

PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Noviembre de 2014

Boletín N° 43



PROYECTO ANTICORRUPCIÓN



CONTENIDO

PRESENTACIÓN

La lucha contra la corrupción en su momento difícil: las denuncias de la ex procuradora Vilcatoma

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Sobre la resolución que declara fundada la excepción de prescripción de Alberto Quimper

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

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

NOTICIAS

Sucedió en el Perú



La lucha contra la corrupción en su momento difícil: las denuncias de la ex procuradora Vilcatoma

Durante los últimos meses se han develado una serie de prácticas corruptas a gran escala en los gobiernos regionales y locales del Perú. Son emblemáticos los casos de los gobiernos regionales de Ancash, Lambayeque, Loreto, etc. A ello debe unirse los casos que han continuado de situaciones de corrupción en el Congreso de la República (por ejemplo el caso Julio Gago, Cenaida Uribe, entre otros), en las instituciones vinculadas al sistema de administración de justicia penal (por ejemplo las investigaciones contra el Fiscal de la Nación actual y contra el ex Fiscal de la Nación, las investigaciones contra varios jueces del distrito judicial de Ucayali, entre otros) y en el Tribunal Constitucional (por ejemplo las denuncias por actos de corrupción contra los magistrados del anterior Tribunal Constitucional). Todo ello nos muestra que el Perú ha pasado de un periodo de “primavera anticorrupción” durante los años 2001 a 2006 a un periodo en el que el Estado empieza, nuevamente, a ser capturado por la gran corrupción, no sin haber pasado los últimos años por un periodo de enfriamiento o desaceleración de la lucha contra la corrupción. A pesar de la situación descrita, ninguno de los casos mencionados llegaba a afectar al Presidente de la República o a su esposa.

Las últimas semanas han estado colmadas de informaciones y datos relacionados con la investigación fiscal en el caso la “centralita” vinculado a la corrupción en la región Ancash y, especialmente, con relación a uno de los investigados en dicho caso, el amigo del Presidente Ollanta Humala y de su esposa, el señor Martín Belaunde Lossio.

Lo más importante y preocupante de estos últimos incidentes es la actuación del Ministro de Justicia, Daniel Figallo; del asesor presidencial, Roy Gates y del fiscal que investiga el caso, Marco Moran. Todos ellos mencionados en las denuncias formuladas por la ex - Procuradora Adjunta Anticorrupción, señora Yeni Vilcatoma.^[1]

Cuatro datos objetivos se conocen de manera incontrovertible. La primera es la imputación de la Procuraduría Anticorrupción ante el Fiscal Huamán solicitando la ampliación de la investigación contra varios altos funcionarios y también contra Martín Belaunde Lossio como cabecillas de la organización en el caso “la centralita” y negando toda forma de beneficios por colaboración eficaz a los mismos. La segunda, es la reunión del Ministro de Justicia con el Fiscal del caso “la centralita” el doctor Human para tratar las imputaciones a cada uno de los involucrados. La tercera, es la convocatoria del Ministro de Justicia a la Procuradora Vilcatoma para informar y dar explicaciones de su postura sobre el referido caso ante la presencia del asesor presidencial (y por solicitud de él), el abogado Eduardo Roy Gates. Tercero, la negativa

¹ El último fin de semana la ex procuradora anticorrupción adjunta Yeni Vilcatoma, con pruebas aun no fehacientes, acusó al ministro de Justicia, Daniel Figallo, de intentar proteger a la empresa brasileña Odebrecht de una denuncia, que está enmarcada en el Caso “La Centralita”.





reiterada de dicha fiscalía a las peticiones de la Procuraduría y el comportamiento hostil de aquella sobre esta. Y, finalmente, la aceptación por parte del Fiscal Huamán de dicha reunión con el Ministro de Justicia para tratar las imputaciones en el caso “la centralita”.

Quedan sobre el tintero otros aspectos denunciados por la Procuradora Vilcatoma aún no verificados como por ejemplo, la manifestación del Fiscal Huamán en el sentido de que el Ministro de Justicia había comentado irónicamente sobre las debilidades de la estrategia de la procuraduría en el caso mencionado o el hecho del pedido del Fiscal Huamán al Ministro de Justicia en el sentido que las coordinaciones no se efectuaran con el Procurador Salas, entre otras afirmaciones relacionadas con el interés del Ministro en la situación del imputado Martín Belaunde Lossio.

Consideramos, en primer lugar, que la reunión del Ministro de Justicia con el fiscal que investiga el caso “la centralita” es jurídicamente irregular o ilícita en sí misma. Aunque claro, si se probase (aunque sea indirectamente) que en dicha reunión el Ministro abogó o se interesó en el sentido que al referido imputado le correspondería el beneficio de colaboración eficaz, entonces estaríamos ante un delito contra la administración pública claramente: el delito de patrocínio ilegal. Pero ¿por qué es irregular o ilícito en sí mismo? En primer lugar, la Constitución política reconoce a los órganos del Ministerio Público (fiscales) el mismo estatus que a los órganos del Poder Judicial, esto es, una institución autónoma e independiente en el ejercicio de sus funciones y ello quiere decir tanto independencia interna (libre de injerencia o presiones respecto de sus superiores internos) como independencia externa (libre de injerencia o presiones de los otros poderes del Estado, especialmente del poder Ejecutivo). En consonancia con dicha garantía constitucional del sistema de administración de justicia, la Ley Orgánica del Ministerio Público prescribe que los fiscales actúan con independencia en el ejercicio de sus atribuciones (art. 5) y el Código de Ética del Ministerio Público dispone que el fiscal rechace cualquier tipo de interferencia en sus funciones, evitando que cualquier influencia ajena afecte sus decisiones. Desde esta perspectiva la reunión del Ministro de Justicia con el fiscal Moran constituye una afectación o amenaza a la garantía constitucional de independencia de un órgano del Ministerio Público, la cual debió ser rechazada por el referido fiscal y jamás propuesta por el ministro de justicia. Cualquier reunión o coordinación para mejorar el trabajo articulado entre ambas instituciones pasa por reuniones entre titulares del pliego o funcionarios que ejerzan semejante representación y no reuniones entre un funcionario político con un fiscal a cargo de una investigación en giro.

Con igual razonamiento resulta irregular la convocatoria efectuada por el Ministro de Justicia a la Procuradora Anticorrupción para reunirse, sin anunciarlo previamente, con el asesor presidencial Eduardo Roy Gates. Si bien el Ministro tiene el derecho de pedir informes y recabar personalmente información de sus procuradores (más aún cuando el Ministro es Presidente del Consejo de Defensa del Estado), no tiene el derecho de convocar a su procurador o procuradora a una reunión junto con un asesor o consejero presidencial. Para apreciar esta irregularidad es importante explicitar el contexto del giro de las investigaciones del caso “la centralita”. Se trata de un caso





donde la Procuraduría Anticorrupción había imputado cargos graves contra una persona en un caso relevante como lo es el caso “la centralita” y esa persona, como era público y notorio, mantenía vinculación especial con el Presidente de la República y su esposa (así por ejemplo dirigió la campaña electoral del entonces candidato Humala en el año 2006, asesoró al mismo en la campaña del 2011, financió de manera importante a la primera candidatura del actual presidente, y el padre del referido personaje pagó una fuerte cantidad de dinero a la esposa del actual presidente por un consultoría de dudosa justificación). En ese contexto, la presencia del consejero presidencial (no anunciada ni advertida) no puede entenderse sino como una situación que generaba sobre la procuradora un contexto de posible conflicto de intereses que debía ser evitada. Efectivamente, el artículo 5 b del Decreto Legislativo 1068 (Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado) dispone la autonomía de los procuradores públicos en el ejercicio de sus funciones y el núcleo de sus funciones es ejercer la defensa de los intereses del Estado y no del Gobierno. Ello supone que en algunos casos puede suceder que se presente un conflicto de intereses entre los intereses particulares del Gobierno y los del Estado, donde claramente los procuradores deben optar por lo segundo. Por otro lado, dentro de las funciones del consejero presidencial, el art. 10 del reglamento del Despacho presidencial establece tanto la función de asesorar como de emitir estudios u opiniones de su competencia siempre por requerimiento del Presidente de la República. Si asumimos que el pedido efectuado por el Consejero hacia el Ministro de Justicia para entrevistarse con la Procuradora (y cuyo tema fue la situación de Martín Belaunde Lossio) no fue un requerimiento del Presidente de la República, entonces no queda duda que se trata de un acto de abuso de sus funciones, más aún cuando aquel provoca una situación de posible conflicto de intereses que debía ser evitado.

En consecuencia se trata de comportamientos atribuidos al Ministro de Justicia y al consejero presidencial Roy Gates que, al menos, han afectado o amenazado la independencia y autonomía tanto de la Procuradora adjunta anticorrupción como la independencia del Fiscal Huamán. Si a partir de allí, se logra evidenciar que la preocupación de los dos primeros funcionarios por el caso Martín Belaunde Lossio tenía el propósito de beneficiarlo con medidas propias de la colaboración eficaz (en contra del pedido de la Procuraduría), entonces estaríamos ante un delito contra la administración pública, esto es, el delito de patrocinio ilegal.

De cara al futuro queda clara la necesidad de replantearse los mecanismos para institucionalizar e independizar la Procuraduría Anticorrupción. Si queremos una institución fuerte que esté en capacidad de impulsar denuncias contra prácticas corruptas de los gobiernos del pasado, pero también de los gobiernos de turno, entonces no puede tolerarse más su dependencia del Ministerio de Justicia.

A photograph of Alberto Quimper Herrera, an elderly man with white hair, wearing a dark suit and a light blue scarf. He is seated in a courtroom, gesturing with his right hand while speaking. The background shows wooden paneling and red upholstered chairs.

Sobre la resolución que declara fundada la excepción de prescripción de Alberto Quimper

El 30 de octubre del 2014 la Tercera Sala Penal Liquidadora de Lima resolvió, en el expediente 105-2008, declarar fundada la excepción de prescripción deducida por la defensa de Alberto Quimper Herrera. Cabe recordar que se le imputa a Alberto Quimper, ex miembro del directorio de la empresa estatal PERÚPETRO, el haber favorecido a la empresa noruega Discover Petroleum International en el proceso de adjudicación de 5 lotes petroleros. Además de ello, se le imputa el haber ofrecido influir en las decisiones de los funcionarios de PERUPETRO y PETROPERÚ en dicho proceso de adjudicación; el haber patrocinado indebidamente los intereses de la empresa noruega; y el haber solicitado, por intermedio de Rómulo León Alegría, un donativo para realizar dichos actos. En este sentido, el Ministerio Público señala que Quimper Herrera es responsable por la comisión de los delitos de Negociación Incompatible, Tráfico de Influencias, Patrocinio Ilegal y Cohecho

Pasivo. Los hechos antes resumidos habrían ocurrido desde el 11 de septiembre del 2007 hasta el 7 de octubre de 2008.

La Tercera Sala Penal Liquidadora declaró que la acción penal esta extinta. Ello en la medida de que, aun tomando en cuenta el plazo extraordinario de prescripción, la acción penal habría prescrito por la aplicación de la reducción del plazo de prescripción contenida en el artículo 81° del Código Penal (referido a la edad del sujeto activo). Además, el órgano jurisdiccional señaló que en este caso no se aplica la duplicidad del plazo de prescripción para delitos funcionariales que afectan el patrimonio estatal, toda vez que los ilícitos imputados no protegen el bien jurídico “patrimonio estatal”. En conclusión, la Sala Penal Liquidadora mandó a que se archive definitivamente la causa en el extremo correspondiente a la imputación en contra de Alberto Quimper Herrera.



A continuación analizaremos algunos de los principales argumentos utilizados por la Tercera Sala Penal Liquidadora.

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA Y LAS REGLAS ESPECIALES DE PRESCRIPCIÓN

La prescripción de la acción penal es el transcurso del tiempo que extingue la obligación estatal de perseguir y pronunciarse sobre un hecho penalmente relevante (Meini 2009:282). Como vemos, la prescripción de la acción penal no prescribe la responsabilidad penal ni el delito. Ello en la medida de que la prescripción penal opera antes de que se haya emitido una sentencia condenatoria firme. Dicho con otras palabras, cuando la prescripción de la acción penal surte efectos aún no se ha determinado si estamos ante un delito que amerita responsabilidad penal. Por tanto, la prescripción opera tanto en los casos en los que debería imponerse sanción penal, como en los casos en los que no corresponde una consecuencia jurídico penal.

La prescripción se determina a través de reglas generales y reglas especiales. Las reglas generales utilizan criterios objetivos para establecer el marco abstracto de la prescripción. Por otro lado, las reglas especiales establecen criterios subjetivos (basados en el individuo) que provocan el aumento o la disminución del marco abstracto de la prescripción.

Existen dos reglas generales de prescripción aplicables a los delitos de corrupción: la referida a la prescripción ordinaria y la referida a la prescripción extraordinaria (Pariona 2012:19).

- I) Prescripción ordinaria: los delitos de corrupción prescriben en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito (pena abstracta). El artículo 46.A del Código Penal (que extiende el marco de la pena abstracta hasta un tercio por encima del máximo

legal, siempre que no supere los 35 años).

- II) Prescripción extraordinaria: según el artículo 83° del Código Penal la prescripción de la acción penal se interrumpe con las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. No obstante, la acción penal prescribirá, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción. A esta regla se le conoce como prescripción extraordinaria, y se justifica porque el Estado requiere de un plazo idóneo para que, habiendo detectado la existencia de un hecho penalmente relevante, pueda investigarlo y pronunciarse sobre él (Meini 2012: 294). Conviene señalar que esta regla, a pesar de su nombre, constituye el marco prescriptorio por excelencia, toda vez que la prescripción sólo podrá ser exigida cuando se esté dentro de un proceso penal.

Como vemos, existen al menos dos marcos normativos de prescripción aplicables a dos universos de casos. Cuando el hecho presuntamente delictivo es desconocido por el sistema judicial, se aplicará el plazo ordinario. En cambio, cuando el hecho presuntamente delictivo es conocido por el sistema judicial se interrumpirá el plazo de prescripción y aplicará el plazo de prescripción extraordinario. Estos dos marcos normativos son excluyentes mutuamente. Si se determina la actuación del sistema judicial, sólo queda aplicar el plazo extraordinario y excluir el plazo ordinario.

Además de las reglas generales de prescripción, el Código Penal establece reglas especiales. De esta manera, el artículo 81° del Código Penal señala que los plazos de prescripción se reducen a la mitad



cuando el agente tenga menos de 21 años o más de 65 años al tiempo de la comisión de un hecho punible. Asimismo, el artículo 80° del Código Penal, en concordancia con el artículo 41° de la Constitución, estable que para los casos de delitos funcionariales que afecten el patrimonio público el plazo de prescripción se duplicara.

¿A qué plazo de prescripción se refiere el artículo 81° y el artículo 80° del Código Penal? ¿Qué plazo se reduce en la mitad y qué plazo se duplica? A nuestra entender, el plazo a que hace referencia las reglas especiales depende del caso concreto. Si estamos ante un caso en el que ha intervenido el sistema judicial, el plazo reducido y/o duplicado será el establecido por la regla de prescripción extraordinaria. Esto en la medida de que el plazo ordinario queda completamente excluido cuando estamos ante un caso en el que hubo intervención del sistema judicial. Decir lo contrario implicaría ignorar el sentido y el fundamento de la existencia del plazo extraordinario.

En el presente caso estamos ante un concurso ideal que obliga a tomar en cuenta la pena abstracta del delito de cohecho pasivo (delito más grave imputado a Quimper Herrera). Por este motivo, el plazo extraordinario es de 12 años (8 años + 4 años). Toda regla especial

de prescripción debería determinarse a partir de este marco. La reducción a la que hace mención el artículo 81° del Código Penal deberá tomar en cuenta este plazo. En conclusión, el plazo de prescripción se debería reducir a 6 años, toda vez que Quimper Herrera tenía más de 70 años al momento de cometer el hecho delictivo. Sin embargo, aún queda por analizar la regla especial contenida en el artículo 80° del Código Penal.

SOBRE EL PERJUICIO PATRIMONIAL Y LA REGLA ESPECIAL DE PRESCRIPCIÓN REFERIDA A DELITOS FUNCIONARIALES

De acuerdo al artículo 80° del Código Penal:

“en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica”.

Dicho precepto tiene asidero en nuestra constitución Política, ya que según su artículo 41°,

“[el] plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.



Adicionalmente, el Acuerdo Plenario 8-2009/CJ – 116 de la Corte Suprema señala que se debe cumplir con los siguientes requisitos.

- i. Una relación funcional entre el agente infractor especial del delito y el patrimonio.
- ii. Un vínculo del funcionario público con el patrimonio del Estado, desde el cual se puedan ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre los bienes públicos: estamos hablando aquí de lo que la Corte Suprema ha llamado anteriormente competencia funcional específica, esto es, que el funcionario público, por razón de su cargo, tenga la disponibilidad jurídica que le permita tener la libre disposición de los bienes (por lo que no es necesario una tenencia material directa).
- iii. Las funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes (competencia funcional específica) pueden ser atribuidas por orden administrativa

En el presente caso, la Sala Superior señaló que no se pudo aplicar esta regla especial de prescripción, toda vez que los delitos imputados a Quimper Herrera no protegen el bien jurídico patrimonio del Estado. Sin embargo, el órgano jurisdiccional confunde la ofensividad de delito cometido con el bien jurídico protegido en el tipo penal. La ofensividad de delito se refiere al plano de la realidad criminógena. La ofensividad ocurre como consecuencia de la comisión del delito. En cambio, el bien jurídico protegido por el tipo penal hace alusión al plano de lo normativo. En otras palabras, el bien jurídico protegido se expresa en el interés constitucionalmente relevante que permite al legislador crear una norma prohibitiva (*ex ante*). Con un ejemplo:

“X” golpea fuertemente a “Y”, un pianista renombrado, en la mano. Producto de esa agresión, “Y” pierda la capacidad de utilizar la mano. “X” comete el delito de lesiones graves, cuyo bien jurídico protegido es la salud. Sin embargo, es claro que el delito cometido por “X” afecta el patrimonio de “Y”. Ello se hace particularmente evidente en el hecho de que “Y” puede exigir el pago de una reparación civil.

En este sentido, no existe norma o Acuerdo Plenario que exija estar ante un tipo penal que proteja el patrimonio estatal para aplicar la duplica del plazo de prescripción. Lo que exige la Constitución, la ley penal y el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 es que el delito afecte el patrimonio público. De esta manera, la Corte Suprema de la República señala lo siguiente:

“(…) el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos”.

Como vemos, el fundamento de la duplicidad hace referencia a la *“lesión efectiva del patrimonio del Estado”*, y no al bien jurídico protegido en el tipo penal. Decir lo opuesto significaría vaciar de contenido el artículo 41° de la Constitución, toda vez que los delitos de corrupción no tienen como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, sino la esfera prestacional que todo Estado Social debe cumplir.

En conclusión, si bien, en la práctica, los delitos que comúnmente cumplen afecta el patrimonio estatal son el peculado y la malversación de fondos, es necesario analizar los casos concretos para evaluar si estamos ante una afectación del patrimonio estatal.

Ahora bien, ¿qué se entiende por patrimonio del Estado? En un Estado Social de Derecho,



12 el patrimonio público importa en tanto que es una herramienta indispensable para la realización de los fines prestacionales de la administración pública (Chanjan 2012: 123). Y es que es por medio del patrimonio del Estado que los ciudadanos pueden acceder a los servicios públicos. En esta medida, la afectación al patrimonio público debe ser entendida en sentido funcional. En otras palabras, el patrimonio público afectado implica la pérdida de disponibilidad del dinero o bienes que administra el Estado (Alcócer 2014:604).

En el caso concreto, es necesario analizar, a través de medios probatorios idóneos, si el patrimonio funcional del Estado ha sido afectado. Más aún si estamos ante un caso en el que el Estado buscaba otorgar una concesión petrolera a cambio de la mejor oferta económica. No basta con decir que estamos ante un delito cuyo bien jurídico no es el patrimonio del Estado para señalar que es inaplicable la dúplica del plazo de prescripción del artículo 80°. En el caso de Quimper Herrera, la presunta afectación al patrimonio del Estado provocaría que el plazo de prescripción sea de 12 años, de manera que la obligación penal de procesar y pronunciarse sobre el presunto hecho punible recién prescribiría en el año 2019.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÓCER POVIS, Eduardo. *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana (Editora). *Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores, 2014, p. 604.

CHANJAN, Rafael. El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. En: MONTOYA VIVANCO, Yván (Editor) *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: 2012

MEINI, Iván. *Sobre la prescripción de la acción penal*. En: Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal. Lima: ARA, 2009.

PARIONA ARANA, Raúl. *La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?* En: MONTOYA VIVANCO, Yván (Editor) *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: 2012



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

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

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

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

HECHOS

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



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

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



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

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

1 Código Penal peruano.

2 El Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.



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

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. El precepto penal del art. 400 del CP en la fecha de los hechos investigados decía literalmente lo siguiente:

“El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”.^[3]

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

Sucedió en el Perú

El 27 de noviembre de 1845 Albert Jewett, encargado de negocios de los Estados Unidos en el Perú (1845-1847), señaló en una carta que el Perú tenía “el más extraordinario gobierno desleal, corrupto e insolente”. Además, Jewett señaló que el gabinete del presidente Ramón Castilla estaba conformado por una serie de “ladrones audaces y sin escrúpulos del erario público, que no permitirán que un dólar del dinero del Estado sea desviado del uso de ellos mismos y de sus amigos, salvo que pueda ser necesario para fines de soborno” (Quiroz 2014:118) y que “son poco más que una Junta de ladrones de tierras que llega al poder mediante el derramamiento de sangre, el saqueo, el fraude, la traición y el soborno de oficiales secundarios” (Quiroz 2014:146).



En noviembre de 1880 el presidente Nicolás de Piérola y su ministro de Hacienda Manuel Antonio Barinaga firmaron un decreto a través del cual se reconoció todas las demandas contables pasadas que la casa Dreyfus tenía contra el Perú. De esta forma el Perú reconoció una deuda de casi 17 millones de soles (3.2 millones de libras), a pesar de que existía un resolución de 1878 que señalaba que la deuda era de 657.387 soles. De acuerdo al historiador Alfonso Quiroz, esta fue la manera en la que el gobierno de Piérola recompensó el respaldo político y financiero que Dreyfus le había prestado al Piérola. (Quiroz 2014:175).

El 13 de noviembre de 1933 el gobierno de Benavides acusó a los diputados del partido Unión Revolucionaria del mal manejo de 4 millones de soles asignados a los gastos de dicha Cámara. Cabe señalar, que el partido Unión Revolucionaria, liderado por Luis Flores, buscaba organizar una legión fascista (de acuerdo al modelo italiano) formada por miembros de la élite empresarial y funcionarios del gobierno. (Quiroz 2014:261)



El 6 de noviembre de 2012 la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima emitió fallo condenatorio en contra Walter Chacón Málaga, sentenciándolo a cuatro años de prisión suspendida por la comisión del delito de peculado doloso en agravio del Estado. Walter Chacón se desempeñó durante el gobierno de Fujimori como Comandante General del Ejército, Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y Ministerio del Interior. Durante el proceso antes mencionado, el Ministerio Público probó que Chacón Málaga designó, sin sustento legal o técnico, al general José Silva Tejada para viajar en comisión de servicios a Berlín (Alemania). Para ello Chacón le otorgó 50 mil soles por viáticos. Todo ello a pesar de que el general Silva Tejada se encontraba en situación de retiro y que, además, dicho viaje nunca fue realizado.