

Boletín N° 06- 2019

Anticorrupción y Justicia penal

- APUNTES SOBRE EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO A PROPÓSITO DE UN CASO DE CORRUPCIÓN EN CUSCO
- ¿LOS ÁRBITROS PODRÍAN SER CONSIDERADOS COMO FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ÁMBITO PENAL?
- TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADAS: REGULACIÓN DE LOS “MERCADOS PARALELOS”
- NOTICIAS



PRESENTACIÓN p. 3



APUNTES SOBRE EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO A PROPÓSITO DE UN CASO DE CORRUPCIÓN EN CUSCO

Por Mónica Sánchez Huamán
p. 4



¿LOS ÁRBITROS PODRÍAN SER CONSIDERADOS COMO FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ÁMBITO PENAL?

Por Kelein Mirtha Ccahuana Saldivar
p.10



TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADAS: REGULACIÓN DE LOS “MERCADOS PARALELOS”

Por Sofía Hinojosa Jurado
p. 16

NOTICIAS p. 21

Boletín N° 06 - 2019
Anticorrupción y Justicia penal

ISBN: 2410-5899

Instituto de Democracia y Derechos Humanos

Pontificia Universidad Católica del Perú

Publicación web

<http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/boletin-informativo-mensual>

Edición: Valquiria Ramos y Marie Gonzales

Diseño y Diagramación: Ximena Barreto

PRESENTACIÓN

El acontecer diario nacional nos revela con mayor contundencia que la sociedad civil se ha convertido en un actor fundamental en la lucha contra la corrupción. Los medios de comunicación, así como las organizaciones de la sociedad civil y las Universidades, cumplen un importante rol de vigilancia del desempeño correcto de la función pública.

El último número del *Boletín Anticorrupción y Justicia Penal* del año 2019 está dedicado a una compilación de artículos académicos elaborados por alumnos y ex alumnos de las Clínicas Jurídicas que se desarrollaron en las distintas Universidades del país en el marco del proyecto “Empoderamiento a periodistas y estudiantes universitarios: vigilancia, información y transparencia para la prevención de la corrupción y el lavado de activos en el Perú” del año 2017, y “Empoderamiento a la sociedad civil en la lucha contra la corrupción y el lavado de activos en el Perú: La intervención de estudiantes de Derecho y Periodismo a través de Clínicas Jurídicas de Acciones de Interés Público” del año 2018, ambos financiados por *The National Endowment for Democracy* (NED).

El objetivo de esta edición de nuestro Boletín es plasmar los conocimientos y capacidades que los alumnos de las Clínicas Jurídicas Anticorrupción han adquirido como parte de los programas formativos desarrollados anteriormente, así como generar un espacio de discusión académica en el cual puedan converger los aportes de estudiantes de distintas partes del Perú, compartiendo las problemáticas específicas de corrupción que cada región del Perú puede presentar.

De esta manera, en primer lugar, se tiene la contribución de Mónica Sánchez Huamán quien realiza un interesante estudio sobre el concepto de funcionario público en el Derecho Penal y su relación con un caso de corrupción en el Comité de Servicios Integrados Turísticos Culturales de Cusco. También se cuenta con el análisis de Kelein Cchauana Saldivar, quien aborda la problemática de los árbitros y los delitos de corrupción, a propósito del rol que estos han desempeñado en el caso Odebrecht. Por último, presentamos el trabajo realizado por Sofía Hinojosa Jurado, quien analiza el tráfico de influencias, uno de los delitos que más se ha evidenciado en la coyuntura local con casos emblemáticos como el de los *Petroaudios*, los *CNM-Audios*, *Lava Jato*, entre otros.

Rafael Chanjan Documet
Proyecto Anticorrupción del Idehpucp



Foto: andina.pe

APUNTES SOBRE EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO A PROPÓSITO DE UN CASO DE CORRUPCIÓN EN CUSCO

Mónica Sánchez Huamán¹

Según el libro “Radiografía de la Corrupción en el Perú”, por la corrupción se pierden más de doce mil millones de soles al año, dinero que serviría para alimentar largamente a todos los pobres del país (Defensoría del Pueblo 2017). Estamos hablando de más de mil millones de soles perdidos mensualmente, cifra alarmante y que debería preocupar a todos los peruanos, sobre todo a los operadores de la administración pública: los funcionarios y servidores públicos del país.

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2015: 18) en su *Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública*, explica que la corrupción en la administración pública se produce cuando el ejercicio del poder público, que se encuentra encargado a determinadas personas (sea por elección, selección, designación o nombramiento), es desviado de los fines públicos que se establecen en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho y es utilizado para satisfacer intereses privados.

Para efectos de nuestro análisis, debemos diferenciar puntualmente al funcionario público del servidor público, siendo el primero aquella persona natural con poder de decisión que presta servicios o

¹ Expresidenta de la Clínica Jurídica Cusco-UNSAAC, egresada de Derecho la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, con estudios en el Programa para el Fortalecimiento de la Función Pública en América Latina - Madrid y Brasil, y estudios de liderazgo en los Estados Unidos.

trabaja para el Estado; por otro lado, el servidor público es una persona natural que también presta servicios al Estado pero sin poder de decisión (Salinas 2011: 6). Para nuestro entendimiento, en los párrafos siguientes se señalará al funcionario o servidor público de manera indistinta.

El presente artículo se origina a partir de la emisión de una interesante sentencia de vista emitida por la Segunda Sala de Apelación de la Corte Superior de Justicia de Cusco, resolución que nos permitirá volver a analizar – de manera ampliada – uno de los elementos configurativos del tipo penal de los delitos de corrupción en la administración pública: el sujeto activo². En los delitos de corrupción cometidos contra la administración pública, el actor del delito debe tener una cualificación especial; así, el elemento del tipo “funcionario público” (entendiéndose también al servidor público) es central en los delitos contra la administración pública, de allí que en la jurisprudencia se haya decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales (Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú 2015: 50).

En esta misma línea, Muñoz Conde refiere que, en los delitos de corrupción, la doctrina mayoritaria tradicionalmente precisaba que eran dos los elementos que debían integrar la condición de funcionario público o servidor público para efectos penales: la existencia de un título (elemento subjetivo) y la efectiva participación en la función pública (elemento objetivo) (Abanto Vásquez 2003: 22).

Esto significa que el sujeto activo debe tener una condición o característica singular para que los hechos realizados puedan subsumirse en el tipo penal, esto al margen de la existencia posible de un *extraneus* en determinados delitos, elemento asociado a la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico³. Sin embargo, en estos tiempos en los que los delitos de corrupción contra la administración pública han sido estudiados académicamente de manera extensa, ¿pueden aún haber dudas sobre la detección de este elemento configurativo del tipo penal?

La sentencia de vista a estudiar fue resuelta en el expediente penal N° 09-2011, y para poder entender lo interesante de ella, nos dedicaremos a explicar, brevemente y de manera general, los hechos que fueron materia de debate en el juicio oral.

Así, en el año 2011, el Ministerio Público dispone la apertura de la investigación preparatoria contra algunos trabajadores del Comité de Servicios Integrados Turísticos Culturales Cusco (COSITUC) por la presunta comisión de los delitos de negociación incompatible, colusión y peculado doloso simple. El 03 de abril de 2018, el juez de primera instancia (*ad quo*) emite la resolución número 68 que resuelve absolver de cada uno de los cargos a todos los trabajadores comprometidos en la acusación fiscal. El magistrado argumentó su decisión en el hecho de que los acusados no reunirían la cualidad de ser considerados como servidores y/o funcionarios públicos, dado de que el COSITUC sería una institución de naturaleza privada, un comité de derecho privado. Además, al COSITUC no le serían aplicables las normas de contratación dispuestas en la Ley de Contrataciones con el Estado, por lo que los trabajadores no tenían el deber de seguir ciertos parámetros para la contratación de servicios.

Ante lo resuelto por el *ad quo*, el fiscal encargado y el representante de la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada deciden interponer recurso de apelación. Es así que, el 26 de diciembre del 2018, se emite la sentencia en segunda instancia, Resolución N° 84, en la que la Sala resuelve: “1. DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación interpuesta (...), 2.- DECLARAR NULA la sentencia

² El que comete el delito.

³ Según esta tesis, el *extraneus* responde penalmente por un delito especial cometido por el *intraeus* a título de autor ya que, aunque este es un sujeto que formalmente no pertenece a la esfera de posibles autores (por ejemplo, no tiene la cualidad especial de funcionario público), contribuye de forma accesoria en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en situación de vulnerabilidad respecto del *intraeus*. Véase el Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública (2015).

contenida en la Resolución N° 68 (...), [y] DISPUSIERON se proceda a un nuevo juicio oral a cargo de otro Juez”. El argumento principal del colegiado de Segunda Instancia (*ad quem*) estuvo vinculado a la concepción ampliada de un trabajador que labora en una institución privada, pero que para efectos penales sí podría llegar a ser considerado como funcionario público. El colegiado expuso que los miembros del Comité si debían de sujetarse a los parámetros de la Ley de Contrataciones con el Estado. En este sentido, se refutó el hecho de que el *ad quo* llegase a su conclusión basado en un proceso laboral emprendido anteriormente por un trabajador y por el que se decidía reponer a este trabajador (que había sido despedido al serle cuestionadas algunas irregularidades que también forman parte de los hechos). Así, al vulnerarse el debido proceso por una clara motivación viciada, se decide anular la sentencia de primera instancia.

Para el análisis del tema, conviene recordar la primera pregunta formulada y vincularla al grave problema que puede llegar a generar una situación de esta naturaleza. Primero, debemos dejar en claro que a nuestra percepción personal, estamos de acuerdo con la sentencia de vista emitida (aunque la misma pudiera desarrollarse de manera más amplia) y lamentamos que la falta de cuidado por parte del *ad quo* haya permitido que un juicio oral extensamente desarrollado, incluso luego de casi 10 años desde que fue interpuesta la denuncia penal, a la fecha aún no haya podido ser resuelto, llegándose incluso a ordenar la realización de un nuevo juicio oral y existir riesgo de la prescripción de los hechos. Por lo tanto, es necesario determinar correctamente quién es el sujeto activo en los delitos contra la administración pública, e incluso, determinar adecuadamente si una persona jurídica debe o no regirse bajo las normas de la Ley de Contrataciones con el Estado (Ley N° 30225), lo que a su vez implicaría la obligación de los trabajadores para actuar en concordancia con la misma y la consecuente sanción por su inobservancia. Debe tomarse consideración de que el sujeto activo del delito de corrupción contra la administración pública, aparte de tener esa condición especial, debe tener una relación funcional específica con el objeto del delito cometido. Tal es el caso del delito de peculado doloso en el que el funcionario o servidor público, además de ser tal, debe tener la relación funcional especial de administrar, custodiar o percibir los efectos o caudales de la administración (Salinas 2011: 8).

Así, el artículo 425 del Código Penal Peruano cobra vital importancia para determinar qué debemos entender por un servidor o funcionario público en la comisión de un delito contra la administración pública:

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.⁴

Del artículo anterior, no presentan mayor complejidad en su entendimiento ni conciernen a los hechos de caso expuesto los numerales 1, 2, 4, 5 y 6; pero los numerales 3 y 7 merecen especial atención.

⁴ El subrayado es nuestro.

Siguiendo el numeral tercero, resulta claro que el trabajador (cualquiera sea su régimen laboral público o privado) puede llegar a ser, para el Derecho Penal, un funcionario o servidor público en una entidad u organismo del Estado, o una empresa del Estado o sociedad de economía mixta comprendida en la actividad empresarial del Estado.

Desde años pasados, cuando recién se abría paso a la discusión sobre el tema, lo único en lo que realmente existía consenso era en que no debía de confundirse el concepto penal de funcionario con el concepto administrativo o laboral (Abanto 2003: 33). Actualmente, incluso un abogado que labora mediante contrato de locación de servicios con una entidad pública es considerado como servidor público. Por ello, y sobre todo por el sentido literal de la norma penal, no debería emitirse un fallo con un criterio contrario a esta regla, como se describe en el caso estudiado.

El numeral 3 también se refiere a las empresas del Estado o de economía mixta. En su libro “Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano”, Manuel Abanto Vásquez (2003: 23) explica que el funcionario público debe reunir determinadas características, tales como estar incorporado a la actividad pública, ejercer la función pública, o que la conducta típica desplegada signifique una violación de su deber especial. Dentro de la segunda característica sobre el ejercicio de la función pública, considera:

(...) las actividades de entidades de derecho público que se encuentran bajo el régimen privado, pero cuyo fundamento es el de controlar un sector productivo de carácter estratégico o prestar un servicio determinado, y haber sido creados por un organismo estatal y al cual están sujetos bajo un régimen especial (...) Pero no deberían considerarse funcionarios a todas las personas que labora en estas empresas, sino solamente a las que ejercen funciones públicas dentro de ellas. Esto es especialmente claro en el caso de los directores o miembros de administración de estas empresas pues la Ley (o incluso la Constitución) impone deberes vinculados con el servicio que brindan en interés general, deberes que no deben depender de la personificación jurídica de la empresa. (Abanto 2003: 31)

La sentencia de vista considera al COSITUC como una institución de derecho privado, y por tanto quizá más cercana a una naturaleza de economía mixta. Sin embargo, quizá el *ad quem* se vio limitado en este extremo dado que la naturaleza administrativa del COSITUC no era clara. De allí que acudiera a otras normas supraconstitucionales, como veremos más adelante.

A nuestro entender, en el presente caso hubiera sido más fácil establecer la cualidad de servidor o funcionario público de los trabajadores comprometidos si el magistrado de primera instancia hubiera considerado que el COSITUC es una persona de Derecho Público Interno, tal cual refiere en su Reglamento base de su creación (Resolución Nro. 02/GG/COSITUC-2008):

Artículo 3°.- Naturaleza: El COSITUC es un Comité formado por la Municipalidad Provincial del Cusco, Instituto Nacional de Cultura Cusco y la Dirección Regional de Comercio Exterior y Turismo y con personería jurídica, de Derecho Público interno, creado por Resolución Suprema N° 0195-78-PM- ONAJ (...) ⁵

Esto significa que el COSITUC se rige por su norma de creación Resolución Suprema N° 0195-78-PM-CNAJ y los consiguientes reglamentos que norman incluso la existencia de un órgano de control, y podría calar perfectamente en la figura de una entidad pública. De no ser factible adecuar la figura jurídica a una de las señaladas, el numeral 7 del artículo citado nos deja abierta la posibilidad de acudir a otras normas especiales y a la propia Carta Magna para valorar la calidad de servidor o funcionario público.

⁵ El subrayado es nuestro.

Si bien es cierto que la Constitución Peruana, por su naturaleza, no detalla quiénes son *todos* los servidores o funcionarios públicos, por intermedio de esta – y en cumplimiento del pacto de convencionalidad de la cuarta disposición final y transitoria – podemos acogernos a algunas normas de carácter internacional que el Estado peruano haya podido suscribir. Así tenemos, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que ayuda a definir a quién se le puede considerar servidor o funcionario público en la comisión de un delito de corrupción:

Artículo 2. Definiciones

A los efectos de la presente Convención: a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte (...)⁶

En este punto resulta importante explicar qué es el boleto turístico. Según el artículo 2 de la Ley del Boleto Turístico (Ley 28719):

2.1 El Boleto Turístico es el documento por el cual se permite el derecho de ingreso temporal y con fines turísticos a las zonas, monumentos arqueológicos, museos y lugares históricos integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación de propiedad pública considerados aptos para ser integrados en corredores o circuitos turísticos(...)

Además, de acuerdo al artículo 12 de la Ley del Boleto Turístico Nº 28719, sobre la administración, distribución y destino del Boleto Turístico del Cusco, sabemos que “(...) 12.1 *La administración y distribución del Boleto Turístico se otorga a la Municipalidad Provincial del Cusco, a través del Comité de Servicios Integrados Turísticos Culturales COSITUC*”.

En este punto, se debe considerar la finalidad desplegada por el COSITUC como una de naturaleza de función pública y relacionada a la prestación de un servicio público, esto en el sentido de que COSITUC administraba efectivamente fondos públicos provenientes del boleto turístico, y por lo tanto, esta actividad pudiera considerarse como un servicio público, habiéndose llegado a dicha conclusión por interpretación de la norma supraconstitucional.

En conclusión: para determinar adecuadamente la calidad específica del sujeto activo en delitos de corrupción contra la administración pública es importante valorar no solo el régimen laboral del trabajador, sino también, de ser el caso, la propia naturaleza de creación de la persona jurídica, y aún más que ello, valorar las actividades que la entidad en cuestión ofrece, todo en concordancia con las normas nacionales e internacionales.

⁶ El subrayado es nuestro.

BIBLIOGRAFÍA

Abanto, M. (2003). “Los delitos en la Administración Pública en el Código Penal Peruano”. Lima: Palestra editores.

Defensoría del Pueblo. (2017). Reporte de la Corrupción en el Perú: Radiografía de la Corrupción en el Perú. Recuperado el 21 de noviembre del 2018 de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf>

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2015). Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública. Lima: IDEHPUCP

Salinas, S. (2011). “Delitos contra la Administración Pública”: Cuestiones Generales. Lima: Grijley.

NORMAS CONSULTADAS:

Código Penal

Constitución Política del Estado

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Ley del Boleto Turístico, N° 28719



Foto: medyarb.com

¿LOS ÁRBITROS PODRÍAN SER CONSIDERADOS COMO FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL ÁMBITO PENAL?

Por Kelein Mirtha Ccahuana Saldivar¹

La corrupción se ha convertido en uno de los principales problemas que aqueja a nuestro país, al punto que en los últimos años se ha demostrado que está enquistada en las diferentes instituciones públicas, sobre todo, el Poder Judicial.

Si bien el arbitraje surgió en nuestro país como una manera de combatir la corrupción en el sistema judicial, con el descubrimiento del caso Odebrecht saltó a la luz una lista de árbitros que estarían presuntamente involucrados en actos de corrupción².

De las investigaciones realizadas por IDL Reporteros, se estima que Odebrecht le habría ganado al Estado Peruano al menos unos US\$ 254'656,753.00 (doscientos cincuenta y cuatro millones seiscientos cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y tres con 00/100 dólares americanos) en 35 de 42 arbitrajes llevados a cabo entre el 2003 al 2016³.

Ese contexto motivó el proyecto de Ley N° 1774/2017-MP, presentado por el Fiscal de la Nación Pablo Sánchez Velarde el día 11 de agosto de 2017, que propone incluir el inciso 7 del artículo 425 del Código Penal, quedando de esta forma:

Son funcionarios o servidores públicos: [...]

7. Los árbitros, siempre y cuando entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, formen parte de la controversia arbitral.

¹ Miembro de la Clínica Jurídica Cusco-UNSAAC, estudiante de Derecho la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco.

² Gaceta Constitucional. *Compra de árbitros en el caso Odebrecht*. <http://gacetaconstitucional.com.pe/index.php/2018/05/04/compra-de-arbitros-en-el-caso-odebrecht/>

³ Gorriti, Gustavo y Mella, Romina. *Como se compró árbitros y arbitrajes*. <https://idl-reporteros.pe/como-se-compro-arbitros-y-arbitrajes/>

En la exposición de motivos, el proyecto señala que la corrupción, en tanto problema estructural, daña no solo la administración pública, sino que también distorsiona los sistemas económicos-financieros. En esa línea atribuye buena parte de esa corrupción a lo que sucede en los “fueros” del arbitraje. Es por ello que este proyecto de ley pretende incluir en un inciso adicional a los árbitros como funcionarios o servidores públicos siempre y cuando entidades u organismos del estado, incluidas las empresas del estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del estado, formen parte de la controversia arbitral, pretendiendo con ello sancionar al árbitro corrupto siempre y cuando el estado sea parte de la controversia arbitral.

Es necesario analizar quiénes son considerados funcionarios públicos o servidores públicos dentro de la norma penal, ya que el actual artículo 425 del Código Penal⁴ solo menciona una lista de carácter eminentemente funcional y un texto como este debería fundamentar apropiadamente las circunstancias que rodean a los delitos contra la administración pública.

1. DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL

El artículo 40 de la Constitución Política del Perú refiere que no están comprendidos dentro de la carrera pública los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Como se puede ver la definición de funcionario público para efectos de sanciones penales es más amplia e incluyente en comparación con lo estipulado en la Constitución Política del Perú en la que se hace un tratamiento excluyente en cuanto a quienes están comprendidos dentro de la carrera pública; sin embargo, en el Expediente N° 251-98-Loreto (03.08.1998) se fija lo siguiente:

El artículo 40° de la Constitución Política del Estado, rige para fines laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad penal de quienes manejan fondos públicos, pues sostener lo contrario sería propiciar la impunidad de los innumerables ilícitos penales que a diario se cometen en el manejo de fondos público, a través de las diferentes empresas creadas por el Estado en el ejercicio de su gestión económica.

Por otro lado, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en la Casación N° 634-2015 Lima (fundamento segundo)⁵ señala que:

[...] el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado -no sin marchas y contramarchas-, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva -es un concepto funcional-, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal -el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública-. Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite

⁴ Artículo 425.- Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley [...].

⁵ Análisis y comentarios de las principales sentencias en materia penal y procesal penal, periodo 2007-2017, pág.342. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/LIBRO-PRINCIPALES-SENTENCIAS-CASATORIAS-FEBRERO-2018.pdf>

afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 2 refiere que:

Por funcionario público se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. [...]. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

Así también, la Convención Interamericana Contra la Corrupción en su artículo 1 refiere que:

Se entiende por “Función Pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. “Funcionario Público”, “oficial gubernamental” o “servidor público”, cualquier funcionario o empleado del estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

2. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Entonces, de acuerdo a lo señalado previamente respecto de quienes son considerados funcionarios públicos o servidores públicos dentro del ámbito penal, surge la siguiente interrogante: ¿un árbitro es funcionario público, o en todo caso, servidor público? En esa línea resulta relevante analizar la naturaleza jurídica del arbitraje. Para efectos del presente artículo se tomará en cuenta dos de las tantas teorías respecto de la naturaleza jurídica del mismo.

Según la teoría contractual, Alfredo Bullard refiere que:

[...] el arbitraje es, finalmente un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso más que una delegación de la justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias.⁶

Por otro lado, se tiene a la teoría jurisdiccional. En esta línea, Cantuarias y Repetto señalan que:

Los defensores de esta postura consideran que el arbitraje no depende de la voluntad de las partes, sino de la voluntad del Estado, y entienden que el arbitraje nace del reconocimiento

⁶ Bullard, Alfredo, “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. *Revista Internacional de Arbitraje*, julio - diciembre 2013, p. 61.

del Estado. Este ser soberano y plenipotenciario es quien delega a los particulares la facultad de solucionar sus conflictos. Sin reconocimiento estatal y sin una adecuada regulación sobre la intervención judicial en el arbitraje, este último no se desenvolvería. En ese sentido, se concluye que el arbitraje es una jurisdicción porque la Constitución o la ley así lo establecen.⁷

Cabe mencionar que el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, en su inciso 1, refiere que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral, con lo que se le estaría reconociendo que el justiciable pueda recurrir ante un órgano jurisdiccional del estado o al arbitraje como una jurisdicción especial y privada.

3. ¿EL ÁRBITRO CALZA CON LAS CUALIDADES DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO?

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, señala en su inciso 3 que los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo mediante un acuerdo de voluntades. Hacemos atinencia en este extremo, pues un árbitro no pasa por un proceso de selección por autoridad competente del estado, no es elegido por el pueblo, ni es designado por una autoridad del aparato estatal; se colige entonces que no cuenta con título habilitante para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado como un funcionario público.

Ello se ve reforzado por el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, sobre infracción del deber, en el cual se señala:

[...] sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. el autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. **La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica**, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito.⁸

Por tanto, de acuerdo a este Acuerdo Plenario el árbitro no entra dentro del aparato público para cumplir un deber especial, ya que las partes del conflicto arbitral nombran a un tercero (árbitro) para que les administre justicia, por tanto, no sería un funcionario público. Como señala Montoya:

La posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público. Cuando se analiza si una persona puede o no ser considerada funcionario público en los términos del Derecho Penal, más que un ejercicio de la función pública debe hablarse de una posibilidad efectiva de ejercicio de la función pública, ya que desde esta posición se podrá al menos poner en peligro el bien jurídico protegido en estos delitos. La posición de cercanía al bien jurídico protegido no requiere de un ejercicio, sino de la posibilidad efectiva (y no irreal o abstracta) de ejercitar el poder otorgado al momento de la incorporación en el organigrama público. En otras

⁷ Cantuarias Salaverri, Fernando y Repetto, José Luis (2014) “La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino”. *Arbitraje Internacional*. DERUP Editores, Lima. <http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/la-naturaleza-juridica-del-arbitraje-segun-el-tribunal-constitucional-peruano-riesgos-en-el-camino>

⁸ El subrayado es nuestro.

palabras, cuando un sujeto ya accede materialmente al aparato estatal (aunque por aspectos de forma aún no ejerce efectivamente la función pública) se origina una relación en la que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública depende de su comportamiento. Este vínculo configura la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo.⁹

Tomando en cuenta lo señalado en líneas precedentes, ¿el árbitro puede lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública? La Constitución Política del Perú le otorga una facultad especial para resolver conflictos en tanto reconoce la jurisdicción especial por la cual las partes mediante un acuerdo de voluntades pueden recurrir al arbitraje. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su fundamento 11 (carácter vinculante) de la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, la cual reconoce la naturaleza dual e interdependiente del arbitraje, refiriéndose de la siguiente manera:

Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución. De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con la sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.¹⁰

Por otro lado, Torres, citando a Meini, refiere lo siguiente: el ejercicio de la función pública a efectos penales debe ser entendido como “la capacidad que tiene una persona, el funcionario público, para vincular con sus actos al Estado”¹¹. Entonces, ¿de qué manera puede el árbitro vincularse a través de sus actos con el Estado? Como sabemos, los árbitros resuelven conflictos arbitrales sobre materias de libre disposición emitiendo laudos arbitrales con carácter de cosa juzgada con igual valor que una sentencia, los laudos son decisiones tienen fundamento en Derecho y su límite es encuentra en la Constitución lo cual les obliga a actuar como jueces; ello implica ser imparciales.

⁹ Montoya Yván (Coordinador). *Manual sobre los delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, p. 44.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, http://www.limaarbitration.net/pdf/jurisprudencia/fernando_cantuarias_sallaverry.pdf

¹¹ Torres Pachas, David. “Concepto de funcionario público y la casación N°634-2015”. *Boletín Anticorrupción y justicia penal*, p.18.

4. CONCLUSIÓN

El proyecto de ley pretende darle al árbitro calidad de funcionario público y que su conducta sea reprochable en caso cometa delitos contra la administración pública, ya que este posee legitimidad constitucional en virtud de la cual ejerce y ejecuta jurisdicción. De acuerdo con las funciones que realiza el árbitro, este podría equipararse a un juez; de tal forma que podría tener la calidad de funcionario público a efectos penales desde el punto de vista de la administración de justicia.



Foto: polemos.pe

TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADAS: REGULACIÓN DE LOS “MERCADOS PARALELOS”

Sofía Hinojosa Jurado¹

La corrupción es actualmente percibida como el problema que afecta más gravemente a los peruanos, incluso por encima de la delincuencia o inseguridad ciudadana. Luego de la controversial disolución del Congreso de la República, se ha observado que varios excongresistas podrían encontrar en la gestión de intereses una alternativa a su función política, aprovechando los contactos que pudieran haber realizado al estar en cargos públicos por varios años. Sus lazos no se limitarían a funcionarios como ministros, jueces o fiscales, sino que también abarcan al sector privado y a los grandes empresarios que forman parte de este.

El contexto ha demostrado que esto no sería imposible de ocurrir: esta red entre empresariado y funcionarios públicos ya lleva tiempo existiendo y se ha denunciado un sinnúmero de casos en los que se cometen sobornos o se incurre en el tráfico de influencias para conseguir beneficios o favores. Este delito es el nexo más directo entre la corrupción política y la administrativa en un sistema, y se convierte en una especie de seguro de cesantía para que los exfuncionarios (como miembros de un partido) exploten su confianza en sus sucesores y en sus antiguos compañeros².

La respuesta de la opinión pública frente a esta problemática ha sido clara. La aprobación a las políticas anticorrupción del gobierno central es abrumadora, así como lo es la valoración del desempeño de la Fiscalía en el emblemático caso Lava Jato, cuya labor es valorada positivamente por más del

¹ Integrante de la Clínica Jurídica Anticorrupción de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Lima. Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

² LOMBANA, Jaime. *La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*. Tesis doctoral. León: Universidad de León, 2013, p 119.

70% de la población en las encuestas³. Así, se evidencia que la ciudadanía estaría dejando atrás la normalización de la corrupción y estaría adoptando una sensación de disconformidad con los perjuicios que esta genera. La regulación del comportamiento de los funcionarios públicos para evitar que incurran en actos de corrupción sería el camino para resolver el problema de deslegitimidad que tienen nuestras autoridades.

Ahora bien, el delito de tráfico de influencias ha generado grandes y continuadas discusiones en torno al bien jurídico tutelado, a las conductas de cada partícipe del hecho delictivo, y al tipo de influencias, así como a los elementos del caso administrativo y judicial. Nuestro análisis se centrará en el bien jurídico del tipo de influencias más controvertidas que la norma busca regular: las influencias simuladas. El bien jurídico de estas no ha sido debidamente abordado por la doctrina y mucho menos por la jurisprudencia, siendo uno de sus casos más controvertidos el de Aurelio Pastor.

El exfuncionario, bajo el supuesto ejercicio de la abogacía, ofreció interceder ante los miembros del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) para retrasar más allá del plazo legal razonable la notificación de suspensión de la entonces alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache Corina de la Cruz Yupanqui, en el proceso de vacancia que se le seguía, apresurando paralelamente el pronunciamiento de la Fiscalía a fines de evitar que sea suspendida del cargo. Todo ello a cambio de S/ 60, 000 (sesenta mil nuevos soles). Sin embargo, por más de que existieron suficientes elementos de convicción, la Corte Suprema absolvió a Aurelio Pastor, fundamentándose en que su actuación se encontraba dentro de los márgenes de la actuación correcta de un abogado.

Dentro de todos los argumentos cuestionables en la Casación N° 374-2015, centraremos el análisis en el bien jurídico, pues ha sido un elemento del tipo penal que no ha llegado a dilucidarse a cabalidad. En todas las disposiciones de aquel proceso seguido en contra de Aurelio Pastor, parece haberse llegado a un consenso en que el bien jurídico genérico se desprende en dos: la imparcialidad y objetividad en el caso de las influencias reales; y el prestigio y buen nombre de la Administración Pública, en el caso de las influencias simuladas. Así, nos encontramos ante la segunda modalidad de influencias; no obstante, no se ha llegado a establecer cuál es realmente el contenido de dicho bien jurídico, lo cual ha generado que se establezcan conceptos o definiciones subjetivas del “buen nombre de la Administración”.

Bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simuladas

Para poder adentrarnos en el análisis específico del bien jurídico del tráfico de influencias, conviene señalar que todo delito contra la Administración Pública contiene un bien jurídico genérico y otro específico. Así, el bien jurídico genérico del tráfico de influencias lo constituye el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa, y el bien jurídico específico dependerá de si nos encontramos frente a un tráfico de influencias reales o simuladas.

En el caso de las influencias reales, se considera que afectan la imparcialidad del funcionario y el carácter de la función pública que ejerce, presuponiendo un peligro que, según el caso, puede ser abstracto o concreto⁴. Por su parte, en el caso de las influencias simuladas, se dice que estas no deberían ser penadas, debido a que aparentemente no afectan ningún bien jurídico concreto. En efecto, cuando uno ofrece tener influencias sobre un funcionario o servidor, pero en realidad no las tiene, no existe una concreta vulneración al bien jurídico protegido, ya que no se llega a afectar la decisión de un funcionario o servidor público. Un escenario como este vuelve discutible la regulación del bien jurídico, pues no se termina atentando el correcto funcionamiento de la administración pública, en

³ IPSOS, Opinión Data, *Perú. Análisis: Volver a empezar*. Lima: El Comercio, mayo de 2019, p 16-18.

⁴ ABANTO, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003. P. 14.

tanto no se le realiza algún perjuicio ni económico ni social (*prima facie*)⁵. Es más, en esta condición, técnicamente ni siquiera puede decirse que es un acto preparatorio elevado a la categoría de delito; y, mucho menos, un delito de dos tiempos⁶. Asimismo, puede existir el caso en el cual sí se tengan las influencias, pero se decida no utilizarlas, lo cual también resulta problemático para establecer si dicho comportamiento afecta o no al bien jurídico objeto de protección, puesto que el traficante puede beneficiarse del tercero interesado, a costas de un engaño y en realidad, podría calzar dentro de una estafa hacia el solicitante, pero al final no hay perjuicio en los actos de la administración.

Hurtado Pozo señala que cuando las influencias invocadas son reales, sí se crea peligro ya que el agente tiene la capacidad de ofrecer con seriedad interceder ante el funcionario. De otro lado, la respuesta acerca de si se afecta o no el bien jurídico cuando se trata de influencias simuladas, allí el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión por parte de un funcionario o servidor público se presenta muy lejano, más aún si el ofrecimiento de interceder es completamente vacío, en razón precisamente, de la ausencia de poder para influir en el funcionario⁷. En efecto, si en realidad no se tiene las influencias ofrecidas, el acuerdo entre las partes no podría ejecutarse, puesto que se estaría prescindiendo del elemento principal del contrato verbal (que son las influencias), además del partícipe indispensable –servidor o funcionario público– sin el cual no se obtendría el resultado favorable del asunto judicial o administrativo. Sin perjuicio de ello, los criterios a los cuales se debería recurrir para determinar si hubo pacto o no pertenecen a las normas propias del Derecho Civil.

Asimismo, San Martín, Caro y Reaño consideran que la imparcialidad u objetividad es el bien jurídico específico que debería prevalecer en el delito de tráfico de influencias reales, pues las influencias aparentes, al no afectar a la administración pública en ningún sentido, deberían dejarse en la impunidad⁸. En cambio, Salinas Siccha señala que el bien jurídico que se pretende proteger y preservar es el prestigio y buen nombre de la administración de justicia y administrativa, toda vez que la materialización de alguna de las hipótesis delictivas la desacreditan ante el conglomerado social hasta el punto que se puede hacer creer que aquellos ámbitos de la administración pública, solo funcionan por medio de dádivas, promesas o influencias⁹. Concordamos más con esta última interpretación, en el sentido de que el correcto funcionamiento de la administración pública (justicia y administrativa) se fundamenta no solo en la imparcialidad del funcionario o servidor público, sino en toda injerencia o perjuicio que se pueda generar en la organización y funcionamiento de la administración. No obstante, calificar al bien jurídico tutelado como “el prestigio y buen nombre de la administración” resulta cuestionable, ya que la intervención penal no estaría legitimada, en tanto las instituciones del Estado como entidad en su conjunto carecen de prestigio.

Ahora bien, es necesario recordar que un delito solo puede permanecer en el ordenamiento punitivo si respeta los límites del principio de lesividad, pues permite afirmar que existe una circunstancia vital que está siendo afectada con la conducta realizada por el traficante¹⁰. Ello debe ir de la mano del respeto hacia el principio de legalidad, pues no se debe prescindir de ninguna de las dos modalidades de tráfico de influencias, ya que ello generaría una seria indefensión en las partes de un proceso frente a la decisión arbitraria de dejar en impunidad los casos de tráfico de influencias simuladas.

Por su parte, Iván Meini ha señalado que, en realidad, es completamente irrelevante si el sujeto tiene o no tiene influencia. Lo relevante es que, siempre y en todos los casos, exponga ante alguna persona su interés de hacer valer su influencia. Si se quiere ser preciso con el lenguaje habría que decir que,

⁵ REÁTEGUI, James. Tratado de Derecho Penal – Parte Especial. Volumen 4. Lima: Ediciones Legales, 2016. P. 1924.

⁶ ALVAREZ, Hugo y Betty HUARCAYA. *Delitos contra la Administración Pública*. p 448.

⁷ HURTADO POZO, José. *Interpretación y aplicación del artículo 400° del Perú: delito de tráfico de influencias*.

⁸ SAN MARTÍN, César, Carlos CARO y REAÑO José. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos procesales y sustantivos*. Lima: Jurista editores, 2002, p 32.

⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración Pública*. Lima: Iustitia, p 726.

¹⁰ ACURIO, Fátima. *El bien jurídico protegido en el tráfico de influencias simuladas, trabajo académico para optar por el grado de segunda especialidad en Prevención y Control de la Corrupción*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p.3.

en el caso de las influencias reales, el agente comunica su predisposición a interceder ante el funcionario, mientras que en la segunda modalidad, en relación a las influencias simuladas, lo que el autor hace es engañar a un tercero haciéndole creer que tiene capacidad de influir en las decisiones de un servidor¹¹. Entonces, se observa que, a pesar de que no exista una materialización del injusto penal, el perjuicio social va más allá de toda consideración individual, pues el simple acto celebrado entre el traficante y el comprador de influencias ya denota un beneficio en la esfera del primero y el ánimo en querer generar una decisión favorable –acerca de un asunto administrativo o judicial¹²– de manera ilícita. Ello genera una clara disfunción en el sistema, esto es, la normalización de recurrir a las influencias para interceda en la decisión de un funcionario o servidor público.

En tal sentido, a pesar de las diversas opiniones que ha generado constante debate acerca del bien jurídico, consideramos que la conducta delictiva enmarcada en influencias aparentes sí reviste objeto de protección. En base a criterios de Abanto Vásquez y Fátima Acurio, el bien jurídico de las influencias aparentes es la protección de la vigencia del carácter prestacional de la Administración Pública y la igualdad de los ciudadanos en el acceso a dicha administración. Este busca prevenir, principalmente, la creación de “mercados paralelos” respecto de los bienes y servicios que ofrece la Administración Pública (justicia y administrativa) a los ciudadanos¹³, puesto que, cuando una persona recurre a un tercero para ofertarle una intercesión hacia un funcionario, a pesar de que esta influencia no sea real, ello contribuye a la normalización de una concepción de desorganización del sistema de justicia. Es decir, la invocación de influencias simuladas nos traslada a un mercado paralelo, en el cual prevalece la normalización del perjuicio y desorganización de la administración, en tanto resulta una práctica usual recurrir a un tercero para que este intervenga en favor de una decisión, lo cual genera cada vez más que se utilice a la administración con fines únicamente patrimonialistas y familiares¹⁴.

Un “mercado paralelo” de servicios y bienes públicos es una manifestación de desorganización del ordenamiento del mal funcionamiento del aspecto prestacional¹⁵. Supone una intromisión de intereses privados en el ejercicio de la función pública, dejando de lado el interés general de la comunidad y el trato equitativo frente a los ciudadanos al momento de querer acceder a servicios que presta la administración. Por ello es que no se vulnera la imparcialidad del funcionario, pues no existe una influencia real, pero sí se afecta el carácter prestacional y la igualdad de los ciudadanos (que no cuentan con contactos en la administración) frente a la red de influencias que se ha generado en el funcionamiento de la administración pública.

Aunado a ello, Cabello Mohedano ha señalado que el delito de tráfico de influencias existe con el fin de asegurar la igualdad de los ciudadanos a la ley debido a que sirve de argumento adicional para cuestionar aquellos que defienden una pretendida “funcionalidad” de la corrupción, sobre la base de que ésta sería la vía para que algunas accedan a las prestaciones del Estado, a las cuales, en condiciones normales, tendrían mayor dificultad de acceder. Por tanto, el uso de influencias termina por destruir la igualdad de los ciudadanos antes la ley y fomenta el establecimiento de los “mercados paralelos”¹⁶.

En tal sentido, se debe tratar de interpretar con precisión los comportamientos considerados como hechos de corrupción, para así cumplir con los principios de legalidad y lesividad¹⁷. Es decir, se le

¹¹ MEINI, Iván. *Delitos contra la Administración Pública*. Panamá: Editora Novo Art. S.A., 2007, p.120.

¹² Se debe interpretar al elemento caso administrativo o judicial de una manera amplia, es decir, no se debe prescindir de las otras manifestaciones de la administración de justicia que no sea netamente litigioso o contencioso.

¹³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2014, p. 40.

¹⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Delitos contra la administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas*. Madrid: La Ley, 1997, p

¹⁵ ACURIO, Fátima. *El bien jurídico protegido en el tráfico de influencias simuladas*, trabajo académico para optar por el grado de segunda especialidad en Prevención y Control de la Corrupción, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora: Ingrid Díaz Castillo, 2017, pp.12-13.

¹⁶ Véase en ÁLVAREZ, Juan Carlos. *El Tráfico de influencias en el Código Penal español y colombiano*, p 30-31.

¹⁷ LOMBANA VILLALBA, Jaime. *La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*. León: Universidad de León, 2013, p. 129.

debe otorgar al bien jurídico protegido, una interpretación distinta basada en la peligrosidad que genera la mera invocación de influencias, pues el tipo penal no exige que la influencia realmente exista y se consuma cuando el agente y el tercero interesado celebran el pacto ilegal, no siendo necesario que el autor lo haga efectivo¹⁸. En efecto, el simple ofrecimiento ante un interesado en comprar dichas influencias, ya denota una falencia en el sistema de justicia. Es más, si al invocar influencias, el agente miente tan bien que genera un beneficio económico a costas del interesado, ello expresa una clara deficiencia en el funcionamiento de la administración y, además, la preferencia, por parte de la administración, de aquellos que tienen o dicen tener influencias. Se tuerce la marcha de la administración cuando se prescinde del servicio igualitario frente a cada ciudadano.

En suma, la presente interpretación del bien jurídico del tráfico de influencias aparentes ha buscado respetar el principio de lesividad y el principio de legalidad en base a la peligrosidad que existe en el servicio público y el carácter prestacional por parte de la administración ante el ciudadano. Es decir, el servicio otorgado por la administración se tergiversa una vez que se recurre a las influencias de un determinado funcionario para obtener un resultado favorable de un caso (administrativo o judicial), siendo que si son simuladas, el simple ofrecimiento ante un interesado en comprar dichas influencias ya denota una falencia en el sistema de justicia, promoviendo la desorganización de sistemas y el establecimiento de mercados paralelos, en los cuales prevalecen la red de favores entre particulares y funcionarios o exfuncionarios, generando la coincidencia de voluntades entre el agente y el tercero que importa.

Conclusión

El deficiente entendimiento del artículo 400° del Código Penal peruano se ha observado a lo largo de la jurisprudencia y pronunciamientos por parte de jueces o fiscales en una clara confusión respecto a los bienes jurídicos específicos del tráfico de influencias reales y simuladas. Respecto a estas últimas, muchos autores creen que deberían no regularse y aceptar la impunidad frente a los intervinientes del hecho delictivo, mientras otros han optado por otorgarle sus propias definiciones tales como es el prestigio y el buen nombre de la Administración. Este último concepto, sin embargo, no suele aceptarse tanto, pues parece que no existiera bien jurídico que proteger en ese caso, siendo que nuestra administración carece de prestigio. Es por ello que hemos tratado de establecer un propio concepto del bien jurídico en las influencias simuladas: la vigencia de la actividad prestacional de la Administración y la igualdad de los ciudadanos en el acceso a tal administración. Este se fundamenta en las redes que se han generado entre particulares y funcionarios, interesados y traficantes, los cuales, al momento de establecer el acuerdo, materializan la desorganización del sistema social y judicial (aspecto prestacional de la administración). Ello genera la invocación de mercados paralelos en donde no se utilizan los procedimientos regulares para obtener una decisión favorable en un asunto administrativo o judicial, sino que se recurre a la compra de influencias a través de un traficante, afectando a los ciudadanos que no cuentan con tales influencias (respecto al trato igualitario) y poniendo en peligro el carácter prestacional de la Administración Pública.

¹⁸ NAKAZAKI, César. *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica. 2016, p.13.

NOTICIAS

IDEHPUCP realizó talleres de capacitación para periodistas de Ayacucho, Cusco y Huaraz

Es necesario tener periodistas bien capacitados para que los casos de corrupción sean debidamente comprendidos por la ciudadanía. Por ello, el IDEHPUCP, con el apoyo de The National Endowment for Democracy (NED), realizó una serie de talleres en varias regiones del Perú, con el fin de fortalecer sus capacidades en investigación periodística y en una serie de temas legales relacionados a la investigación de casos de corrupción y lavado de activos.

El día 14 de setiembre, la ciudad de Huamanga fue el escenario de un taller que contó dos módulos: uno sobre financiamiento de partidos políticos, a cargo del profesor Luis Egúsquiza; y otro sobre técnicas y metodología de investigación periodística, dictado por el periodista Ernesto Cabral de Ojo Público. Los alumnos tuvieron entre sus tareas el análisis de la coyuntura local para encontrar posibles casos de investigación, e incluso llegaron a consultar fuentes dentro del desarrollo de la clase.

Semanas después, en Cusco, se realizó una nueva edición del taller que contó con la presencia de periodistas y comunicadores de diferentes medios de la región. En esta ocasión, se dictó nuevamente el módulo sobre periodismo de investigación, a cargo de Luisa García, periodista que recientemente ha ganado el Concurso de Proyectos de Investigación Transnacional del Instituto Prensa y Sociedad; y otro sobre Derecho Procesal Penal, que tuvo como docente a Joel Segura, exprocurador anticorrupción. Este evento ocurrió el día sábado 19 de octubre.

Finalmente, la ciudad de Huaraz acogió una nueva sesión de capacitación el 9 de noviembre, en la que la clase de Periodismo de Investigación fue impartida por Aramis Castro, periodista de Ojo Público; y la sesión sobre Lavado de Activos estuvo a cargo de Rafael Chanjan, abogado especialista en dicha materia y coordinador del proyecto.

Capacitaciones fuera de Lima deben seguir

Al momento de inscribirse, varios participantes manifestaron su entusiasmo por este tipo de iniciativas, señalando que les interesaría que estos talleres se dicten en más regiones del país y que haya una continuidad en las capacitaciones.

Por su parte, los docentes del curso también se mostraron a favor de continuar con estos programas formativos. “Siento que aporta a generar una tradición investigativa. De nada sirve que el periodismo de investigación peruano sea un referente a nivel latinoamericano pero que no llegue a las regiones”, señaló Luisa García, quien además encontró interesante la facilidad que tuvieron sus alumnos para identificar casos locales de corrupción. “Quizá el vivir en una comunidad más compacta hace que convivan con estas situaciones más de cerca, pero también lo asocio a la gran falta de fiscalización del poder público y privado en las regiones y la ausencia de una tradición de investigación periodística. El impulso e interés por investigar están, pero hace falta la interiorización de una metodología”, comentó.

Ernesto Cabral, que dictó un módulo en Ayacucho, también dio algunas recomendaciones para los medios que quieran trabajar temas de corrupción y lavado de activos. “Muchas veces nos acostumbramos a recoger solamente las declaraciones de personajes como jueces fiscales, pero es también importante considerar al archivo documentario como una fuente y saber recopilarlo de manera ordenada”, apuntó. También indicó que esta labor era particularmente importante en la coyuntura política del país, ya que en 2020 tendremos elecciones de congresistas, en 2021 elecciones generales y en 2022 se votará por autoridades regionales y municipales. “En ese contexto, es fundamental que los periodistas tengan nociones de corrupción y de delitos de lavado de activos”, agregó el periodista.



Taller realizado en Ayacucho
(14 de setiembre de 2019)



Taller realizado en Cusco
(19 de octubre de 2019)



Taller realizado en Huaraz
(9 de noviembre de 2019)

NOSOTROS

El IDEHPUCP, a través de su línea anticorrupción tiene como objetivo principal contribuir con la mejora de la eficacia del sistema de justicia penal en la lucha contra la impunidad de los actos de corrupción en el Perú mediante el fortalecimiento de las capacidades de operadores del sistema de justicia para la investigación y juzgamiento de actos de corrupción.

Es así que, desde enero de 2011, el IDEHPUCP ha ejecutado desde su línea anticorrupción, talleres, cursos y diplomados de capacitación dirigidos a operadores del sistema de justicia competentes en casos de delitos contra la administración pública y, además, mantiene y actualiza una plataforma virtual con información especializada en diversos temas relacionados con la prevención y sanción de la corrupción. De esta manera se busca mantener la atención de la sociedad y medios de comunicación en los casos de corrupción importantes que se vienen procesando, lo cual permite un monitoreo y vigilancia constante sobre el desempeño adecuado de los órganos encargados de investigar y procesar judicialmente dichos casos.

El Equipo Anticorrupción es integrado por:



Rafael Chanjan Documet

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga (España). Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada (España). Es investigador sénior del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP y Docente del Departamento Académico de Derecho de la misma casa de estudios.



Marie Gonzales Cieza

Estudiante en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es Asistente de Docencia del curso Instituciones del Derecho Sancionador en la misma casa de estudios. Es miembro ordinario de la Asociación IUS ET VERITAS. Entre sus áreas de interés se encuentran el Derecho Penal y Derechos Humanos.



Valquiria Ramos Obregón

Licenciada en Periodismo por la PUCP. Integró el equipo de IDL-Reporteros que exploró la sección peruana de Panama Papers, investigación internacional sobre paraísos fiscales que ganó el Premio Pulitzer de 2017 y fue organizada por el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ). Miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad de la PUCP - GRIDIS. Actualmente es consultora en comunicaciones y jefa de prácticas en la Facultad de Ciencias y Artes de la Comunicación de la PUCP.



Angela Padilla Trinidad

Bachillera en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Grupo de Investigación en Epistemología Jurídica y Estado Constitucional (GIEJEC) y adjunta de docencia del curso Filosofía del Derecho en la misma casa de estudios. Con experiencia en litigio penal sobre delitos económicos y contra la administración pública, así como en periodismo jurídico y labor editorial. Ha participado en la elaboración de un Amicus Curiae sobre los problemas jurídicos del R. N. N° 677-2016 ("Caso Petroaudios"), y en una serie de competencias interuniversitarias entre alumnos de la carrera de Derecho.