y cuándo no. En otras palabras, se trata de averiguar qué se entiende, hoy, a la luz de nuestra normativa y jurisprudencia, por *caso judicial o administrativo*. Para ello, tendremos en consideración no sólo lo estipulado en los tratados internacionales expuestos líneas arriba, sino también el bien jurídico que se procura tutelar.

Por lo general, la función judicial se asocia a la atribución conferida al Poder Judicial de resolver conflictos mediante la administración de justicia. Así, la persona que ofrece a otro, a cambio de un beneficio, interceder ante un magistrado para la obtención de un resultado favorable en un proceso determinado, se subsume dentro del supuesto típico *caso judicial*. Incluso, autores como MONTROYA y ROJAS VARGAS proponen un sentido interpretativo amplio de la función pública, mediante el cual se incluya, además de los jueces, a los fiscales por hallarse íntimamente vinculados a la función judicial en la tarea de sancionar la comisión de ilícitos penales²⁴.

Con relación al elemento *caso administrativo*, debemos empezar por definir qué regula el Derecho Administrativo, concretamente, en qué consiste la función administrativa. En ese entender, puede decirse que la Administración Pública se manifiesta de las siguientes tres formas: la norma, el acto y el contrato administrativo.

²³ En ese sentido, SALINAS SICCHA, Ramiro, “El tráfico de influencias y la casación del caso Aurelio Pastor”, Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 79 2016, p.56.

²⁴ Cfr. MONTROYA VIVANCO, Yvan. op. cit. p. 145 y ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ta Edición, Lima: Grijley 2007, p. 795.



La norma es la actuación referida a la potestad reglamentaria. Por su parte, el acto administrativo es la declaración de voluntad unilateral mediante la cual la Administración Pública modifica o altera la esfera jurídica de los administrados imponiendo deberes, confiriendo derechos, estableciendo prohibiciones y otras clases de intervenciones que la relacionan jurídicamente con los ciudadanos. Finalmente, los contratos administrativos son el instrumento- regulados tanto por el Derecho Administrativo como el Derecho Civil- a través del cual la Administración crea una relación jurídica prestacional con los privados. Un ejemplo de contratación pública es el otorgamiento de una concesión minera.

Para los fines que nos interesan, nos centraremos en el ámbito del acto y contrato administrativo. En tal sentido, el acto administrativo se encuentra regulado en el artículo 1° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”), el cual estatuye:

“Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.

Como se puede observar, los actos administrativos emitidos por la Administración son manifestaciones y/o declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de las personas que recurren a entidades que ejercen funciones en el marco de normas de Derecho Público. De esta manera, los administrados obtienen licencias de funcionamiento, autorizaciones para otorgar servicios y la apertura de un local, así como el otorgamiento o adjudicación de terrenos, entre otros. No obstante, el acto administrativo es el producto de un procedimiento previo conformado por un complejo de actos. Es así como la LPAG, en su artículo 29°, define al procedimiento administrativo en los siguientes términos:

“Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias 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.”

En tal sentido, podemos afirmar que el procedimiento administrativo es el cauce formal de una serie de actos en que se concreta una determinada *actuación administrativa* para la realización de un determinado fin. El procedimiento asegura que, antes de emitir un acto, dictar una sanción o suscribir un contrato, la Administración ha cumplido previamente con ciertos requisitos señalados en la propia Constitución o leyes sobre la materia, a fin de garantizar el pleno respeto para con los derechos de los particulares.

Ahora bien, el concepto de procedimiento según Armando Canosa, puede fundamentarse de tres maneras: en un concepto amplio, intermedio o restringido. Respecto al concepto amplio, se entiende en sentido general, que un procedimiento nos da la combinación de actos para alcanzar un fin, siendo éste el común denominador. En tal sentido, debido a que existen procedimientos tanto en el ámbito privado como en el ámbito público, para que exista un procedimiento se necesita que cada uno de los actos que se combinan conserven su individualidad, que exista

conexión entre ellos para la producción de un efecto jurídico y que cada uno suponga al interior y el último represente al grupo entero²⁵.

El concepto intermedio, empero, hace referencia a que la palabra “procedimiento” ha incurrido en una suerte de monopolio en tanto describe prácticamente todas las acciones por parte del Estado, ya que cada actuación requiere de un respectivo procedimiento y una serie de actos. Es así que pueden existir procedimientos para dictar leyes, para la manifestación de voluntad de la Administración, entre otros. Por tanto, el procedimiento en realidad debería estar reservado netamente a las funciones estatales desde la función administrativa²⁶.

Por su parte, el concepto restringido hace referencia a la relación entre procedimiento administrativo y actividad administrativa. Es decir, restringe aún más la definición llegando a identificar la palabra “procedimiento” con la función administrativa, ergo, el procedimiento sería sinónimo de procedimiento administrativo, debiéndose reservar este concepto solamente para la función administrativa. Sin perjuicio de todo lo anterior, debemos centrarnos en el ámbito de declaración de voluntad del órgano administrativo, sin la cual cualquier actividad carecería de sentido²⁸. De ahí que siempre volvamos a la idea de que todo acto administrativo es la máxima expresión de manifestación de voluntad por parte de la Administración, producto de un determinado procedimiento.

Ahora bien, es necesario señalar que un procedimiento²⁷ tiene dentro de sí, fases tales como la fase constitutiva, que vendría a ser por ejemplo la presentación de una solicitud escrita por parte del administrado; luego, la fase de revisión en donde a través de un recurso impugnatorio, se dé inicio a otro procedimiento que busca que se elimine o altere tal decisión de la administración. Por último, la fase de ejecución de acto administrativo puede proceder de manera forzosa ante un potencial incumplimiento. Hacemos esta precisión debido a que el tráfico de influencias puede presentarse en cualquiera de estas etapas.

Por lo tanto, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, la función pública posee diversas manifestaciones y formas de vincularse con los administrados. Por lo general, las normas que regulan estos contactos son la Ley de Procedimiento Administrativo General y la Ley de Contrataciones del Estado. De allí que, un acto administrativo, una contratación pública o un procedimiento administrativo sancionador compartan un común denominador: la función pública o administrativa.

Es pertinente además, tomar en consideración los distintos tipos de procedimientos administrativos y la manera en cómo se les ha clasificado para poder afirmar luego, que no interesa realmente el tipo de procedimiento en el que nos encontremos, pues en todos y cada uno de ellos puede presentarse el delito de tráfico de influencias. En tal sentido, existe el procedimiento general y los procedimientos especiales.

25 CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo: recursos y reclamos*, Buenos Aires: Abeledo Perrot 2008, p. 55.

26 *Ibidem*, p.

56. ²⁸ *Ibidem*, p. 57.

27 En palabras de CASSAGNE, el procedimiento no es un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales posee individualidad jurídica propia en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que persigue la Administración, CASSAGNE, Juan Carlos., *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada y anotada*, Buenos Aires: La ley 2009, p. 37.

El procedimiento general es el procedimiento que en principio, resulta de aplicación común a todos los órganos de la administración central y a las entidades; mientras que los procedimientos especiales precisamente mantienen aspectos y modulaciones diferentes que los remarcan de los procedimientos generales²⁸. Así, según la LPAG, en cuanto a los procedimientos administrativos generales, existe el procedimiento de aprobación automática (artículo 32°), procedimiento de evaluación previa con silencio positivo (artículo 34°), procedimiento de evaluación previa con silencio negativo (artículo 37°), procedimientos administrativos estandarizados obligatorios (artículo 40°). De otro lado, en cuanto a los procedimientos administrativos especiales, se tiene al procedimiento administrativo trilateral (artículo 227°), procedimiento administrativo sancionador (artículo artículo 245°) y finalmente, también consideramos que el delito de tráfico de influencias debe comprender al procedimiento que realiza la administración cuando realiza actividades de fiscalización. En tal sentido, es en todos estos tipos de procedimiento en donde debería recaer el análisis del tipo penal cuando se esté frente a un delito de tráfico de influencias.

Clarificado el concepto de lo administrativo desde la perspectiva misma del Derecho Administrativo, cabe preguntarnos cómo es que debe concebirse -desde el Derecho Penal ahora- el elemento *caso administrativo*. En otros términos, debemos determinar cuál de todas las manifestaciones del Derecho Administrativo se corresponde con este elemento normativo típico. Para ello habremos de tener en consideración lo regulado por los tratados internacionales y la institucionalidad de la función pública como bien jurídico protegido.

Dicho esto, tenemos que ninguno de los tratados internacionales que vinculan al Perú en la lucha, control y prevención de la corrupción establecen un contexto típico que restringe el tráfico de influencias a un caso judicial o administrativo. De igual modo, la perturbación o detrimento que pueda generarse a la institucionalidad de la Administración Pública tampoco se limita a actividades que se desarrollen dentro de un caso judicial o administrativo. Menos aún como estos últimos han venido siendo entendidos por la jurisprudencia peruana: escenarios de un litigio o disputa jurídica.

En este panorama, nuestra opinión, ligada a la de Jiménez Coronel, va por la misma línea y empieza con la premisa de que el elemento “caso administrativo” debe tomarse de manera amplia²⁹, entendido este como cualquier procedimiento, en cualquiera de sus fases, que culmine en un acto administrativo, propio de la voluntad expresa de la Administración.

Habiendo realizado una clarificación de lo que debemos entender por *caso administrativo*, conviene hacer una diferenciación con el término *caso judicial*. Así, siguiendo la línea de lo ya arribado, el procedimiento, al ser una sucesión de actos continuados y combinados, genera la idea de que el género es el proceso y el procedimiento, la especie -con relación a la parte instrumental de la actividad de los órganos superiores del Estado³⁰-. Efectivamente, el proceso hace referencia más bien, a un ámbito jurisdiccional, propia de la actividad judicial. Así entonces, el

28 CANOSA, Armando, *Op. Cit.*, pp. 82-84.

29 Cfr. JIMÉNEZ, Eiser, *El contenido del elemento normativo caso judicial y administrativo en el delito de tráfico de influencias. Análisis desde el punto de vista del principio de legalidad*, Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Prevención y Control de la Corrupción, Asesor: Rafael Chanjan Documet, Lima: PUCP Facultad de Derecho, Asesor: Rafael Chanjan Documet 2018, p. 34.

30 CANOSA, *Op. Cit.*, pp. 59-60.

procedimiento es un mecanismo para satisfacer interés público, mientras que el proceso judicial está encaminado a lograr una solución de conflictos (en caso el proceso sea civil, laboral, inmobiliario, etc.), o lograr la imputación a una persona respecto a un delito (en caso el proceso sea penal). De allí que el proceso judicial admita un concepto mucho más amplio que el procedimiento administrativo, de manera tal que los supuestos en los cuales podríamos encontrarnos frente a un proceso judicial sean mucho más variados³¹.

Es por ello que, consideramos que una futura reforma no solo debería tomar como caso judicial aquellos casos que como su nombre lo indica, se encuentren judicializados, esto es, que estén bajo responsabilidad de un juez o de un juzgado en específico, sino que se retrotraiga a las etapas que la antecedentes, siendo esta una etapa pre-judicial, en la cual el principal interviniente es el Ministerio Público (con facultad jurisdiccional en sentido amplio). Como hemos podido avizorar, las actuaciones fiscales y policiales no se encuentran reguladas por la legislación administrativa y se ubican en una fase previa a la intervención judicial. Las influencias que sobre estas se ejerzan serían impunes de acuerdo a la restricción de *caso judicial o administrativo* que- injustificadamente reiteramos- se ha incorporado en el artículo 400° CP. De allí que, en nuestra opinión, deban preverse aquellos casos que se encuentran en una etapa previa a ser judicializados, como la fase de investigación preliminar en sede fiscal o policial³².

- **La interpretación otorgada al elemento *caso judicial y administrativo* en la jurisprudencia peruana**

De la forma en la que se encuentra tipificado el delito de tráfico de influencias en el Perú, nuestros órganos jurisdiccionales han adoptado, en algunas ocasiones, una postura restringida al momento de analizar la comisión de dicho delito; de esta forma, se ha limitado el reconocimiento de la existencia del delito de tráfico de influencias únicamente en aquellos casos en los que se presenta el elemento *caso judicial o administrativo*.

En ese sentido, dentro de la jurisprudencia nacional peruana, tomaremos como punto de referencia el caso *Petroaudios*, debido a que representa uno de los casos judiciales más importantes sobre tráfico de influencias, siendo también, curiosamente, uno de los más conocidos y controvertidos dentro nuestro medio. De esta manera, una de las principales razones detrás del nivel de importancia que se le ha otorgado a este caso en particular, además del hecho que constituye uno de los pocos casos en donde una sala penal analiza la comisión del delito de tráfico de influencias, es la manera en que los hechos se dieron a conocer al público.

Por esta razón, antes de iniciar con el análisis sobre la decisión final de la Tercera Sala Superior de Justicia de Lima - Tercera Sala Penal Liquidadora, debemos relatar, brevemente, cuáles fueron los hechos. Así, el 05 de octubre del 2008, se hicieron públicos una serie de audios, a través del programa de televisión *Cuarto Poder*, en donde se ponía en evidencia cómo el señor Rómulo León Alegría, ex Diputado y ex Ministro de Pesquería del primer gobierno del Partido Aprista Peruano, sacaba ventaja de su posición dentro de la esfera del gobierno para obtener beneficio económico

31 *Ibidem*, p. 61.

32 Cfr. JIMÉNEZ, Eiser, *Op. Cit.*, p. 33.

propio y de Alberto Químper Herrera, Director del Directorio de PERUPETRO, al invocar tener influencias reales ante Rafael Fortunato Canaán Fernández, de la firma dominicana FORTLUCK S.A. y cuyo interés se venía patrocinando desde el año 2007.

Asimismo, los audios también dieron a conocer que los señores Mario Díaz Lugo y Jostein Kar Kjerstad, representantes de la empresa noruega DP en el Perú, ofrecieron beneficios económicos al señor Rómulo Augusto León Alegría a cambio de que se intercediera ante los funcionarios de la empresa peruana PERUPETRO y PETROPERU para que se le otorgue concesiones de exploración y explotación de hidrocarburos a favor de su representada. Actos que se vieron concretados cuando se otorgó la buena pro de cinco lotes de hidrocarburos por medio del Proceso de Selección N° PERUPETRO-CON-001-2008.

Revelados estos hechos a la opinión pública, se denunció penalmente al señor Rómulo Augusto León como presunto autor del delito de tráfico influencias. Además, se interpuso denuncia en contra del señor Jostein Kar Kjerstad su presunto instigador.

Sin embargo, se evidencia a lo largo del análisis presentado, por las partes y la misma Corte, que el elemento *caso judicial o administrativo* es siempre interpretado restringidamente, excluyendo todos aquellos casos en donde no se presente un ámbito en donde el funcionario público tenga facultades jurisdiccionales o tenga poder discrecional administrativo.

De este modo, la postura de la Corte puede verse reflejada en el siguiente análisis expresado en la sentencia:

“(…) 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 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.” En el caso de autor, 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 para 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.”³³

En consecuencia, tomando en consideración el sentido restringido que le otorga la Corte al elemento *caso judicial o administrativo*, no es de extrañar que, al momento de tomar una decisión, la Corte haya decidido que la imputación contra el señor Rómulo Augusto León Alegría debía ser desestimada por atípica, al no cumplirse con la descripción típica del delito.

En sentido contrario, es menester destacar un sector jurisprudencial que ha resuelto otorgar un sentido amplio al elemento *caso judicial o administrativo*. A saber, se tiene el Expediente N° 00466-2011 del 22 de marzo de 2013, mediante la cual se interpreta

³³ Expediente N° 105-2008. DD. BROUSSET SALAS, Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima - Tercera Sala Penal Liquidadora. Subrayado nuestro.

el elemento normativo en un “sentido amplio”; esto en la medida que se afirma que el Artículo 400 al referirse al *caso judicial o administrativo* hace referencia a todos aquellos procedimientos que sean conocidos por funcionarios o servidores de la administración pública. Bajo este contexto, en el referido expediente el procedimiento administrativo que se seguía para la obtención de un crédito ante el Banco de Materiales S.A.C constituía un procedimiento administrativo – “caso administrativo” en el ámbito de la administración pública.

Por otro lado, se encuentra el siguiente pronunciamiento jurisdiccional de la Resolución N.º 349, incidente N.º 37-2002. En la presente resolución se desarrolla una interpretación del elemento normativo “caso judicial o administrativo” en sentido amplio, argumentando lo siguiente:

“QUINTO: Que el Presidente de la República tiene la facultad de conceder el Indulto, siempre y cuando la Comisión especializada al momento de formular la recomendación u opinión de conmutación de Pena, haya evaluado y calificado el pedido de indulto a los que se encuentren privados de su libertad, el mismo que se realiza teniendo en cuenta las características del procedimiento observado en su tramitación, la buena fe con la que el solicitante proporcionó la información requerida, entre otros; también lo es, que si bien, en el trámite correspondiente no existe contenido inter partes, ello no le quita el carácter Administrativo con que ha sido llevado el procedimiento de evaluación, calificación y propuesta para el otorgamiento del Indulto a favor del condenado Félix Pérez Ortega o José 37 Zamora Ortega; Significando, que el mismo se ha llevado a cabo conforme a las reglas y principios regulados por el Derecho Administrativo y las Leyes conexas.” (Citado por Barandiarán; Nolasco 2006: 1032).

Sobre el particular, se puede observar que no existe un criterio uniforme respecto al elemento normativo del “caso judicial o administrativo”; ante ello se debe de tener una postura unidireccional que garantice el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Así planteadas las cosas, se tiene que la redacción actual del artículo 400° CP se presta a ser interpretada de distintas maneras. Como hemos dado a conocer, la jurisprudencia peruana, en algunas ocasiones, tiende a limitar el ámbito típico del elemento *caso judicial o administrativo* para casos netamente litigiosos o contenciosos. Así, según esta corriente, el procedimiento administrativo a efectos de adquirir una licencia municipal para un negocio, no encajaría como supuesto de hecho típico pese a que es perfectamente posible realizar una influencia sobre el mismo para favorecer un interés privado. En síntesis, un sector de nuestros tribunales de justicia se ha forjado desde una interpretación injustificadamente restringida.

Frente a ello, y siguiendo los postulados expuestos líneas arriba, somos de la opinión que el elemento en cuestión debe ser interpretado de manera amplia, permitiendo que las actuaciones judiciales y administrativas -en general- sean consideradas como supuestos de hecho en los que sea posible la configuración del tráfico de influencias. Ello pasa por un entendimiento lo más amplio posible -sin constituir un supuesto de analogía- de la actividad jurisdiccional y de las formas que puede adoptar un procedimiento de carácter administrativo, en tanto que sólo así los instrumentos jurídicos internacionales contra la corrupción tendrán plena vigencia práctica en nuestro medio.



No obstante, aun cuando sea factible la puesta en práctica de una interpretación menos restringida, somos de la idea de que lo más recomendable en aras de efectivizar la seguridad jurídica y la lucha y prevención contra la corrupción, es proponer una modificación al artículo 400° CP que suprima el elemento *caso judicial o administrativo*.

- **Una interpretación finalista o teleológica del artículo 400° CP**

Antes de abordar el sentido o finalidad del elemento típico “caso judicial o administrativo” del tráfico de influencias, debemos presentar a grandes rasgos el concepto y las características que atañen al método de interpretación teleológico o finalista que la doctrina ha desarrollado.

Sobre el particular, se tiene que el método finalista busca determinar, a partir de los objetivos del derecho, los fines atribuibles razonablemente a la norma en cuestión³⁴. Asimismo, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ³⁵, se tienen 4 presupuestos para una interpretación de esta índole:

- i) Los enunciados jurídico-penales tienen un fin de regulación o una razón justificante.
- ii) La literalidad de los enunciados no siempre expresa, o no de modo completo, ese fin.
- iii) Es posible descubrir (o asignar) el fin regulativo (“*ratio legis*”, “*voluntas legis*”).
- iv) A partir del fin regulativo, es posible asignar al enunciado jurídico de que se trate, un sentido adecuado a la obtención de dicho fin.

En ese orden de ideas, es oportuno ahora comprender la *ratio legis* del artículo 400° CP desde una interpretación de carácter teleológico. Esta clase de hermenéutica jurídica define el sentido de una disposición normativa a partir de su razón de ser o finalidad para la cual fue incorporada al ordenamiento jurídico. En tal sentido, consideramos que el núcleo esencial del delito *in examine* es sancionar la conducta consistente en ofrecer, a cambio de una ventaja, una influencia dirigida a orientar el poder de decisión de una autoridad pública en beneficio de un interés privado que no merece ser amparado dada su ilicitud.

De modo tal que, para satisfacer la finalidad del tipo en mención, no resulta ser imprescindible el elemento *caso judicial o administrativo*. Nos explicamos, la tarea de sancionar a aquellas personas que compran y venden influencias con el propósito de materializarlas en un funcionario o servidor público para la satisfacción de un interés indebido, puede darse al margen de que se trate de un interés involucrado en un caso judicial o administrativo. Siendo suficiente, para tales efectos, que lo único que se

34 HURTADO POZO, José, “A propósito de la interpretación de la ley penal”, *Revista Derecho PUCP*, N° 46, Lima, p. 45.

35 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Sobre la “interpretación” teleológica del derecho penal”, *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá: Universidad de Externado de Colombia 2006, p. 377.

pretenda influenciar sea un acto funcional en desmedro de la institucionalidad del Estado.

VI. Propuesta legislativa de *lege ferenda* sobre el delito de tráfico de influencias.

A partir de lo anterior, mostramos nuestra conformidad con una interpretación teleológica o finalista del elemento en cuestión. Sin embargo, estando a que las interpretaciones no son vinculantes y se prestan al cambio en menoscabo de la seguridad jurídica, optamos por una propuesta de modificación, mediante la cual se suprima el elemento *caso judicial o administrativo* y adicione un supuesto agravante cuando el funcionario a influenciar sea un miembro del Poder Judicial o del Ministerio Público, dado el mayor desvalor de la acción y el resultado.

6.1. Opinión sobre el Pre Dictamen del Nuevo Código Penal

Con fecha 9 de diciembre de 2014, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República emitió un dictamen sobre la base de diversos proyectos de ley presentados en el parlamento, mediante el cual se propone una modificación a la tipificación actual del tráfico de influencias en el CP. En el presente apartado, realizaremos algunos comentarios al dictamen de proyecto y presentaremos una propuesta de modificación a partir de las ideas expuestas anteriormente.

La fórmula propuesta, esta vez, tipifica el tráfico de influencias en los artículos 587° y 588° del CP de la siguiente manera:

“Artículo 587. Tráfico de influencias pasivo

1. El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor ocho años, con inhabilitación conforme a los numerales 2, 4 y 14 del artículo 42 no mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

2. Si el agente es un funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, con inhabilitación no mayor de doce años conforme a los numerales 1, 2 y 14 del artículo 42 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Artículo 588. Tráfico de influencias activo

1. El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para éste o para un tercero, con la finalidad de que éste en ejercicio de sus influencias reales o

simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, para que éste realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa.

2. Si el agente es funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, inhabilitación conforme a los numerales 2, 4 y 14 del artículo 42 no mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.”

Somos de la opinión que la propuesta de *lege ferenda* del tráfico de influencias, la cual bifurca en dos los supuestos típicos, resulta ser positiva en tanto que brinda solución a determinados aspectos sobre los cuales no se tenía un panorama claro. Así, con esta nueva tipificación no cabría duda alguna de la responsabilidad jurídico-penal del comprador de influencias a título de autor. Y es que, como se puede apreciar, la bifurcación del delito de tráfico de influencias en modalidad activa y pasiva ha tenido a bien el modelo de estructura típica adoptado en el delito de cohecho. En definitiva, la participación necesaria en estos delitos ha sido expresamente tipificada dejando en evidencia el reproche que merece la conducta de ambos intervinientes.

Con relación al elemento *caso judicial o administrativo* se tiene que la nueva fórmula propuesta lo ha suprimido. Lo cual, en nuestro concepto, resulta ser positivo por tres razones fundamentales:

En primer lugar, porque de acuerdo a los instrumentos internacionales que vinculan al Perú en materia de lucha contra la corrupción y a la luz de los tipos penales comparados (Colombia, Argentina, Paraguay, Brasil, etc.), no se halla ninguna razón para circunscribir el contexto típico a casos relacionados sólo a un proceso ante el Poder Judicial o un caso administrativo regido por la Ley de Procedimiento Administrativo General u otra norma de similar naturaleza.

En segundo lugar, porque la compraventa y consiguiente despliegue de las influencias indebidas, puede acontecer respecto a cualquier acto funcional en el ejercicio de la función pública. Así, la solicitud de una licencia administrativa o el desarrollo de una investigación policial o fiscal son susceptibles de ser influenciados y, por ende, afectar la institucionalidad de la Administración Pública al presentarla como influenciada y corrupta. Por ello, es de recibo la amplitud o generalidad de actos funcionariales que se plantea en el predictamen.

En tercer y último lugar, al no existir parámetros bien definidos sobre el contenido del elemento *caso judicial o administrativo*, los jueces no han resuelto con uniformidad los graves y frecuentes casos de corrupción presentados en las últimas décadas, trastocando así el valor de la seguridad jurídica en nuestro país y generando impunidad. Ello, además, ha permitido un espacio de discrecionalidad judicial en que no se han dictado las mejores decisiones en aras de tutelar de manera efectiva la institucionalidad de la Administración Pública, validando así actuaciones en las que en realidad se geminaban futuros actos de corrupción.

6.2 Sobre el texto normativo de la presente iniciativa legislativa

La propuesta de la nueva redacción del delito de tráfico de influencias así como su bifurcación, ha sido elaborada tomando como punto de partida la fórmula establecida en el pre dictamen de nuevo Código Penal, en tanto que estamos conforme con su contenido.

La presente propuesta, reproduce en su integridad la redacción prevista en el pre dictamen de nuevo Código Penal. Sin embargo, en atención a las razones que a continuación pasaremos a desarrollar, convenimos en la necesidad de mantener la agravante prevista en la actual redacción del artículo 400° CP, añadiendo un supuesto agravante adicional cuando el funcionario o servidor público a influenciar forma parte del Poder Judicial o del Ministerio Público.

En efecto, en un sentido relativamente similar al del artículo 395° del CP que sanciona independientemente y de manera más severa el delito de cohecho pasivo específico de jueces y fiscales, consideramos que en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional o fiscal se presenta un mayor desvalor en la conducta delictiva realizada, toda vez que con la interferencia de estas funciones se afecta un ámbito sensible y vulnerable en específico: la administración de justicia y la defensa de la legalidad. De acuerdo a la coyuntura actual, la ciudadanía entera ha podido atestiguar, con el denominado caso de “Los cuellos blancos”, que el fenómeno de la corrupción se encuentra especialmente arraigado en estos ámbitos, lo cual repercute y acarrea consecuencias gravísimas en el sistema de justicia.

Cabe notar que esta técnica legislativa penal ya ha sido utilizada en otros países como, por ejemplo, Paraguay, que estableció una agravante específica cuando las influencias se dirigían a jueces o fiscales para incidir indebidamente en sus decisiones jurisdiccionales:

“(…) 3) Si la conducta señalada en los incisos 1) y 2) de este artículo estuviera destinada a hacer valer una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o ante fiscales del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su consideración, el límite legal máximo de la sanción se elevará hasta cinco años de pena privativa de libertad.”

En ese sentido, con esta nueva redacción se subsanan las lagunas relativas al caso judicial o caso administrativa que adolece nuestro vigente artículo 400° CP: se prevé expresamente la responsabilidad jurídico-penal del comprador de influencias, se amplía su contexto típico alcanzando así la totalidad de actos funcionariales que se desarrollan en el ejercicio de la función pública, y se sanciona con mayor drasticidad cuando el pacto de interferencia está dirigido a perturbar el ejercicio de funciones de un miembro del Poder Judicial o del Ministerio Público.

VII. Conclusiones

- Al igual que los tratados internacionales que vinculan al Perú en materia de lucha y prevención de la corrupción, en el Derecho comparado no se observa tendencia alguna en restringir el ámbito normativo-típico del delito de tráfico de

influencias para casos exclusivamente administrativos y/o judiciales. Por el contrario, en la línea adoptada por dichas normas, el Perú se encuentra obligado a prever una fórmula amplia que abarque y sancione toda conducta dirigida a influenciar la decisión de una autoridad pública, en general.

- El delito de tráfico de influencias, en su vertiente objetiva, busca proteger la institucionalidad y solidez en las funciones que desempeña la Administración Pública al servicio de la sociedad. A partir de esta concepción, es dable establecer una interpretación finalista o teleológica sobre el mismo que aconseja suprimir el elemento caso judicial o administrativo, para reunir la totalidad de actos funcionariales susceptibles de influenciar y lesionar dicha institucionalidad.
- Partiendo de la previsión actual del elemento *caso judicial o administrativo*, tenemos que lo judicial se relaciona, fundamentalmente, con la resolución de conflictos por parte de un tercero imparcial, el juez. En cambio, lo administrativo se encuentra asociado a actos y acuerdos de la Administración Pública, a veces con los privados, regulados básicamente en la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley General del Procedimiento Administrativo. Sobre esta base, un sector jurisprudencial ha optado por exigir el carácter de litigioso para ambos supuestos, generando vacíos de impunidad a favor del fenómeno de la corrupción. No obstante ello, el delito de tráfico de influencias debe analizarse de manera más amplia en cuanto al entendimiento del caso judicial y administrativo, los cuales comprenden casos no solo de materia litigiosa, sino actos unilaterales por parte de la administración, así como la etapa pre-jurisdiccional de un proceso judicial.
- El pre dictamen de nuevo Código Penal, representa un gran avance legislativo al subsanar las deficiencias de las que adolece nuestro actual artículo 400° CP. En ese sentido, esta propuesta toma aquel como base, para mantener la agravante vigente y extenderla a aquellos supuestos en que las influencias están destinadas a afectar la función jurisdiccional del Poder Judicial o el Ministerio Público, en atención a la mayor entidad de desvalor que acarrea.

VIII. IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa modifica el artículo 400 del Código Penal e incorpora el artículo 400-A. al mismo cuerpo normativo, los cuáles regulan los delitos de tráfico de influencias pasivo y activo respectivamente.

Este cambio normativo no genera ningún cambio adicional ni deroga implícitamente ningún otro instrumento normativo.

IX. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa, no supondrá gastos al erario nacional. En la medida en que solo un implica un cambio normativo sin necesidad de reglamentación, no se generarán costos.

Por otro lado, los beneficios que se obtengan de esta nueva redacción del delito de tráfico de influencias, tanto materiales como inmateriales, serán considerables. Por un lado, se pretende que esta tipificación más adecuada no sólo disminuya considerablemente los espacios de impunidad que como sociedad hemos identificado, sino también generar efectos en la prevención general negativa, así como en la prevención especial.

Lo que se gana como sociedad al sancionar a los responsables de delitos contra la administración pública, principalmente del delito de tráfico de influencias, permitirá generar a una administración pública menos permeable a los intereses crematísticos de los particulares, lo cual, a su vez, generará una mayor confianza por parte de la ciudadanía en la institucionalidad del país.

X. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa tiene relación directa con las siguientes políticas de Estado y agenda legislativa del Acuerdo Nacional:

- **Democracia y Estado de Derecho:** Fortalecimiento del régimen democrático y del Estado de derecho.
- **Equidad y justicia social:** Promoción de la Igualdad de Oportunidades sin Discriminación.
- **Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado:** Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas; Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos.