

## § 13 DELITOS DE CORRUPCIÓN

### I Corrupción, confiscación y ayuda internacional\*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Los hechos. 3. Confiscación. 4. Organización criminal. 5. A manera de conclusión.

#### 1. Introducción

La corrupción, el tráfico de drogas o de armas, el terrorismo, en países como los nuestros, alcanzan proporciones alarmantes y producen graves daños para los intereses nacionales. En el ámbito económico, implican la transferencia de las ingentes cantidades de dinero, obtenidas ilícitamente, a instituciones bancarias y financieras extranjeras. Para recuperarlas, hay que recurrir a la ayuda internacional en materia penal. La presentación de algunos aspectos de este mecanismo de cooperación es el objeto de la presente nota. Con este objeto, nos referiremos al caso peruano. La necesidad de reprimir los responsables de los numerosos delitos cometidos durante el régimen fujimorista ha puesto en evidencia el desconocimiento tanto de las normas que rigen la ayuda internacional en materia penal como de su real funcionamiento. Deficiencia de graves consecuencias para los intereses nacionales, así como para la administración de justicia en particular;

---

\* Publicado en *Ideele. Revista del Instituto de Defensa Legal*, N.º 142, noviembre, Lima, 2001, p. 22.

y respecto a la cual las instituciones encargadas de la formación de juristas y de jueces tienen una gran responsabilidad.

## 2. Los hechos

De las innumerables denuncias que han sido hechas ante los órganos judiciales peruanos resulta que Vladimiro Montesinos, sin ejercer oficialmente una función pública determinada, organizó y dirigió el Servicio Nacional de Inteligencia del Perú con el aval del presidente de la República y de los gobiernos que se sucedieron. Utilizando esta organización estructurada y secreta, ejecutó y fomentó la comisión de diversas actividades contrarias a los derechos fundamentales y constitutivas de infracciones penales (tráfico de armas, corrupción, tráfico de drogas, defraudaciones, agresiones, etc.). De esta manera, obtuvo ingentes cantidades de dinero; las mismas que empleó, por ejemplo, para corromper funcionarios, financiar medios de comunicación, llevar a cabo campañas políticas, atacar y aniquilar a la oposición. Parte importante de estas sumas ilegalmente obtenidas, las envió al extranjero, donde fueron depositadas, con la ayuda de terceros, en diversas cuentas corrientes bancarias abiertas ya sea a su nombre o a nombre de terceros.

En Zurich, Suiza, un procurador, sospechando el origen ilícito de diversas sumas de dinero e igualmente que el verdadero propietario era Montesinos, inició un procedimiento penal por delito de lavado de dinero. Para evitar que el dinero depositado en bancos suizos sea transferido al extranjero, dispuso el bloqueo de las cuentas bancarias respectivas.

Con la finalidad de avanzar en la investigación, el procurador suizo, a través de las vías administrativas correspondientes, solicitó ayuda a las autoridades competentes peruanas. A su vez, estas iniciaron diversos procesos penales y pidieron también ayuda a las autoridades helvéticas. Con la finalidad de avanzar en la investigación, el procurador suizo, a través de las vías administrativas correspondientes, solicitó ayuda a las autoridades peruanas competentes. A su vez, estas iniciaron diversos procesos penales y pidieron también ayuda a las autoridades helvéticas. A Suiza interesa, primero, reunir los elementos suficientes para afirmar que, en su territorio, se ha blanqueado dinero e individualizar a los posibles responsables; segundo, obtener ayuda internacional penal de parte de las autoridades peruanas; tercero, precisar el origen ilícito del dinero depositado en los bancos suizos para determinar si procede o no ordenar el decomiso o la confiscación del mismo. Este último interés está directamente vinculado al problema del destino de los valores patrimoniales ilícitos, objeto o producto de la actividad delictuosa. Problema que depende de si las autoridades suizas son

competentes tanto para perseguir los delitos como para decomisar y/o confiscar los bienes ilícitos que se encuentran en su territorio.

### 3. Confiscación

Según el artículo 59 del Código Penal suizo<sup>1</sup>, tratándose de valores patrimoniales, la confiscación procede cuando constituyen el resultado de un delito o están destinados a incitar un tercero para que se decida a cometer un delito o a recompensarlo por haberlo cometido. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal y la mayor parte de los juristas, las autoridades suizas solo pueden aplicar esta disposición cuando son competentes para reprimir al responsable del delito en cuestión. Esta competencia depende, por una parte, de que el delito haya sido cometido en Suiza o de que, cuando haya sido ejecutado en el extranjero, el autor o la víctima sean de nacionalidad suiza. Así mismo, cuando Suiza se haya comprometido a reprimir el delito mediante una convención internacional, sin interesar el lugar de comisión, ni la nacionalidad de la víctima o del autor. Muy raras son las excepciones a esta dependencia de la confiscación de valores patrimoniales ilícitos con relación a la competencia para reprimir al delincuente. Un buen ejemplo es la excepción establecida en el artículo 24 de la Ley federal sobre estupefacientes. Según esta disposición, “los beneficios pecuniarios ilícitos que se encuentran en Suiza pertenecerán igualmente al Estado cuando el delito hubiera sido cometido en el extranjero”.

Las autoridades penales suizas no son competentes para reprimir los delitos de corrupción, tráfico de drogas o de armas cometidos en el Perú, ya que no existe ningún elemento que los vincule con Suiza (nacionalidad del autor o de la víctima, etc.). En consecuencia, tampoco son competentes para confiscar los valores patrimoniales resultantes de dichos delitos cometidos fuera de Suiza. Por el contrario, son competentes plenamente en caso de blanqueo de dinero, en razón de que el delito ha tenido lugar en su territorio (los valores ilegales han sido depositados a nombre de un tercero en Suiza). El bloqueo del dinero en las cuentas bancarias procede en aplicación del artículo 59. Aún en relación con el lavado de dinero, la cuestión no es tan simple. Dificultades se presentan por la manera

---

1 TRECHSEL, Stephan, *Kurzkommentar, Schultez*, Zürich 1989; ZIMMERNANN, Robert, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Staempfli, Berne, 1999; BERNASCONI, Paolo, “Les obstacles à la coopération judiciaire contre la criminalité organisée in Quelle politique pénale pour l’Europe?”, en BERNASCONI, *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, Nápoles, 1995; HARARI, Maurice, “Remise internationale d’objets et de valeurs: réflexions à l’occasion de la modification de l’EIMP”, en *Etudes en l’honneur de Dominique Poncet*, Genève, 1997; CASANI, Ursula, “Le droit pénal suisse face à la corruption de fonctionnaires”, en *Plädoyer* 3/1997.

como este delito ha sido definido en el artículo 305bis del Código Penal suizo. De conformidad con esta norma, el lavado de dinero consiste en obstaculizar la determinación del origen, el descubrimiento o la confiscación del producto de un crimen cometido en Suiza o en el extranjero. De lo que se trata es entonces de sancionar, por un lado, a quien obstaculiza la labor de las autoridades destinadas a establecer la relación entre el crimen previo al blanqueo y su producto que es el objeto del lavado y, por otro lado, a quien dificulta que el producto del delito caiga en manos de las autoridades.

En caso de depósitos de valores ilegales en cuentas bancarias en Suiza, la jurisprudencia y la doctrina predominante afirman que no se realiza el crimen de blanqueo de dinero cuando el delincuente hace esos depósitos en cuentas bancarias abiertas a su verdadero nombre. El crimen es, por el contrario, realizado cuando estas cuentas figuran a nombre de terceros. Por lo tanto, si el procesado depositó los valores patrimoniales obtenidos mediante su actividad delictuosa a su nombre en bancos suizos, no cometa lavado de dinero. Tampoco incurriría en simulación de bienes ilícitos ya que, según la legislación suiza, este delito solo se da cuando los valores simulados son el fruto de delitos contra el patrimonio.

Además, la aplicación del artículo 305bis plantea otro problema de interpretación, de cuya solución depende la amplitud de su aplicación. La cuestión es de saber si el comportamiento delictuoso cometido en el extranjero y al origen de los valores ilegales constituye o no un “crimen” tanto en Suiza como en el país donde se cometió (en nuestro ejemplo, el Perú).

Si el delito preliminar al blanqueo fue, por ejemplo, un homicidio, una estafa, una falsificación de documentos se puede afirmar que el responsable puede ser reprimido tanto en el Perú, donde delinquiró, como en Suiza, de haber actuado en este país. Se trata pues de crímenes que tanto formal como concretamente son punibles en ambos países. Los actos de blanqueo del fruto pecuniario de estos delitos, cometidos depositándolo en cuentas bancarias en Suiza, caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 305bis y, por lo tanto, sus autores pueden ser perseguidos penalmente por las autoridades suizas y los valores ilegales, confiscados. Pero, si el crimen, producto de los valores ilegales, es el de corrupción, el blanqueo de dinero no se da. Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, las disposiciones del Código suizo que reprimen los casos de corrupción no son aplicables cuando el funcionario es un extranjero, ya que dichas normas solo tienen la finalidad de proteger el buen funcionamiento de la administración helvética. Por consiguiente, el depositar en Suiza las sumas de dinero obtenidas por un funcionario corrupto no constituye blanqueo de dinero. Por lo tanto, el dinero no puede ser confiscado.

Para remediar estas insuficiencias, se ha propuesto una interpretación diferente del artículo 59 del Código suizo. La finalidad es admitir que se puede confiscar valores ilegales independientemente de que las autoridades suizas sean o no competentes para reprimir a los responsables de los delitos que los han producido. De manera que la doble incriminación sería determinada por el simple hecho que formalmente las dos legislaciones (la suiza y la peruana) reprimen penalmente el comportamiento al origen de dichos valores, sin que sea por tanto indispensable que las autoridades suizas puedan realmente perseguir a los delincuentes. Esta interpretación no sería incompatible con la legislación suiza en la medida en que se admite, por ejemplo, la confiscación sin que la autoridad suiza sea competente para reprimir el delito en cuestión (artículo 24 de la Ley federal sobre estupefacientes, antes citado) y los acuerdos entre los Estados sobre la repartición de los valores patrimoniales decomisados (*sharing*). Esta propuesta ha encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia, pero el Tribunal Federal no ha tomado posición clara en su favor; lo que significa que los jueces federales mantienen el criterio de que la confiscación (artículo 59) solo procede si la jurisdicción suiza es competente para reprimir al delincuente.

#### **4. Organización criminal**

De la manera como el responsable material del Servicio de Inteligencia Nacional ha organizado y dirigido las actividades delictuosas, que son imputadas tanto a él como a los miembros bajo su control, surge la posibilidad que haya incurrido en crimen de pertenecer o apoyar una organización criminal. En esta perspectiva, hay que tener en cuenta que las personas que intervinieron lo hicieron en el marco de una organización estructurada de manera secreta, la misma que tenía la finalidad de realizar actos violentos y fraudulentos para obtener beneficios indebidos. En este caso, según el artículo 59, inciso 3, del Código suizo, se presume que todo valor patrimonial del que disponga la organización criminal, primero, es de origen delictuoso y/o, segundo, que servirá a cometer nuevos delitos, por lo que debe ser confiscado. En este sentido, es considerado también como sometido al poder de la organización criminal, todo valor que pertenezca a una persona que ha participado en la organización criminal o la ha apoyado, salvo prueba en contrario. De allí el interés de precisar si ha existido una organización criminal.

#### **5. A manera de conclusión**

Es evidente que la realidad es más compleja que la descrita en esta nota y el mecanismo judicial (nacional e internacional) más complicado que la imagen

resultante de nuestras sucintas explicaciones. Sin embargo, creemos que estas pueden ser útiles para comprender algunos aspectos de los problemas relativos a la recuperación de las sumas de dinero bloqueadas en los bancos suizos. Esta no depende de la simple buena voluntad de las autoridades suizas, tampoco bastan los esfuerzos entusiastas de las autoridades peruanas, ni una campaña de imagen y relaciones públicas mediante la prensa. Depende de los resultados que se alcancen en los procesos judiciales tendientes a establecer la comisión de los delitos, la responsabilidad de los procesados y el vínculo entre dichas sumas de dinero y la actividad delictuosa de la que provienen. En cuanto al Perú, como para cualquiera de nuestros países que enfrente un problema parecido, esperamos, para bien del Estado de derecho y de las arcas nacionales, que los encargados de tan difícil y compleja tarea hayan contado y cuenten con la suficiente información y capacidad para iniciar y orientar las diversas vías procesales y administrativas que pueden llevar a recuperar una buena parte de dichos caudales.

## II

### Corrupción en el Perú: breve reseña histórica\*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Ejemplos históricos. 3. Estado y corrupción. 4. Situación actual. 5. Bibliografía sucinta.

#### 1. Introducción

Ante todo recordemos que, entre sus diversos significados, las palabras “corromper” y “corrupción” poseen una connotación significativa moral. Así, la primera significa tanto echar a perder, depravar, como sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona, con dádivas o de otra manera. Corrupción designa, de un lado, la acción y efecto de corromper o corromperse y, de otro lado, el vicio o abuso introducido en las cosas no materiales (Diccionario de la Real Academia de la lengua española).

Cuando empleamos corrientemente el término “corrupción”, pensamos entonces en el conjunto de comportamientos inducidos que crean un estado particular de funcionamiento irregular de las diversas instancias del Estado. Situación que implica, en particular, la alteración o la modificación (cualitativa o cuantitativa) de las vías por las cuales el poder político se manifiesta normalmente. El Estado es incapaz para responder a las exigencias de la sociedad, sus respuestas no corresponden a las expectativas de los grupos sociales o de los individuos o no respetan el procedimiento debido. Muchas veces, aun cuando este procedimiento es respetado y la respuesta es la adecuada, la intervención del

---

\* Publicado bajo el seudónimo de José DU PUTT, en *Anuario de Derecho Penal* 1995, Lima, 1995, pp. 101 y ss.

Estado genera, a causa de la corrupción, resultados diferentes de los que deberían producirse regularmente.

Los medios a través de los cuales la corrupción es provocada son irrelevantes: pagos ilegales, chantaje, extorsión, connivencia, exacción. Es igualmente indiferente el hecho que aquellos que participan en la corrupción se encuentren dentro o fuera de la administración del Estado. Lo que es decisivo para caracterizar la corrupción es la valoración que permite considerar que la actuación o la intervención del Estado no es conforme, ni en el fondo ni en la forma, a las normas establecidas previamente y de acuerdo con las vías regulares.

En la medida en que existe de manera generalizada en todos los niveles del aparato administrativo del Estado, la corrupción no produce necesariamente la descomposición del Estado, situación caracterizada por el desorden y la desorganización.

Para comprender mejor el fenómeno social de la corrupción nos parece oportuno considerar dos tipos de corrupción: de una parte, la corrupción directa y, de otra parte, la corrupción institucionalizada. Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente. Dichos comportamientos están frecuentemente tipificados como delitos o faltas y los responsables deben ser, en principio, objeto de procesos penales.

Esta percepción directa y personal de la corrupción es posible, sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las tareas de los funcionarios y servidores en este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios. En cuanto a la corrupción institucionalizada se tiene en cuenta, primero, la distorsión significativa que existe entre la sociedad que formula exigencias y el Estado que no puede o no quiere responder convenientemente a las mismas.

Luego, se señala que esta situación se debe a la actuación de agentes no identificados cuyo objetivo es desnaturalizar o perturbar el funcionamiento de los órganos del Estado. Este se ve debilitado y deviene ineficaz. Este fenómeno resulta de una ausencia de valores o de su violación frecuente; vale decir de una anomía social. Estos dos elementos (actuación irregular y anomía) se influyen y refuerzan recíprocamente.

Este tipo de corrupción se caracteriza entonces por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es difícil establecer un vínculo entre las causas y los efectos y de hacer una diferenciación entre lo correcto e incorrecto, lo moral y lo inmoral. Dicha corrupción es percibida, por ejemplo, cuando desde la perspectiva estructural global, se constata que deter-

minados mecanismos del Estado no funcionan correctamente, sin que se llegue a precisar la causa o a individualizar a los responsables.

## 2. Ejemplos históricos

Para tratar de comprender el fenómeno de la corrupción en un país como el Perú, consideramos oportuno comenzar por citar algunos ejemplos tomados del periodo republicano. El primero se refiere a las guerras de la independencia. Estas fueron financiadas, de una parte, por capitales extranjeros, principalmente ingleses y, de otra parte, por la confiscación de bienes y la imposición de contribuciones pecuniarias a determinados sectores de la población. Al finalizar estas guerras, el nuevo gobierno republicano tuvo que reconocer como deuda nacional interna, el valor de los bienes expropiados por el ejército libertador. Para cumplir con esta obligación, el gobierno recurrió sea a los créditos extranjeros, sea a los beneficios producidos por las riquezas naturales del país. En el primer caso, la deuda interna se transformó en deuda externa; mientras que en el segundo, implicó una distribución indebida del patrimonio de la nación. En el plano económico, la deuda interna se pagó mediante la instauración de un proceso tendiente a la creación de capitales nacionales a fin de promover la industria, la agricultura y el comercio. En realidad, el reconocimiento y pago de la deuda interna, constituyeron un caso escandaloso de corrupción: la existencia de acreencias y su monto no fue objeto de un control mínimo. El Estado fue de este modo engañado; se le defraudó con la participación interesada de sus propios órganos.

El segundo ejemplo concierne a la explotación del guano. Durante la segunda mitad del siglo XIX, esta riqueza natural era explotada por un sistema de concesiones que el Estado otorgaba a los particulares. El favoritismo, la influencia política, los vínculos de parentesco (nepotismo) eran los criterios decisivos para obtener el derecho de explotar y exportar guano. Estos privilegios eran dispensados y distribuidos ilegalmente por los políticos que se sucedían en el gobierno. Esta riqueza no fue en consecuencia utilizada para desarrollar la industria, la agricultura o el comercio. Así, una clase minoritaria se enriqueció en detrimento de la mayoría de la población. Después de la dilapidación de esta riqueza, el país se sumió nuevamente en la pobreza.

Citemos otros dos ejemplos de corrupción institucionalizada en el Perú del siglo XX. En los años 70, gracias a la corriente marítima de Humboldt, rica en plancton, el mar peruano contenía una gran riqueza pesquera. La pesca y la fabricación de la harina de pescado se convirtieron en una gran industria. El Perú llegó a ser el primer productor a nivel mundial. Los industriales nacionales y extranjeros se enriquecieron enormemente y el Estado peruano obtuvo grandes

ingresos. Estos fueron dilapidados por el Estado como si se tratara de un patrimonio inagotable.

Dichos recursos sirvieron para conceder ventajas, para satisfacer a los seguidores, para contentar a los militares. Sin embargo, la pesca industrial al no respetar el ciclo de reproducción de los peces determinó la extinción tanto de estos como de la industria de la harina de pescado. Por lo demás, el fin de este periodo estuvo marcado por el asesinato del pionero de esta industria, lo que provocó un escándalo político y financiero.

La corrupción institucionalizada resulta también del tráfico de drogas en razón a que el Perú es no solamente uno de los primeros productores de la hoja de coca sino también donde se elabora la pasta básica de cocaína. El poder económico de esta actividad ilícita permite a los traficantes adquirir una influencia política significativa a todos los niveles del Estado y de la organización social. Ministros y altos funcionarios de la policía han estado directamente implicados en el tráfico o en la protección de la red de traficantes. Esta infiltración en todos los engranajes de la sociedad hace que no sea posible distinguir la riqueza proveniente de una actividad legal o del tráfico de drogas. El funcionamiento de la economía se ve completamente distorsionado por el flujo de dinero sucio producido por el tráfico de drogas, al punto de condicionar la política económica de todo gobierno.

Esta situación se puso en evidencia cuando la mafia colombiana asesinó al ministro colombiano de Justicia, hecho que dio lugar a que el gobierno colombiano intensificara la guerra contra el tráfico de drogas. Con este objeto, se cerró la frontera peruana con Colombia y se bloquearon las pistas de aterrizaje clandestinas. Esto generó un cese del flujo de dólares colombianos provenientes del tráfico de drogas en el mercado peruano y, en consecuencia, la subida del curso del dólar y la devaluación de la moneda nacional. Frente a este fenómeno y, tal vez, para tranquilizar el país, el presidente de la República de aquel entonces declaró que la crisis monetaria cesaría cuando volvieran a ingresar, al país, dólares de Colombia. En cierto modo, el mismo Estado admitía el lavado del dinero sucio mediante el tráfico de divisas. El funcionamiento del mercado paralelo de divisas se explica, fuera de las causas económicas, por la corrupción de funcionarios, de jueces, de la policía y de los agentes económicos (bancos, agencias de cambio [...]).

### **3. Estado y corrupción**

La corrupción, como todo fenómeno social, no puede ser comprendido sin considerar la perspectiva histórica. En particular, el origen y la evolución del Esta-

do. El Estado colonial era un Estado corporativo. Su organización política estaba sustentada en el principio que el rey otorgaba a sus vasallos españoles el poder de administrar el patrimonio conquistado. La conquista de tierras era ratificada por la conclusión de una “capitulación”. Por este acto formal, el rey otorgaba a los conquistadores el poder de tomar posesión, en nombre de la Corona, de las nuevas tierras y de las personas que las habitaban, de incorporarlas a los dominios del rey a cambio del privilegio de explotarlas. Estas ventajas eran concedidas por el rey en contrapartida a los servicios que el beneficiario le había rendido o había prometido rendirle en el futuro. Este debía entregarle al rey los tributos y ser leal a la Corona. Así, una relación de tipo señor-vasallo se constituyó entre el rey y los vasallos, la misma que se reproducía en todos los niveles de la jerarquía social.

En efecto, en el marco de esta relación de orden patrimonial, el acceso a todo recurso económico debía ser objeto de un pedido ante una autoridad que tenía el poder de concederlo. Esta concesión era considerada como un favor que debía ser compensado por un servicio de orden personal.

Los funcionarios reales eran convertidos en cuasi propietarios de los bienes que administraban en favor del rey. El clero, los miembros de la Inquisición y del Tribunal de comercio colonial, los poseedores de minas, los propietarios de inmuebles, los corregidores, consideraban que sus obligaciones públicas eran en realidad derechos privados.

Esta organización del Estado colonial fue el resultado de una larga evolución. Desde el comienzo de la conquista, la Corona buscó delimitar y controlar el poder de los conquistadores que se repartían el botín de la guerra, constituido no solo por el oro y la plata, sino sobre todo por la tierra de los indios. Los conquistadores se convirtieron en señores feudales. Tenían cierta autonomía con relación con la Corona y un poder absoluto sobre los indios. Constituían un grupo social sólido.

De esta manera una sociedad caracterizada por una relación señor-vasallo de honor y aristocracia se reproduce. Pero la armonía aparente que reinaba entre los conquistadores fue destruida por las guerras civiles, motivadas por la lucha por el poder y los privilegios. Dicho estado de cosas decidió a la Corona a organizar un poder central representativo de sus intereses y por encima de los encomenderos. Esta empresa culminó con la fundación del Virreinato del Perú: el poder de los conquistadores-encomenderos fue reemplazado por el del virrey y los funcionarios.

El poder colonial se consolidó sobre la base de una administración centralizada y jerarquizada. Los encomenderos devinieron “corregidores” de los indios,

encargados de administrar justicia y de representar al virrey en sus jurisdicciones. En tanto que rentistas, los encomenderos orientaron sus actividades hacia la agricultura, las minas y el comercio.

La implantación de la burocracia colonial se explica por la fuerte inmigración de españoles. Cada nuevo virrey que desembarcaba era acompañado por un grupo numeroso de españoles a la búsqueda de una “encomienda”, de un cargo en la administración u otros privilegios. A medida que la Corona monopolizaba el poder y las riquezas (tierras, minas, etc.) se transformaba en distribuidora principal de privilegios y cargos honoríficos. El prestigio social consistía entonces en poseer un puesto en la administración.

Sin embargo, a pesar de la centralización de la administración colonial, los funcionarios locales, los comerciantes ricos, los eclesiásticos, los grandes propietarios de tierras resistían. En efecto, ellos impedían frecuentemente la aplicación de los decretos, ordenanzas y leyes dictadas por la Corona. Compartían con la burocracia colonial las ventajas del principio según el cual la ley se acata pero no se cumple. Por ejemplo, los corregidores, los administradores, los notarios quedaban fuera de las leyes que limitaban sus derechos; se consideraban, por tanto, propietarios por el hecho que habían comprado sus cargos. De esta manera, los diversos grupos detentadores del poder, frecuentemente con intereses opuestos, provocaron la privatización del gobierno y la formación de sectores oligárquicos. Estos aceptaban su situación con relación a la monarquía, pero disputaban permanentemente el poder con la administración central mediante el mantenimiento constante de una corrupción generalizada. En resumen, la estructura política colonial, por su carácter corporativo y discriminatorio, provocó una divergencia de intereses sociales e impidió la formación de una identidad nacional.

A fines del siglo XVIII, según Julio Cotler, el Arzobispo de Michoacán Manuel Abad y Quipó —después de haber señalado que la sociedad colonial estaba formada por españoles bastante ricos e indios, negros y mestizos bastante pobres— afirmó: “Por consiguiente resulta entre ellos y la primera clase aquella oposición de intereses y de afectos que es regular entre los que nada tienen y los que lo tienen todo, entre los dependientes y los señores. La envidia, el robo, el mal servicio de parte de unos; el desprecio, la usura, la dureza, de parte de los otros. Estas resultas son comunes hasta cierto punto, en todo el mundo. Pero en América suben a muy alto grado, porque no hay graduaciones; son todos ricos o miserables, nobles o infames [...]. En este estado de cosas ¿qué intereses pueden unir a estas dos clases con la primera y a todas tres con las leyes y el gobierno? La primera clase tiene el mayor interés en la observancia de las leyes que le aseguran y protegen su vida, su honor y su hacienda o sus riquezas contra los insultos de la

envidia y los asaltos de la miseria. Pero las otras dos clases, que no tienen bienes, ni honor, ni motivo alguno de envidia para que otro ataque su vida y su persona ¿qué aprecio harán ellas de las leyes que solo sirven para medir las penas de sus delitos? ¿Qué afección, qué benevolencia pueden tener a los ministros de la ley que solo ejercen su autoridad para destinarlos a la cárcel, a la picota, al presidio o a la horca? ¿Qué vínculos pueden estrechar a estas clases con el gobierno, cuya protección benéfica no son capaces de comprender?”.

Una vez instalada la República, la deterioración del orden patrimonial de la Colonia provocó la pérdida de la legitimidad política del grupo social dominante y la destrucción del aparato de producción. Esto reforzó a los grupos de poder local y regional frente al poder central “nacional” bastante débil. En este contexto, los jefes militares rodeados por pequeños grupos de partidarios ocuparon el primer plano de la escena política. Era suficiente tener un poco de dinero para organizar un grupo armado y hacerse del poder. A lo largo del siglo XIX, se establece un vínculo estrecho entre los grupos oligárquicos y las fuerzas militares. Este fenómeno determinó el perfil político y económico de la nueva República.

La desaparición de la burocracia colonial, la partida de los españoles y la eliminación de los criollos, partidarios de la Corona, dieron lugar al ascenso de las clases medias al poder. El desempleo debido a la parálisis del sector productivo empujó a los sectores pobres a buscar en la actividad militar y política la solución a sus problemas personales. Sus miembros se transformaron en soldados, funcionarios o ideólogos al servicio del caudillo militar en el poder. Desde allí podían obtener ventajas y escalar en la jerarquía social. Al mismo tiempo, los jefes militares buscaron acercarse a la población para ampliar su poder y su base social. Así se reconstituye la relación “señor-vasallo”, que era propio del sistema colonial, en tanto base política de la organización social de la República en formación.

Así, el Estado republicano se convierte, igualmente, en un Estado patrimonial basado en la relación personal entre el señor y sus vasallos, entre el presidente o dictador y los ciudadanos. El tesoro público era administrado y distribuido como un patrimonio personal. Los beneficiarios recibían estas ventajas en pago de los servicios personales que realizaban en favor de quien detentaba el poder.

Uno de los objetivos del nuevo Estado peruano fue la reestructuración de los diversos grupos sociales. Esta orientación se evidenció en la voluntad política de constituir un Estado para todos los peruanos. En realidad, los grupos dominantes, social y económicamente, han utilizado el Estado para realizar una política paternalista caracterizada por la distribución de ventajas pecuniarias, sinecuras y privilegios.

La mayor parte de la riqueza producida u obtenida por el país ha alimentado las arcas de los grupos sociales dominantes. La población en su mayoría no ha recibido más que servicios sociales elementales (sanidad, educación), mediante un sistema burocrático que se ha visiblemente deteriorado. En razón de la crisis económica y política, el Estado no cumplió satisfactoriamente su función tradicional, sobre todo con respecto a los sectores sociales menos favorecidos. No sorprende, en consecuencia, que la mayor parte del pueblo haya considerado al Estado como una entidad que le es hostil o simplemente enemiga.

El Estado es percibido como un botín que es de conquistar y aprovechar. Para los grupos dominantes se trata de continuar gozando de las ventajas que representa controlar el Estado y para las otras clases sociales de utilizar al Estado en su lucha cotidiana por la supervivencia. Una mentalidad utilitaria e inmoral se ha desarrollado, los comportamientos son valorados positivamente en la medida que sean idóneos para alcanzar una ventaja, un privilegio o un provecho cualquiera prescindiendo de las normas sociales o jurídicas. La emancipación no ha constituido, por ende, una ruptura real y profunda con el sistema colonial.

#### **4. Situación actual**

Ante la imposibilidad de describir, aun de manera esquemática, la amplitud e intensidad actuales de la corrupción en la sociedad y Estado peruanos, nos limitaremos a señalar algunos de sus aspectos. Respecto a la administración pública y en razón al origen y evolución del aparato estatal, no sorprende que los empleados y funcionarios públicos sean considerados como personas incapaces de solucionar los problemas nacionales y que actúan frecuentemente motivados por la obtención de beneficios indebidos. Los ejemplos de corrupción en la administración pública son numerosos. Tienen relación con el funcionamiento de las licitaciones y adjudicaciones; la defraudación de los fondos públicos o de los recursos humanos y materiales del Estado, así como con el fraude fiscal.

Un caso notorio de corrupción institucionalizada es el de la administración de justicia. Todo empleado, funcionario o juez es considerado susceptible de ser sobornado. Lo mismo, a todo procedimiento o decisión se le atribuye un precio determinado. En las zonas rurales, la administración de justicia está estrechamente ligada al poder local. Los campesinos e indígenas no tienen las mismas posibilidades de acceder a la justicia. En la administración de justicia, no se distinguen claramente los pagos ilícitos de los que no lo son; el abogado es un intermediario necesario para encontrar una “solución” y no un auxiliar de la justicia; los peritos son pagados por las partes interesadas ya que el Estado no tiene los medios para hacerlo.

La descomposición moral de la policía es probablemente uno de los hechos que más ha marcado la conciencia social. Actualmente la población tiene la sensación que la policía no cumple su función de proteger a las personas, los bienes y la seguridad pública. En efecto, no solamente esta es ineficaz sino que sus miembros son con frecuencia autores de delitos graves (tráfico de drogas, robos, secuestros, chantajes, lesiones, homicidios, etc.). Es frecuente, por ejemplo, que los campesinos y comerciantes paguen gratificaciones a los policías para asegurar su protección o evitar amenazas.

La crisis económica, el tráfico de drogas y el terrorismo han agravado la situación. Los bajos sueldos favorecen la corrupción no solo de los agentes o subalternos sino también de los mandos superiores. El ejemplo más claro es el de la colusión de oficiales de alta graduación con malhechores y traficantes de drogas. Estos han logrado infiltrar a la Policía así como a otros sectores del Estado.

Esta revisión esquemática, nos permite confirmar que la corrupción es un fenómeno social de orden político y económico. Su explicación no puede hacerse sin indagar sus orígenes en la historia de cada sociedad. No se puede pretender darle una respuesta única. Esta afirmación evidente nos permite rechazar la idea, bastante extendida entre los juristas y políticos latinoamericanos, que considera al derecho y, en particular, al derecho penal como el instrumento eficaz de lucha contra la corrupción. La elaboración de leyes penales cada vez más severas, las reformas del sistema judicial, resultan siendo, al final de cuentas, medios tendientes a ocultar una realidad que se desea conservar para mejor aprovechar de ella. Como en el periodo colonial, “la ley se acata, pero no se cumple”. La solución es, por tanto, más de orden político y social que jurídico penal.

## 5. Bibliografía sucinta

Las obras que se mencionan en seguida han servido de fuentes de información directa, sin que las referencias a las mismas aparezcan como notas de pie de página.

BURGA, Manuel y Alberto FLORES GALINDO, *Apogeo y crisis de la República Aristocrática*, Lima, 1980.

CARMAGNANI, Marcello, *Estado y sociedad en América Latina 1850-1930*, Barcelona, 1984.

COTLER, Julio, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, 4.<sup>a</sup> ed., IEP Ediciones, Lima, 1987.

DE SOTO, Hernando, *El otro Sendero*, Lima, 1986.

- KALBER, Jeffrey, *Ética, abusos de poder y corrupción en el Perú. Una perspectiva histórica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fundación Tinker, Lima, 1987.
- MATOS MAR, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1983.
- PÁSARA, Luis, *Derecho y sociedad*, El Virrey, Lima, 1988.
- PEASE, Franklin, G. Y., *Perú. Hombre e historia. Entre el siglo XVI y el XVIII*, vol. II, Lima 1992.
- STEIN, Steve y Carlos MONGE, *La crisis del Estado patrimonial en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1988.

### III

## Corrupción, lavado de dinero y confiscación\*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El procedimiento penal en Suiza. 3. Qué debería pasar con los valores patrimoniales ilícitos. 4. Las trabas, los problemas. 5. Una nueva interpretación como solución posible. 6. Finalmente, los procesos judiciales lo decidirán todo.

### 1. Introducción

¿Cómo recuperar para el Perú la suma de dinero que, por provenir de la corrupción del anterior régimen, actualmente está bloqueada en los bancos suizos? Pistas para una ruta adecuada aunque no simple, son planteadas por Hurtado Pozo, quien tiene la virtud de conocer bien tanto el ordenamiento legal peruano como el suizo, país este último en el que se desempeña como profesor de Derecho en diversas universidades.

De las innumerables denuncias que se han hecho ante los órganos judiciales, resulta que Vladimiro Montesinos, sin ejercer oficialmente una función pública determinada, organizó y dirigió el Servicio de Inteligencia Nacional con el aval del presidente de la República. Utilizando esta organización secreta, ejecutó y fomentó la comisión de diversas actividades contrarias a los derechos fundamentales y constitutivas de infracciones penales (tráfico de armas, corrupción, tráfico de drogas, defraudaciones, agresiones, etcétera).

---

\* Publicado en *IDEELE, Revista del Instituto de Defensa Legal*, N.º 142, noviembre de 2001, p. 22 ss.

## 2. El procedimiento penal en Suiza

Así obtuvo ingentes cantidades de dinero que empleó, por ejemplo, para corromper funcionarios, financiar medios de comunicación, llevar a cabo campañas políticas y atacar y aniquilar a la oposición. Parte importante de estas sumas ilegalmente obtenidas la envió al extranjero, donde fue depositada, con la ayuda de terceros, en diversas cuentas corrientes abiertas ya sea a su nombre o a nombre de otros.

En Zurich, Suiza, un procurador, sospechando el origen ilícito de diversas sumas y que el verdadero propietario era Montesinos, inició un procedimiento penal por delito de lavado de dinero. Para evitar que lo depositado en bancos suizos fuese transferido al extranjero, dispuso el bloqueo de las cuentas bancarias respectivas.

Con la finalidad de avanzar en la investigación, el procurador suizo, a través de las vías administrativas correspondientes, solicitó ayuda a las autoridades peruanas competentes. A su vez, estas iniciaron diversos procesos penales y pidieron ayuda a las autoridades helvéticas.

A Suiza le interesa, primero, reunir las pruebas suficientes para establecer que en su territorio se había blanqueado dinero e individualizar a los posibles responsables; segundo, obtener ayuda internacional penal de las autoridades peruanas; tercero, precisar el origen ilícito del dinero depositado en sus bancos para determinar si procede o no ordenar su decomiso o confiscación.

## 3. Qué debería pasar con los valores patrimoniales ilícitos

Este último interés está directamente vinculado al problema del destino de los valores patrimoniales ilícitos, objeto o producto de la actividad delictuosa. Problema que depende de si las autoridades suizas son competentes tanto para perseguir los delitos como para decomisar o confiscar los bienes ilícitos que se encuentran en su territorio.

Según el artículo 59 del Código Penal suizo, tratándose de valores patrimoniales, la confiscación procede cuando estos son resultado de un delito o están destinados a incitar a un tercero para que se decida a cometer un delito o a recompensarlo por haberlo cometido. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal y de la mayor parte de los juristas, las autoridades suizas solo pueden aplicar esta disposición cuando son competentes para reprimir al responsable del delito en cuestión. Esta competencia depende, por una parte, de que el delito

haya sido perpetrado en Suiza o de que, cuando haya sido cometido en el extranjero, el autor o la víctima sean de nacionalidad suiza. Asimismo, cuando Suiza se haya comprometido a reprimir el delito mediante una convención internacional, sin interesar el lugar de comisión ni la nacionalidad de la víctima o del autor. Son muy raras las excepciones a esta dependencia de la confiscación de valores patrimoniales ilícitos con relación a la competencia para reprimir al delincuente.

Un buen ejemplo es la excepción establecida en el artículo 24 de la Ley Federal sobre estupefacientes. Según esta disposición, “los beneficios pecuniarios ilícitos que se encuentran en Suiza pertenecerán igualmente al Estado cuando el delito hubiera sido cometido en el extranjero”.

#### 4. Las trabas, los problemas

En el caso que hemos supuesto inicialmente, las autoridades penales suizas no son competentes para reprimir los delitos de corrupción, tráfico de drogas o de armas cometidos en el Perú, ya que no existe ningún elemento que los vincule con Suiza (nacionalidad del autor o de la víctima, etcétera). En consecuencia, tampoco son competentes para confiscar los valores patrimoniales resultantes de dichos delitos cometidos fuera de Suiza. Por el contrario, lo son plenamente en caso de blanqueo de dinero, en razón de que el delito ha tenido lugar en su territorio (los valores ilegales han sido depositados a nombre de un tercero en Suiza). El bloqueo del dinero en las cuentas bancarias procede en aplicación del artículo 59.

Aun en relación con el lavado de dinero, la cuestión no es tan simple. Se presentan dificultades por la manera como este delito ha sido definido en el artículo 305bis del Código Penal suizo. De conformidad con esta norma, el lavado de dinero consiste en obstaculizar la determinación del origen, el descubrimiento o la confiscación del producto de un crimen cometido en Suiza o en el extranjero. De lo que se trata es entonces de sancionar, por un lado, a quien obstaculiza la labor de las autoridades, destinada a establecer la relación entre el crimen previo al blanqueo y su producto, que es el objeto del lavado; y, por otro lado, a quien dificulta que el producto del delito caiga en manos de las autoridades.

En caso de depósitos de valores ilegales en cuentas bancarias en Suiza, la jurisprudencia y la doctrina predominante afirman que no se realiza el crimen de blanqueo de dinero cuando el delincuente hace esos depósitos en cuentas bancarias abiertas a su verdadero nombre. El crimen es, por el contrario, realizado cuando estas cuentas figuran a nombre de terceros. Por lo tanto, si el procesado depositó los valores patrimoniales obtenidos mediante su actividad delictuosa

a su nombre en bancos suizos, no ha cometido blanqueo de dinero. Tampoco habría incurrido en simulación de bienes ilícitos ya que, según la legislación suiza, este delito solo se da cuando los valores simulados son el fruto de delitos contra el patrimonio.

Además, la aplicación del artículo 305bis plantea otro problema de interpretación; la manera como este sea resuelto depende de la amplitud de dicha aplicación. El tema es saber si el comportamiento delictuoso cometido en el extranjero y el origen de los valores ilegales constituye o no un “crimen” en Suiza y en el país donde se cometió (en nuestro ejemplo, el Perú).

Si el delito preliminar al blanqueo fue, por ejemplo, un homicidio, una estafa o una falsificación de documentos, es posible afirmar que el responsable puede ser reprimido tanto en el Perú, donde delinquiró, como en Suiza, de haber actuado en este país. Se trata pues de crímenes formal y concretamente punibles en ambos países. Los actos de blanqueo del fruto pecuniario de estos delitos, cometidos al depositar el dinero en cuentas bancarias en Suiza, caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 305bis y, por lo tanto, sus autores pueden ser perseguidos penalmente por las autoridades suizas, y los valores ilegales, confiscados. Pero si el crimen producto de los valores ilegales es el de corrupción, el blanqueo de dinero no se da. Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, las disposiciones del Código suizo que reprimen los casos de corrupción no son aplicables cuando el funcionario es un extranjero, ya que dichas normas solo tienen la finalidad de proteger el buen funcionamiento de la administración helvética. Por consiguiente, el depositar en Suiza las sumas de dinero obtenidas por un funcionario corrupto no constituye blanqueo de dinero. En consecuencia, el dinero no puede ser confiscado.

## 5. Una nueva interpretación como solución posible

Para remediar estas insuficiencias, se ha propuesto una interpretación diferente del artículo 59 del Código suizo. La finalidad es admitir que se puede confiscar valores ilegales independientemente de que las autoridades suizas sean o no competentes para reprimir a los responsables de los delitos que los han producido. De manera que la doble incriminación sería determinada por el simple hecho de que formalmente las dos legislaciones (la suiza y la peruana) reprimen penalmente el comportamiento al origen de dichos valores, sin que sea por tanto indispensable que las autoridades suizas puedan realmente perseguir a los delincuentes. Esta interpretación no sería incompatible con la legislación suiza en la medida en que se admite, por ejemplo, la confiscación sin que la autoridad suiza sea competente para reprimir el delito en cuestión (artículo 24 de la Ley

Federal sobre estupefacientes, antes citado) y los acuerdos entre los estados sobre la repartición de los valores patrimoniales decomisados (*sharing*). Esta propuesta ha encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia, pero el Tribunal Federal no ha tomado posición clara a su favor, lo que significa que los jueces federales mantienen el criterio de que la confiscación (artículo 59) solo procede si la jurisdicción suiza es competente para reprimir al delincuente.

De la manera como el responsable material del Servicio de Inteligencia Nacional ha organizado y dirigido las actividades delictuosas, que son imputadas tanto a él como a los miembros bajo su control, surge la posibilidad de que haya incurrido en el crimen de pertenecer o apoyar a una organización criminal. Desde esta perspectiva, es de tener en cuenta que las personas que intervinieron lo hicieron en el marco de una organización estructurada de manera secreta, que tenía la finalidad de realizar actos violentos y fraudulentos para obtener beneficios indebidos. En este caso, según el artículo 59, inciso 3, del Código suizo, se presume que todo valor patrimonial del que disponga la organización criminal, primero, es de origen delictuoso, o, segundo, servirá para cometer nuevos delitos, por lo que debe ser confiscado. Así, es considerado también como sometido al poder de la organización criminal todo valor que pertenezca a una persona que ha participado en la organización criminal o la ha apoyado, salvo prueba en contrario. De ahí el interés de precisar si ha existido una organización criminal.

## **6. Finalmente, los procesos judiciales lo decidirán todo**

Resulta evidente que la realidad es más compleja que el simple ejemplo utilizado en esta nota, y el mecanismo judicial (nacional e internacional), más complicado que la imagen resultante de nuestras sucintas explicaciones. Sin embargo, estas pueden ser útiles para comprender algunos aspectos de los problemas relativos a la recuperación de las sumas de dinero bloqueadas en los bancos suizos. Esta no depende de la simple buena voluntad de las autoridades suizas; tampoco bastan los esfuerzos entusiastas de las autoridades peruanas. Depende de los resultados que se alcancen en los procesos judiciales tendientes a establecer la comisión de los delitos, la responsabilidad de los procesados y el vínculo entre dichas sumas de dinero y la actividad delictuosa de la que provienen. En cuanto al Perú, esperamos, para bien del Estado de derecho y de las arcas nacionales, que los encargados de tan difícil y compleja tarea hayan contado y cuentado con la suficiente información y capacidad para iniciar y orientar las diversas vías procesales y administrativas que pueden llevar a recuperar una buena parte de dichos caudales.

## IV

### Corrupción y derecho penal\*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Explicaciones del fenómeno corrupción. a. Criterios generales. b. Percepción económica. 3. El recurso al derecho penal. 4. Contexto en el que se da la intervención penal. 5. Medidas generales para combatir la corrupción. 6. A manera de conclusión. 7. Bibliografía sucinta.

#### 1. Introducción

El título dado a la presente exposición puede ser entendido en dos sentidos: de un lado, es posible comprender la corrupción como los comportamientos previstos en el Código Penal y designados con la expresión delitos contra la Administración pública y, más precisamente, con la de corrupción de funcionarios. De otro lado, la corrupción puede ser percibida como un fenómeno social amplio y complejo, del cual los comportamientos reprimidos en el Código Penal solo constituyen una parte. Así mismo, por derecho penal puede comprenderse el derecho penal en el sentido de derecho material o como el sistema de control penal, del cual el derecho penal material solo es uno de los medios con los que se trata de disminuir la corrupción y sus efectos negativos.

Cuando se tienen únicamente en cuenta los comportamientos reprimidos penalmente, la corrupción puede ser definida con cierta facilidad, en la medida en que se logra determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos perjudicados o puestos en peligro por dichas acciones. Por el contrario, la descripción de lo

---

\* Versión corregida y completada de conferencia dictada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en agosto 2000, inédita y difundida en internet: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20140608\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140608_02.pdf).

que es la corrupción en sentido amplio presenta mayores dificultades. Se trata de determinar las características comunes a gran número de comportamientos, que en conjunto pueden ser considerados como un fenómeno endémico que se manifiesta en todas las estructuras políticas, económicas, jurídicas y sociales.

La tarea de definir la corrupción hace recordar mucho a los esfuerzos que se han llevado a cabo, en diferentes épocas, con respecto a las nociones de violencia y de terrorismo. En cuanto a esta última, hay que tener presente que, a semejanza de lo que sucede con la corrupción, fue utilizada frecuentemente para aludir de manera amplia los comportamientos diversos que tienen como nota distintiva común la potencialidad de intimidar por la violencia a las personas. Frente a esta noción, en el ámbito penal, se adoptaron dos actitudes.

La más conforme con el principio de legalidad excluyó, contrariamente a lo propugnado por la segunda actitud, la posibilidad de establecer una figura delictiva general que comprendiese el conjunto de actos calificados de terrorismo y, en consecuencia, sostuvo que lo mejor era de completar las leyes penales introduciendo, de un lado, nuevas figuras delictivas para prever los comportamientos que aún no habían sido incriminados. Así, junto a los tipos legales del homicidio, lesiones, rapto, secuestro, coacción, fabricación y empleo de explosivos, incendio, daños contra el patrimonio, etc., debían preverse, por ejemplo, la toma de rehenes, la piratería aérea. De otro lado, circunstancias agravantes para tener en cuenta la manera y los motivos que daban a los delitos comunes la connotación terrorista. Con relación a la corrupción, no se ha propuesto la inserción en las leyes penales de un delito de corrupción. Delito que sería descrito considerando que los actos calificados de corrupción se distinguen por constituir un intercambio ilícito entre actores pertenecientes tanto al sector público como privado y que implica un abuso de poder, cometido para alcanzar ventajas indebidas. Constantemente se ha preferido sistematizar mejor las figuras delictivas ya previstas y completarlas con otras (por ejemplo, el tráfico de influencias).

En la perspectiva del derecho penal, se puede considerar el fenómeno de la corrupción como conformado por múltiples comportamientos diferentes que pueden ser agrupados en sectores que constituyen círculos concéntricos. En el centro están situadas los delitos previstos en el Código Penal como delitos de corrupción propiamente dichos. En seguida, hay que distinguir los comportamientos delictivos que a niveles diferentes acompañan y fomentan la corrupción. Entre estos figuran, además de los diferentes delitos contra el patrimonio, los de falsificación, blanqueo de dinero, delito de iniciados, tráfico de drogas. Además, no es de olvidar que la corrupción no solo es propia al sector público, sino que también se da en el sector privado.

Por último, hay que tener presente la connotación moral que tienen los términos corromper y corrupción. Corromper significa echar a perder, depravar y, así mismo, sobornar o cohechar a un juez o a cualquier persona con dádivas o de otra manera. Mientras que corrupción indica tanto la acción y el efecto de corromper o corromperse, como el de vicio o abuso introducido en las cosas no materiales (Diccionario de la Real Academia Española). De modo que al utilizar este último término se alude al conjunto de comportamientos inducidos que crean y fomentan un estado particular de disfunciones en los diversos sectores sociales (públicos y privados).

## **2. Explicaciones del fenómeno corrupción**

### **a. Criterios generales**

Muchas han sido las propuestas hechas para comprender mejor los orígenes de la corrupción, así como en qué consiste. Grosso modo, pueden agruparse estas explicaciones en dos grandes tendencias, a las que se acostumbra designar como orientación liberal y orientación universal.

La primera afirma, en primer lugar, que la corrupción es fruto del retardo de las sociedades en modernizarse. Por modernización se comprende el imperio del mercado libre y la reducción del aparato estatal al mínimo indispensable. El Estado debe ser el árbitro del libre intercambio de bienes y servicios. Los comportamientos de corrupción son entonces percibidos como conductas económicas, en las que los participantes buscan obtener ventajas. La corrupción constituiría un mercado en el que se intercambian bienes que no deben legalmente intercambiarse. La mayor o menor falta de racionalidad y de conciencia respecto al bien público, propias a las sociedades retrasadas, subdesarrolladas y proteccionistas, fomenta la corrupción. Sin embargo, se considera que la corrupción juega un papel positivo en la medida en que contribuye a superar las barreras formales y rígidas de la burocracia propias a dichas sociedades. Así mismo, se estima que facilita la integración de los distintos sectores de la sociedad en los periodos de tránsito hacia la modernidad, de crisis económica o inestabilidad política que viven esas sociedades. Desde esta perspectiva, la corrupción sería sobre todo un fenómeno local condicionado por las circunstancias económicas, políticas y culturales de cada sociedad y en una época determinada [...].

La concepción liberal goza de una aceptación generalizada y ha sido seguida por diversos organismos internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) al establecerse directivas y recomendaciones sobre la corrupción.

En este sentido y en relación a un problema particular, la Convención de la OCEDE define la corrupción como el hecho de “ofrecer, prometer u otorgar una ventaja indebida, pecuniaria u otra, directamente o por intermediarios, a un agente público extranjero, en provecho propio o ajeno, para que este obre o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales, en vista de conservar un mercado u otra ventaja indebida” (artículo 1.1).

Las explicaciones de orientación universal dan la prioridad al aspecto moral para caracterizar la corrupción. Consideran que la corrupción debe ser vista como un hecho contrario a los derechos humanos, los mismos que solo pueden ser eficazmente protegidos garantizando el principio de confianza entre los diversos elementos constitutivos de la sociedad, conservando y fomentando el sistema democrático, respetando la separación neta entre interés público o bien común e interés personal o particular. El Estado como garante de los derechos humanos debe ser neutral y justo en el ejercicio del poder. Desnaturaliza su papel institucional en la medida en que pone el interés público al servicio del interés privado. De esta manera, pierde legitimidad y crea la desconfianza entre los administrados. Estos disfuncionamientos del Estado son los factores más importantes para la aparición y el desarrollo de la corrupción. La misma que es entonces vista como un fenómeno social posible en todo tiempo y sociedad.

La mayor dificultad que enfrentan los sostenedores de la orientación universal es cómo conciliar la descripción objetiva y general de la corrupción con las diversidades culturales que condicionan tanto el fenómeno social en sí mismo como las maneras cómo es percibido. Para superar estas dificultades es de rechazar, de un lado, el relativismo cultural extremo y, de otro lado, el universalismo absoluto. Optando por un relativismo atemperado es factible aceptar la existencia de valores universales y la posibilidad de intercambios culturales, así como reconocer cierto aspecto positivo al proceso de aculturación. En todo caso, hay que prestar atención al hecho de que si bien el aspecto moral (garantizar los derechos humanos), contrariamente a lo que puede admitirse en base a la concepción liberal, permite rechazar toda tolerancia respecto a la corrupción (por considerarse que juega un papel positivo), supone un desarrollo social y político que comporte una consolidación suficiente del Estado de derecho.

Definir a la corrupción como violación de los derechos humanos tiene la ventaja, por ejemplo, de facilitar la negación de toda validez a los actos estigmatizados por la corrupción; así como, de hacer superflua la distinción entre corrupción en el sector público y corrupción en el ámbito privado. La corrupción sería identificada con abuso de poder y mala fe de quienes intervienen en el acto corrupto para beneficiarse personalmente. Sin embargo, esta concepción supone, conforme a los principios del Estado de derecho:

Primero, la presencia clara del interés público y la existencia de una sociedad civil sólida. De modo que el interés común sea al servicio de la comunidad y no sea objeto de actos de corrupción. Los que detentan el poder y tienen a cargo la gestión del interés público verán muy limitadas sus posibilidades de disponer indebidamente de este en favor de particulares en la medida en que la sociedad civil sea suficientemente fuerte y ordenada.

Segundo, la legitimidad del Estado basada en la relación de confianza que debe existir entre este y sus administrados. El Estado debe ejercer el poder de administrar y garantizar el interés común con equidad y sin discriminar individuos o grupos sociales.

Tercero, la existencia de un sistema democrático; es decir, de instituciones estables, partidos políticos capaces de representar los diversos intereses sociales, administración de justicia y medios de comunicación eficaces e independientes.

## **b. Percepción económica**

El hecho de destacar la dimensión moral de los actos de corrupción no significa ignorar su aspecto económico. Dichos actos se presentan como un intercambio de intereses en el que quien posee el poder dispone ilegalmente de bienes o servicios, pertenecientes al sector público o privado, en favor de otro con el fin de obtener una ventaja indebida. El afectado por dichos actos es sea el Estado (e indirectamente los ciudadanos) o particulares (por ejemplo, una empresa).

La percepción económica de la corrupción es capital en la medida que esta puede ser difícilmente comprendida sin el establecimiento y desarrollo de un sistema mercantilista y monetario. El dinero permite que las transacciones legales o ilegales tengan un carácter reservado. Siendo el dinero compresible, puede ser transferido sin mayores problemas a otra persona. Así mismo, hace factible que los intercambios sean realizados sin la presencia personal de los interesados en el lugar donde se realiza el acto de corrupción.

Como ya lo hemos indicado, los actos de corrupción buscan la obtención de ventajas indebidas. De modo que se ha afirmado que el agente corrupto se decide a actuar después de calcular que obtendrá una ganancia significativa, la misma que justifica correr los riesgos que implica el acto de corrupción. Sin embargo esta observación debe ser completada considerando que las estructuras del mercado condicionan la corrupción. Esta no se da si existe una competencia libre y equilibrada entre los actores sociales, ya que no habría razón para ofrecer o realizar pagos indebidos para obtener el bien o el servicio que se quiere obte-

ner. No sería un buen negocio. Lo mismo sucede en el caso contrario del sistema de monopolio. Quien es el titular de este no tiene interés alguno de recurrir a subterfugios para ser favorecido con el intercambio, en la medida que es el intermediario inevitable.

Además, no solo se debe percibir la corrupción como actos de individuos aislados. Percepción que es asumida en el ámbito del derecho penal porque, en razón de la concepción democrática, se incriminan actos y se pena en base a la responsabilidad personal. La corrupción como fenómeno económico y social se presenta, igualmente, como la actividad común de redes de funcionarios y particulares que desempeñan los papeles de corruptores y corrompidos. En este caso, estas personas no se deciden a actuar solo en función a los beneficios y desventajas que el acto individual implica, sino que lo hacen sobre todo en consideración de su pertenencia a un sistema paralelo de poder político, económico y social basado en la solidaridad y compensación entre sus miembros. Al respecto, un aspecto decisivo es el de la responsabilidad penal de los entes colectivos (personas jurídicas, empresas, etc.).

### 3. El recurso al derecho penal

De acuerdo con el criterio de la *ultima ratio*, el poder punitivo solo debería ser utilizado para reprimir los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes. De esta manera, sirve de complemento a los esfuerzos que se hacen para reforzar las reglas de comportamiento implícitas en las normas jurídicas. Un efecto importante de estos esfuerzos es desarrollar la confianza y la lealtad al orden jurídico.

La represión de los actos de corrupción tiene justamente la finalidad de evitar que quienes detentan cargos públicos aprovechen de su posición de poder para gestionar el interés común en favor de intereses particulares propios o ajenos. Así, se busca consolidar la legitimidad del Estado, la confianza de los administrados en la administración pública y evitar las desigualdades que provocan los actos de corrupción.

Cuando en el Código Penal se agrupan los comportamientos de corrupción incriminado bajo el título de Delitos contra la administración pública, solo se tiene en cuenta la corrupción en el sector público. Por tanto, no la que consiste en actos en los que tanto el corrompido como el corruptor pertenecen al sector privado (por ejemplo, el dirigente de una empresa que en detrimento de los intereses de esta realiza intercambios con un tercero y en favor de sus propios intereses).

En vista de precisar el bien jurídico protegido mediante las normas del Código Penal, se puede afirmar que están dirigidas a eliminar la venalidad en la Administración pública, para que pueda servir con objetividad y eficacia a los intereses generales de la comunidad. Se reprime tanto al servidor público corrupto y a los que manifiestan su inclinación a la corrupción, como a los particulares que corrompen o intentan corromperlos.

El marco constitucional de las normas represoras está constituido, en particular, por los artículos 39 a 42. En estos, se establece, por ejemplo, que “[t]odos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación” (artículo 39, ab initio). También, se dispone en función a la corrupción que “[e]s obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos” (artículo 40, último párrafo). Así mismo, que los servidores públicos que indica la ley o que “administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar los mismos” (artículo 41, primer párrafo). En caso de presunción de enriquecimiento ilícito, se prevé que el fiscal de la Nación, de oficio o por denuncia de terceros, formule cargos ante el Poder Judicial (artículo 41, párrafo segundo). Con la finalidad de una eficaz represión, se duplican los plazos de prescripción en los casos de delitos contra el patrimonio del Estado (artículo 41, *in fine*).

De acuerdo con la sistemática del Código Penal, los delitos contra la Administración pública son clasificados en tres grupos: los dos primeros están determinados por el hecho si son cometidos por particulares o funcionarios. El tercero está constituido por los delitos contra la Administración de justicia. Estos últimos son subdivididos en delitos contra la función jurisdiccional, prevaricato y denegación y retardo de justicia. Los delitos cometidos por los particulares contra la Administración pública son ordenados en delitos de usurpación de autoridad, violencia y resistencia a la autoridad y desacato. En cuanto a los realizados por funcionarios, se les clasifica en delitos de abuso de autoridad, concusión, peculado y de corrupción de funcionarios. Estos últimos son el cohecho propio e impropio, la corrupción pasiva y activa, el aprovechamiento indebido de cargo, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito. Un caso agravado de corrupción consiste en la corrupción activa cometida por abogado.

Siguiendo la orientación represiva del Código Penal, las penas son severas. Así, por ejemplo, respecto a los delitos de corrupción de funcionarios el mínimo generalmente previsto es el de tres años de pena privativa de libertad. El más alto es de seis años y el más bajo de 2 años. El máximo de la pena varía entre 4 y 15

años. Además, según los delitos, se dispone que se imponga la inhabilitación y la multa.

Si se compara el Código peruano con otros Códigos, se puede considerar que el arsenal de disposiciones penales es bastante completo. Por ejemplo, siguiendo al Código español, prevé el delito de tráfico de influencias que no es generalmente previsto en Códigos calificados de avanzados.

Además, la técnica utilizada en la configuración de las figuras delictivas es correcta, en la medida en que sigue el criterio según el cual basta la oferta de una ventaja indebida o el pedido de la misma para que se consuma la corrupción activa o pasiva. Poco importa, entonces, que el funcionario corrupto realice la prestación negociada en el intercambio corrupto. De esta manera, no se ha seguido el criterio del pacto, conforme al cual para la consumación del delito de corrupción es necesario que exista un pacto entre corruptor y corrompido (Código Penal italiano), ni el que sostiene que es indispensable que el funcionario viole efectivamente los deberes de su cargo. Este último criterio es denominado “criterio del acto” porque la ejecución de un acto es indispensable para que se dé la violación de dichos deberes (Código Penal derogado). A diferencia del criterio admitido en nuestro Código, el criterio del pacto hace mucha más difícil la represión porque es más problemático aportar la prueba de que ha habido acuerdo entre las personas concernidas. Lo mismo sucede con el criterio del acto, ya que se restringe la intervención penal mediante la exigencia de la realización de un acto que viola el deber del cargo.

Si se observa lo que acontece tanto en los países desarrollados como en los subdesarrollados, se llega al convencimiento que la eficacia del derecho penal no es muy grande. La corrupción en el ámbito del financiamiento de los partidos políticos, de la privatización de empresas estatales, de las subastas públicas nacionales e internacionales relativas a realización de obras o prestación de servicios, del comercio de armas, de la distribución de las donaciones internacionales en caso de catástrofes o de guerras, de la negociación de préstamos y de la utilización de los obtenidos, se diversifica y multiplica. Si en los países desarrollados, debido a la estabilidad de las instituciones políticas y sociales, la corrupción no llega al extremo de institucionalizarse, como sucede en los países subdesarrollados, sí produce graves disfuncionamientos en el sistema político y social.

A pesar del carácter subsidiario de la protección penal y del estado actual de la legislación penal, pueden estimarse necesarias algunas medidas destinadas a hacer más eficaz la represión de los actos de corrupción.

El bien jurídico debe ser precisado, para lo cual resulta indispensable modificar la sistemática actual del Código Penal. En sentido estricto, primero, debería

precisarse que la corrupción atenta contra la objetividad e imparcialidad de las actividades públicas. Si se considera que es también conveniente de considerar la corrupción en el sector privado, debería consecuentemente ampliarse la noción del bien jurídico protegido.

Prever normas para reprimir los actos de corrupción en las relaciones comerciales. El hecho de no tener en cuenta esta corrupción privada tiene el efecto negativo de debilitar la represión de la corrupción en el sector público, ya que las personas los perciben como banales.

La definición y clasificación de los tipos legales en términos de corrupción activa y de corrupción pasiva deberían ser corregidos. Los participantes a los actos de corrupción, verdaderos actos de intercambio de bienes y servicios, intervienen activamente, de modo que resulta anacrónico establecer escalas de penas diferentes para ambos casos.

Incorporar la responsabilidad penal de los entes colectivos (personas jurídicas, empresas), en razón al papel cada vez más importante que asumen en la criminalidad económica y en la organizada.

La regulación de las penas complementarias y la de multa debe ser revisada para adecuarlas mejor a la represión de la corrupción.

#### **4. Contexto en el que se da la intervención penal**

Debido a que la corrupción afecta directamente el sistema administrativo estatal y se instalan redes en todos los sectores y niveles del mismo, el recurso al derecho penal solo constituye un gesto vacío o simbólico porque las condiciones materiales no existen para su aplicación eficaz y, en particular, por ausencia de una verdadera voluntad política para combatir la corrupción.

La política criminal a llevar a cabo debe contemplar la complejidad del fenómeno de la corrupción para poder obtener buenos resultados. En el ámbito del derecho, deben adoptarse medidas no solo penales, sino también y quizás sobre todo en el derecho público y el derecho privado.

A nivel de derecho público y más precisamente del derecho constitucional, es indispensable hacer los esfuerzos necesarios para consolidar el Estado de derecho, ya que los sistemas dictatoriales, centralizados y burocráticos son terreno fértil para el desarrollo de la corrupción. La política contra la corrupción supone un determinado contexto institucional general y medidas específicas. En primer lugar figura una vida política con bases sanas y un financiamiento claro de los partidos políticos. También la gestión pública compartida y controlada demo-

cráticamente. La acumulación excesiva de poder es propicio para la corrupción. Es indispensable la presencia de un equilibrio de poderes y de procedimientos claros y contradictorios.

En este sentido es de recordar, nunca está demás, que el Estado de derecho implica la vigencia y consolidación de ciertos principios estrechamente relaciones entre ellos:

- La división y la limitación del poder.
- La garantía de las libertades y derechos fundamentales (generalmente inscritos en la Constitución o en una Declaración internacional).
- El control jurisdiccional, mediante una jurisdicción independiente, de todas las decisiones públicas.
- La libertad de expresión.
- La obligación del titular de un cargo público de rendir cuentas de sus actos y la existencia de diversos mecanismos para evitar los actos arbitrarios (control parlamentario, acceso a documentos públicos).

El funcionamiento del Estado necesita un sistema de servidores públicos eficaces e íntegros. Entre las reglas básicas aplicables a estos servidores se encuentran la obediencia a las instrucciones, la neutralidad e imparcialidad, el deber de confidencialidad, la moderación en la manifestación pública de opiniones políticas, la prohibición de ejercer otras actividades, la lealtad y honestidad. Sería no solo ilusorio, sino también contraproducente pensar en la aplicación rígida y estricta de tales reglas. Así, el deber de obedecer no es absoluto, debido a que ciertas órdenes pueden ser ilegales. El deber de reserva debe ser conciliado con los imperativos de transparencia y de respeto del derecho a ser informados de los administrados. La lealtad hacia el Estado no significa fidelidad incondicional a un determinado partido político o al hombre fuerte del régimen.

Un factor que no debe ser descuidado es de orden cultural: quienes ejercen el poder y los servidores públicos deben tener una formación moral adecuada que les haga reflexionar convenientemente sobre las ventajas de cumplir sus deberes en función del interés común. Deben comprender que la corrupción merece ser condenada, además, porque implica la degradación de la persona, la violación de los derechos fundamentales, la debilidad e ineficacia del aparato estatal. El apego de la colectividad a valores éticos, como el de los funcionarios a un espíritu de servicio y de probidad, ofrece una defensa eficaz contra los riesgos de corrupción.

## 5. Medidas generales para combatir la corrupción

Frente a las diversas formas en que surge, se desarrolla e implanta la corrupción, las medidas para combatirlas necesariamente deben ser de índole diversa. Esquemáticamente, pueden ser clasificadas en dos grandes sectores: de un lado, las de carácter general y estructural, como la consistente en la consolidación del Estado de derecho o la disminución de la injusticia social mediante la mejora sustancial de la situación económica y, de otro lado, las de orden concreto y particular dirigidas a eliminar o neutralizar los factores que favorecen los actos de corrupción.

Entre estas últimas, merecen señalarse a título de ejemplo las siguientes:

- Instaurar un sistema de control e investigación administrativo-financiero, que intervenga cada vez que se presenten indicios serios de corrupción respecto a sectores en los que se dé un alto riesgo.
- Fomentar una técnica de investigación que permita a los órganos competentes realizar controles cruzados, con el objeto de comprender a todos los actos y personas relacionados posiblemente con el caso particular. Con este objeto, la cuestión es la de saber si es de tener en cuenta las denuncias anónimas.
- Las instancias de control e investigación deben ejercitar todas las acciones civiles, fiscales, administrativas contra las personas sospechosas de actos de corrupción.
- Establecer un régimen claro y estricto de incompatibilidades para los servidores públicos respecto a sus intervenciones en actividades o negocios que estén comprendidos en el ámbito en el que ejercen sus funciones públicas. Así mismo, instaurar un sistema de rotación en los cargos, sobre todo, en los sectores con bastante riesgo de corrupción.
- Organizar un sistema de control eficaz del nivel de vida de los funcionarios, así como el de sus familiares; en particular de aquellos que participen en la toma de decisiones en asuntos susceptibles de ser corrompidos.
- Declarar la nulidad de todos los actos jurídicos subsecuentes a un acto de corrupción.

Todas estas medidas son total o parcialmente contenidas en nuestro ordenamiento jurídico. La cuestión consiste en que no son debidamente aplicadas. Además su aplicación estricta resulta casi imposible por la falta de medios personales y materiales. Así mismo, hay que preguntarse en qué medida su real aplicación obstaculizaría el funcionamiento del sistema administrativo y político.

El modelo de Estado de derecho, debido a los mecanismos de control propio tradicionales, presenta flancos vulnerables frente a la corrupción, fenómeno de carácter secreto, de gran fuerza económica. Obligado a respetar los derechos humanos con relación a toda persona (delincuente o no, corrupto o incorruptible), su intervención resulta poco eficaz; por ejemplo, las cautelas derivadas de las garantías procesales.

La regulación cada vez más amplia y compleja de diversos sectores (economía, finanzas, medio ambiente, transportes, mercado bursátil, etc.) y en la que se multiplican los controles y las autorizaciones para llevar a cabo las diversas actividades amplía el poder de decisión de los funcionarios. Al mismo tiempo se intensifican los contactos con el sector privado y los intereses organizados en dominios estratégicos como las subastas públicas, las transacciones financieras y los contratos de servicios públicos. Esto crea ocasiones y tentaciones múltiples, susceptibles de dar lugar a conflictos de intereses y de promover la corrupción. Sin embargo, los mecanismos de control pueden convertirse en un instrumento peligroso si el régimen estatal es autoritario y antidemocrático. Así mismo, considerar y hasta fomentar las denuncias anónimas pueden conducir a la intimidación de funcionarios que conservan una actitud neutra y honesta en un asunto financiero o de independencia frente al partido político o la camarilla en el poder.

La independencia y la neutralidad de la administración no son efectivamente realizadas y, por tanto, no constituyen obstáculos eficaces contra la corrupción. Esta deficiencia es, frecuentemente, el resultado de la marcada politización de los servidores públicos, del clientelismo y nepotismo.

Las debilidades del sistema político liberal son congénitas. Por ejemplo, el pluralismo político y las actividades que origina (campañas electorales, entre otras muchas) requieren de medios financieros cada vez más grandes. Para obtenerlos los responsables políticos buscan proveedores de fondos, lo que crea un engranaje de corruptela debido al juego de compensaciones en que se basa.

El control que se pide que ejerza el Poder Judicial no constituye el medio más eficaz por su propia índole. Cuando verdaderamente se realiza, no deja de ser excepcional. La fuerza de esta intervención radica entonces en el efecto de prevención general que provoca. Esta limitación depende de la manera restrictiva como se define legalmente la corrupción. Fuera de la intromisión de los otros poderes en el Poder Judicial, el conformismo de sus miembros constituye un grave defecto. Este conformismo se presenta como un profundo temor a la independencia que se manifiesta en el hecho que ni siquiera se esperan las recomendaciones o imposiciones extrañas a la administración de justicia, sino que se adelantan espontáneamente a preverlas y satisfacerlas.

También resulta poco eficiente el control que se supone lleva a cabo la prensa. No solo porque las mismas debilidades pueden presentarse, sino porque son igualmente objeto de la corrosión debida a la corrupción y por las restricciones que el poder político impone muchas veces. No basta en consecuencia que se declare vigente la libertad de prensa y se dé como ejemplo el hecho que todos pueden decir lo que quieran sin ser reprimidos; es indispensable que los medios de comunicación tengan la necesaria independencia frente al poder político.

## 6. A manera de conclusión

A pesar de las debilidades que, por su propia naturaleza, presenta el Estado de derecho, no se puede dejar de reclamar que el límite absoluto de su intervención es el respeto de los derechos humanos. La gravedad de los efectos de la corrupción y su implantación endémica en el cuerpo social y estatal no justifican que se utilicen medios arbitrarios y contrarios a la dignidad humana. La idea de la desigualdad de armas entre el Estado de derecho y la corrupción tampoco es argumento que sea correcto y decisivo.

Las medidas que se adopten, incluidas las penales, deben establecerse teniendo en cuenta la necesidad de la transparencia que debe tener toda intervención del Estado. Es indispensable perfeccionar y completar los órganos estatales que tienen a su cargo dicha intervención, pero no debe recurrirse a medios extremos como el de los servicios secretos. Adoptar este tipo de medidas significa un deslizamiento sensible hacia un sistema dictatorial.

Combatir la corrupción es una tarea que sobrepasa el derecho penal tanto en relación a sus fines como a sus medios. Como recurso de *ultima ratio*, la represión penal solo puede ser eficaz si es empleada en un contexto social y político adecuado. En un Estado gangrenado por la corrupción de manera importante, es seguro que no existe la voluntad política para combatirla. Las modificaciones legales relativas a las figuras delictivas o a las penas solo constituirán el velo que oculta el real sistema corrupto que impera en la comunidad.

## 7. Bibliografía sucinta

BAUHOFFER, S., QUELOZ, N., y E., WYSS (Eds.), *Wirtschaftskriminalität-Criminalité économique*, Zürich/Chur, Verlag Rüegger, 1999.

BECQUART-LECLERCQ, J., *Victimes de la corruption, Projet*, Hiver 1992-93, N.º 232, "Attention, corruption!", pp. 28 y 36.

- BERNASCONI, P. (Ed.), *Responding to Corruption. Social Defence, Corruption and the Protection of Public Administration and the Independence of Justice*, Napoli, La Città del Sole, 2000.
- BERNASCONI, P., *Nuovi strumenti giudiziari contro la criminalità economica internazionale*, Napoli, La Città del Sole, 1995.
- BORGHI, M., *Droits de l'homme: fondement universel pour une loi anti-corruption; le cas de la Suisse*, en Borghi M., Meyer-Bisch p. (Eds.), *La corruption, l'envers des droits de l'homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1995.
- BORRICAND, J., *Criminalité organisée et ordre dans la société*, Aix-Marseille, Presses universitaires, 1997.
- CARTIER-BRESSON, J., "Causes et conséquences de la délinquance financière 'grise': le cas de la corruption, Les Cahiers de la sécurité intérieure", en *Noir, gris, blanc: les contrastes de la criminalité économique*, N.º 36, 1999.
- CASSANI, U., "Combattre le crime en confisquant les profits: nouvelles perspectives d'une justice transnationale", en BAUHOFFER, S., QUELOZ, N., y E., WYSS (Eds.), *Wirtschaftskriminalität-Criminalité économique*, Zürich/Chur, Verlag Rüegger, 1999.
- CLAUSSEN, H.R., *Korruption im öffentlichen Dienst*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1995.
- D'AUBERT F., *Rapport de la commission d'enquête parlementaire sur les tentatives de pénétration de la mafia en France*, Paris, N.º 3251, 28 janvier 1993.
- DELLA PORTA D., y Y., MÉNY, *Démocratie et corruption en Europe*, Paris, La Découverte, 1995.
- DELLA PORTA D., y A., VANNUCCI, *Corruzione politica ed amministrazione pubblica: Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- DJALILI, M.R., "Mondialisation de la corruption et de la criminalité", en BLUNDO G. (sous la direction de), *Monnayer les pouvoirs. Espaces, mécanismes et représentations de la corruption*, Genève/Paris, Nouveaux Cahiers de l'IUED et PUF, N.º 9, 2000.
- ETCHEGOYEN, A., *Le corrupteur et le corrompu*, Paris, Julliard, 1995.
- EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS, *Project Group Europe in a time of change: crime policy and criminal law, Final Activity Report*, Strasbourg, Council of Europe, March, 1996.
- GODIVEAU, Y., "Du blanchiment d'argent à l'économie criminelle, Les Cahiers de la sécurité intérieure", en *Noir, gris, blanc: les contrastes de la criminalité économique*, N.º 36, 1999.

- HEIDENHEIMER, A.J., *Political Corruption*, Nueva York, Transaction Publishers, 1989.
- KAHLERT J. *et al.*, *Korruption in Deutschland. Ursachen, Erscheinungsformen, Bekämpfungstrategien*, Berlín, Friedrich-Ebert-Stiftung, 1995.
- KILLIAS, M., Korruption: “Vive la Répression! Oder was sonst?”, en SCHWIND H.D. *et al.* (Eds.), *Kriminologie an der Schwelle zum 21. Jahrhundert – Criminology on the Threshold of the 21<sup>st</sup> Century, Festschrift für Hans Joachim Schneider*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1998.
- LASCOUMES, P., *Corruptions*, París, Presses de Sciences Po, 1999.
- MÉNY, Y., *La corruption dans la vie publique, Problèmes politiques et sociaux*, 1997.
- OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), *La corruption dans le secteur public. Panorama international des mesures de prévention*, París, Editions de l’OCDE, 1999.
- PIETH, M., y D., FREIBURGHANUS, *Die Bedeutung des organisierten Verbrechens in der Schweiz, Bericht im Auftrag des eidgenössischen Bundesamtes für Justiz*, Bern, 1993.
- QUELOZ, N., “Corruption et droits de l’homme: regard criminologique”, en BORGHINI M., MEYER-BISCH P. (Eds.), *La corruption, l’envers des droits de l’homme*, Fribourg, Editions Universitaires, 1995.
- QUELOZ, N., “La corruption en Suisse, une plaisanterie?”, en BLUNDO G. (sous la direction de), *Monnayer les pouvoirs. Espaces, mécanismes et représentations de la corruption*, Genève/París, Nouveaux Cahiers de l’IUUED et PUF, N.º 9, 2000.
- ROBERT, PH., “La corruption entre la sociologie du crime et celle de la politique”, en CARTUYVELS Y., DIGNEFFE F., PIRES A., ROBERT PH. (Eds.), *Politique, police et justice au bord du futur*, París, L’Harmattan, 1998.
- RÜGEMER, W., *Wirtschaften ohne Korruption? Frankfurt am Main*, Fischer Taschenbuch Verlag, 1996.
- SAPPELLI, G., *Cleptocrazia. Il meccanismo unico della corruzione tra economia e politica*, Milano, Feltrinelli, 1994.
- SCHAUPENSTEINER, W., *Gesamtkonzept zur Eindämmung der Korruption, Neue Zeitschrift für Strafrecht*, N.º 9, 1996.
- VAHLENKAMP, W., KNAUSS I., *Korruption – Hinnehmen oder handeln? Wiesbaden, BKA-Forschungsreihe, Band 33*, 1995.

- VAN DUYNÉ, P., Organized crime, corruption and power, *Crime, Law and Social Change*, N.º 26, 1997.
- VANUCCI, A., *Il mercato della corruzione. I meccanismi dello scambio occulto in Italia*, Milano, 1997.
- WYSS, E., “Der Graubereich zwischen Legalität und Illegalität in der Wirtschaft”, en BAUHOFFER, S., QUELOZ, N., y E., WYSS (Eds.), *Wirtschaftskriminalität-Criminalité économique*, Zürich/Chur, Verlag Rüegger, 1999.
- WYSS, E., *Kriminalität als Bestandteil der Wirtschaft*, Pfaffenweiler, Centaurus Verlag, 1999.

## V

### Delito de tráfico de influencias: artículo 400 CP del Perú\*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Materia de interpretación. a. Artículo 400 CP. a) Evolución legislativa. 3. Doctrina extranjera. 4. Insuficiencias formales. a. Deficiencias de redacción. b. Indeterminación de los comportamientos incriminados. 5. Posición sistemática del artículo 400. 6. Finalidad de la protección penal. a. Objeto del delito. b. Bien jurídico. 7. Dificultades relativas a la participación delictuosa. a. Intervención necesaria del tercero. b. Instigación. c. Complicidad. d. Aspecto subjetivo. e. Represión del tercero como participante secundario. 8. A manera de conclusión. 9. Bibliografía sucinta.

#### 1. Introducción

La amplitud y la profundidad de la corrupción fue una de las características esenciales del régimen autoritario de los años noventa. Uno de los sectores más afectados fue el de la administración de justicia, que fue sometida a los intereses del poder político así como a los intereses personales de quienes detentaban el poder. De esta manera, personajes muy importantes, ocupando formal o informalmente puestos en la cima del Estado, influyeron en los órganos judiciales o administrativos para obtener que, en numerosos procesos, se dictarían decisiones favorables a favor de ellos o de terceros. Esta manera de proceder se convirtió, en buena cuenta, en un instrumento de gobierno.

---

\* Versión elaborada en base de un informe jurídico relativo a: Informe sobre delito informático, falsedad documental, administración fraudulenta de personas jurídicas, defraudación genérica, Lima, Publicado en *Anuario de Derecho Penal 2005. Interpretación y aplicación de la ley penal*, pp. 685 ss.

Conocida y aceptada o soportada como un hecho congénito al sistema por la mayoría de personas, fue utilizada y propiciada para superar situaciones sociales o financieras críticas, originadas por la deficiencia y lentitud de la administración de justicia. Los intereses que se buscaba salvaguardar bien podían ser lícitos o ilícitos.

Uno de los comportamientos más frecuentes consistía en que la persona interesada en obtener influencias para resolver algún proceso pendiente —en tanto persona individual o representante de una empresa o persona jurídica— buscara la ayuda de algún personaje influyente y se entrevistara personalmente con él. No era raro que —dando ventajas o prometiéndolas—, aquel personaje influyente hiciera o prometiera hacer lo necesario para obtener una decisión favorable al interesado.

Tras la caída del régimen dictatorial, los órganos competentes iniciaron procesos con la finalidad de reprimir a los responsables de los diversos comportamientos corruptos cometidos en agravio del Estado. Entre estos, el denominado *tráfico de influencias* fue uno de los más frecuentemente considerados. Sin embargo, no prosperaron por diversas circunstancias, por ejemplo, la índole peculiar de los hechos imputados a los procesados, la aparente dificultad para considerarlos como casos claros de peculado o corrupción y, por último, la manera amplia y difusa en que se describe el tráfico de influencias en el artículo 400 CP.

La experiencia ha mostrado, desgraciadamente, que la impunidad sigue siendo la regla, sobre todo, respecto a la corrupción. La ineficacia —salvo en algunos pocos casos— del sistema de control penal y, en particular, de la administración de justicia se debe, en primer lugar, a la falta de voluntad política para combatirla efectivamente: tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo no han hecho lo necesario e indispensable para organizar un sistema eficaz e idóneo; en segundo lugar —y más concretamente— hay que destacar las dificultades encontradas —aun entre los decididos a obrar correctamente— por los órganos de persecución o de juzgamiento en la determinación de los hechos y en la comprensión de las disposiciones legales aplicables.

En este contexto, se puede justificar la tarea que tratamos de cumplir en el presente trabajo: presentar y explicar las dificultades para interpretar y aplicar el artículo 400 CP. Con este fin, mostraremos las diversas etapas del proceso de interpretación y esclareceremos los diversos elementos del tipo legal del tráfico de influencias. Por tanto, no abordaremos los diversos problemas de la interpretación de los hechos, aspecto esencial de la real aplicación de la ley. La comprensión de los hechos supone la correcta interpretación de la ley, pues,

solo así el órgano competente puede precisar cuáles son los hechos que deben ser debidamente probados. Cuando dicho órgano no logra satisfacer estas dos condiciones, esta deficiencia influye negativamente en el desarrollo del debido proceso, y prolonga los procesos al extremo de dar lugar a que prescriba la acción penal y, por tanto, también da lugar a la impunidad de los responsables.

## 2. Materia de interpretación

### a. Artículo 400 del Código Penal

Esta disposición prescribe: “El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”. De acuerdo con el principio de la legalidad, el punto de partida y el marco de todo proceso de interpretación es el texto escrito de la ley penal. No obstante, como el lenguaje —medio inevitable para expresar el mandato legal— se caracteriza por su ambigüedad y polisemia, la disposición legal no constituye un límite preciso a priori de los alcances de lo que ley prohíbe u ordena. En este sentido, los tipos legales son, en cierta forma, indeterminados; pero no dejan de constituir el ámbito dentro del cual debe establecerse el contenido de la norma. El intérprete no debe desnaturalizar el sentido convencional del lenguaje utilizado por el legislador a pesar de la textura abierta de este lenguaje.

El proceso de interpretación desemboca siempre en la constatación que el texto legal puede ser comprendido en dos o más sentidos posibles entre los cuales el intérprete debe escoger para atribuírselo a la disposición. Esta decisión no es de índole arbitraria. El intérprete debe proceder teniendo en cuenta cuál de esos posibles sentidos realiza mejor el valor justicia, en concordancia con los criterios constitucionales y de política criminal en que se basa el sistema penal.

La interpretación de la ley no solo es un proceso lógico realizado con la ayuda de los diversos métodos de interpretación, sino también, y sobre todo, axiológico. El resultado al que llegue el intérprete no puede ser calificado de sentido único ni el solo verdadero de la ley<sup>1</sup>. La fuerza de su decisión radica

---

1 ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 1995, pp. 134 y ss.

en la claridad y coherencia de los argumentos que debe presentar para hacerla valer como la más conveniente entre todas las demás posibles, para aplicar de manera justa, igual y transparente la ley. De esta manera, garantizará el respeto de los derechos de las personas al momento de dictar su mandato o sentencia.

Para comenzar a comprender lo dispuesto en el artículo 400 conviene analizar en detalle la redacción y estructura de su texto. La importancia de este primer paso, en el caso que nos ocupa, reside en la complejidad de la disposición, debida a la diversidad de actos y de circunstancias con los que el legislador ha descrito los comportamientos incriminados.

En el texto legal, se prevén los siguientes casos alternativos:

- El que, invocando influencias **reales** recibe, hace dar o prometer **para sí** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo un caso judicial o administrativo.
- El que, invocando influencias *simuladas* recibe, hace dar o prometer **para sí** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido un caso.
- El que, invocando influencias **reales** recibe, hace dar o prometer **para un tercero** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo un caso judicial o administrativo.
- El que, invocando influencias *simuladas* recibe, hace dar o prometer **para un tercero** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido un caso judicial o administrativo.

Los factores comunes a todas estas hipótesis son los hechos de invocar influencias, ofrecer interceder ante un funcionario o servidor público y el objeto del delito (“cualquier ventaja”). Se distinguen por lo siguiente: a) las influencias son reales o simuladas; b) la ventaja es para el mismo autor o para un tercero; c) el funcionario sobre el que se influye conoce o ha conocido el caso; d) la índole de este último es judicial o administrativa.

Entre estos factores intercambiables, dos juegan un papel decisivo: por un lado, el relativo a la naturaleza de las influencias (reales o simuladas); por otro, el referido a que el funcionario ante el cual el agente ofrece interceder esté conociendo el asunto o lo haya ya conocido.

Según estas circunstancias, hay que distinguir cuatro hipótesis:

- Recibir [...] invocando influencias **reales** y ofreciendo interceder ante funcionario que **conoce** proceso.
- Recibir [...] invocando influencias **reales** y ofreciendo interceder ante funcionario que **ha conocido** proceso.
- Recibir [...] invocando influencias **simuladas** y ofreciendo interceder ante funcionario que **conoce** proceso.
- Recibir [...] invocando influencias **simuladas** y ofreciendo interceder ante funcionario que **ha conocido** proceso.

## b. Evolución legislativa

La comprensión del texto legal requiere que se determine el proceso de su elaboración y, en particular, de las fuentes nacionales o foráneas que el legislador ha tomado en cuenta. De esta manera, se abre el camino para calar en el sentido de la norma gracias a las similitudes y diferencias que se constaten respecto a disposiciones precedentes.

Nuestro Código de 1924 no contenía disposición similar al artículo 400. El antecedente inmediato de esta norma fue introducido, como artículo 353-A CP 1924, mediante el D. Leg. N.º 121, del 12 de junio de 1981. Este decreto fue dictado por el Poder Ejecutivo en virtud de las facultades legislativas delegadas por el Parlamento (Ley N.º 23230, del 15 de diciembre de 1980), con la finalidad de que se revisen los diversos decretos leyes dictados por la dictadura militar en materia penal. En el proyecto elaborado y discutido por la comisión —designada por el Ministerio de Justicia y de la cual formábamos parte— no figuraba dicha disposición. Esta fue introducida por funcionarios en el texto definitivo que se dictó. Por tanto, no se discutieron a fondo las razones para estatuirlo. Constituyó una expresión de la idea políticamente predominante entonces, que apuntaba a facilitar la represión eficaz de los funcionarios que durante el fenecido gobierno militar habían cometido delitos contra los intereses del Estado. Con este fin, se consideró que —ya desde la manera de elaborar los tipos legales— era necesario disminuir las dificultades que podrían surgir para probar la comisión de los tradicionales delitos contra la Administración pública.

La labor del o de los redactores de dicha disposición no fue creadora, en la medida en que tuvieron en cuenta la manera en que el tráfico de influencias había sido descrito en leyes extranjeras. Al respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 147 CP Colombia, vigente en el momento en que se modificó

el Código peruano, es el más próximo al artículo 353-A. La disposición colombiana reprimía a quien “invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer [...]”. A diferencia del colombiano, en el texto peruano se hace referencia a “donativo, promesa o cualquier otra ventaja” y no a “dinero o dádivas”; asimismo, se sustituye el elemento subjetivo de “con el fin de obtener cualquier beneficio” por el elemento objetivo de “con el ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público”; y, por último, en lugar de “haya de conocer” se dice “haya conocido”.

El legislador colombiano modificó y finalmente descartó el artículo 147 al dictar el Código Penal de 2000. En su artículo 411, reprime como tráfico de influencias, el hecho de que un “servidor público [...] utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer”. El cambio es esencial, porque la descripción ha sido simplificada y se ha precisado su índole de delito especial. De acuerdo con la nueva disposición, solo puede ser cometido por un servidor público y no por cualquier particular, como era el caso según la disposición anterior.

La fuente del artículo 147 del Código colombiano —e indirectamente del artículo 353-A de nuestro Código Penal derogado— fue el artículo 346, primer párrafo, del Código Penal italiano, que prevé el delito de *millantato credito*. Este artículo estatuye: “Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, e punito con la reclusione [...]”.

La defectuosa recepción del artículo 147 colombiano por parte del legislador peruano se revela en los cambios que hace respecto a las expresiones “dinero o dádivas” y “con el fin de obtener cualquier beneficio”, que el legislador colombiano había utilizado para expresar las fórmulas italianas de “denaro o altra utilità” y “come prezzo della propria mediazione”. La versión peruana es menos fiel al texto italiano, en la medida en que se refiere a “donativo, promesa o cualquier otra ventaja” y a “con el ofrecimiento de interceder”.

De manera incorrecta se ha sostenido que la fuente de inspiración de la disposición peruana es el artículo 404 bis, letra c, CP español. En esta disposición, se prescribía reprimir a “los que, ofreciendo hacer uso de influencias

cerca de los funcionarios o encargados de servicios públicos, solicitaren de terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa [...]”. Tampoco lo es el artículo 476 CP español de 1928 —fuertemente influido por la legislación italiana— en el que se establecía: “El que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las autoridades, agentes de estas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciera prometer dinero u otras cosas, como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquellos dependa [...]”.

Al respecto, hay que señalar que esta versión es más cercana al artículo 346, primer párrafo, del CP italiano: “millantando credito” es traducido como “aparentando crédito”; “riceve o fa dare o fa promettere” como “recibiere o se hiciera prometer”; “denaro o altra utilità” como “dinero u otras cosas”; por último, “come prezzo della propria mediazione” es traducido por “como recompensa de su mediación”.

Volviendo al Derecho español, conviene destacar que el legislador, consciente de las dificultades que podía provocar, suprime la expresión “hacer dar”. Los legisladores colombiano y peruano la mantuvieron sin mayor reflexión.

En el artículo 430 CP español vigente, abandonando parcialmente el modelo italiano, se reprime a “los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimientos o promesa”. La disposición española recuerda al artículo 178 del CP francés derogado (según *Ordonance* 45-191, del 8 de febrero de 1945) y que reprimía a:

[...] toute personne qui aura sollicité ou agréé des offres ou promesses, sollicité ou reçu des dons ou présents pour faire obtenir ou tenter de faire obtenir des décorations, médailles, distinctions ou récompenses, des places, fonctions ou emplois ou des faveurs quelconques accordées para l'autorité publique, des marchés, entreprises ou autres bénéfiques résultants de traités conclu avec l'autorité publique ou avec l'administration placée sous le contrôle de la puissance publique ou, de façon générale, une décision favorable d'une telle autorité ou administration et aura ainsi abusé d'une influence réelle ou supposée.

Esta descripción no ha sido conservada en el nuevo Código Penal francés. En su artículo 433-1, se considera como comportamiento delictuoso el hecho de:

[...] proposer, sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour

obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public: [...]

2.º Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

### 3. Doctrina extranjera

La individualización de la fuente legal de una disposición determinada es indispensable para utilizar adecuadamente la doctrina extranjera. Esta, como toda elaboración dogmática, tiene como base un sistema legal particular. Por lo tanto, si se quiere justificar la atribución de un sentido a una disposición invocando la opinión autorizada de un autor determinado, es necesario constatar si esta se basa en una disposición idéntica o similar a la disposición en cuestión. Lo mismo debe hacerse respecto a los criterios jurisprudenciales foráneos. Citar a estos solo es pertinente cuando se tiene en cuenta la semejanza o diferencia existente entre la disposición materia de dichos criterios y el artículo que se interpreta.

Así, en nuestro caso, las opiniones doctrinarias o jurisprudenciales emitidas por los juristas y jueces colombianos serán útiles para interpretar el artículo 400, sobre todo, si se refieren al artículo 147, que sirvió de modelo a nuestro legislador, y no tanto las concernientes al artículo 411, que difiere bastante del nuestro. Las semejanzas del artículo peruano con el artículo 346 del CP italiano, aun cuando permiten comprender algunos aspectos de la disposición de nuestro Código, no deben conducir a una recepción automática de las afirmaciones hechas por los juristas italianos respecto a esta disposición.

Tanto el hecho de no prestar debida atención a esta manera de recurrir a las fuentes doctrinarias, como las similitudes lingüísticas del artículo 400 con la regulación española han inducido a que de manera oficiosa se designe el delito con el nombre de *tráfico de influencias*<sup>2</sup>, y hasta que se siga de cerca las opiniones de los juristas hispanos. En la primera hipótesis del artículo 430 CP español, el verbo principal es *solicitar*, y el medio, el hecho de *ofrecer*. Por tanto, el delito se consuma con el acto de solicitar y no con el de ofrecer. De

---

2 Es esta una denominación que no concuerda con todas las formas en que puede materializarse el delito previsto en el artículo 400, por lo que en lo posible tratamos de no usarla.

modo que, por ejemplo, el verbo *invocar* de nuestro artículo 400 no debe ser comprendido como ‘solicitar’ y tampoco puede ser considerado como el verbo que indica la acción incriminada central (recibir, hacer dar o prometer).

Lo mismo debe señalarse respecto a la legislación y doctrinas francesas. Aun cuando respecto al derogado artículo 178 CP francés es interesante destacar que se hablaba de solicitar o aceptar (“solliciter ou agréer”, “cualquier favor” (“des faveurs quelconques”), y de “influencia real o supuesta” (“influence réelle ou supposée”). Es asimismo interesante que el legislador galo prevea agregar, en los proyectos de reforma en curso, la expresión “en todo momento”. Su objetivo es facilitar la represión simplificando la prueba de los elementos del delito.

De lo expuesto, aparece, por tanto, como más conveniente —debido a las diferencias existentes— tener en cuenta los análisis hechos sobre la base de las disposiciones legales más parecidas al artículo 400. Dichas diferencias imponen que se haga una interpretación conforme a las peculiaridades de nuestra ley y al contexto normativo en que está inserta.

#### 4. Insuficiencias formales

##### a. Deficiencias de redacción

Las deficiencias del artículo 400 se deben tanto a que el legislador ha descrito el comportamiento incriminado de tal modo que puede realizarse de diversas maneras, como también a la redacción deficiente y a la peculiar terminología utilizada. Estas deficiencias resultan de la manera incorrecta de utilizar las fuentes legales, hecho que aumenta la dificultad de utilizar los aportes teóricos foráneos.

El artículo 400 —en el ámbito de los delitos contra la administración pública— no es el único caso de defectuosa técnica legislativa. Otro es el del artículo 399, en el que se describe el delito mediante las palabras “el que trata de corromper a un funcionario”, lo que da a entender que se reprime la tentativa como delito consumado, sin que quede del todo claro el límite del comportamiento punible. Además, la situación empeora debido a la manera en que se han introducido nuevas formas delictuosas en el Código Penal.

Uno de los principales malentendidos provocado por la deficiente redacción concierne a la determinación del verbo típico principal. Con frecuencia se afirma que el comportamiento central es el de invocar, cuando en realidad

constituye uno de los medios, junto al ofrecimiento de interceder para llevar a cabo el hecho de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja cualquiera. Otro equívoco consiste en considerar indispensable que el comportamiento se efectúe, sucesivamente, por los actos de invocar y ofrecer, mediante los que debe determinarse al tercero interesado a entregar, dar o prometer una ventaja cualquiera, comportamientos que deben desembocar en los actos de recibir, hacer dar o prometer de parte del agente<sup>3</sup>.

Resulta preferible considerar, más bien, que los comportamientos incriminados están expresados por los verbos *recibir*, *hacer dar*, *hacer prometer*. No se trata, pues, solo de “verbos rectores complementarios”.<sup>4</sup> Cada uno designa un comportamiento que puede ejecutarse de manera simultánea a la utilización de los medios previstos en el tipo legal o como una consecuencia del empleo de estos últimos.

Para comprender esta manera de leer el tipo legal del artículo 400, se debe prestar mucha atención a la redacción del texto. En primer lugar, al empleo del término *invocando*, que también fue utilizado en el derogado artículo 147 CP colombiano. En el artículo 476 CP español de 1928, por el contrario, se hablaba de “aparentando influencias”. Sin embargo, los tres artículos se inspiran en el texto del artículo 346 CP italiano, en el que se dice “chiunque millantando”.

Expresión que significa “alegando, exagerando” tener influencias. Si bien el texto español es más fiel al italiano, no significa que la palabra *invocando* deba ser comprendida en el sentido de “aparentando”. Lo impide el hecho de que en nuestro texto legal, a diferencia del español, se alude expresamente tanto a influencias reales como simuladas y, por tanto, sería un contrasentido decir, respecto a las segundas, que el agente actúa “aparentando influencias simuladas” (dar a entender lo que no es).

El término *invocando* debe ser comprendido, en consecuencia, teniendo en cuenta —además de las referencias hechas al derecho comparado— la particular manera como es utilizada por el legislador peruano: el gerundio del verbo *invocar*. Esta forma significa simultaneidad o anterioridad del hecho de invocar respecto al de recibir o hacerse prometer. Es decir, comunica a la acción verbal una dimensión de duración. Esto permite afirmar que la acción de

3 Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración Pública*, Grijley, Lima, 2001, pp. 436 y ss.

4 Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración Pública*, cit., 2001, pp. 437.

invocar, por ejemplo, puede tener lugar con anterioridad, pero también puede darse de manera simultánea a la de recibir, hacer o prometer.

El sentido en que debe ser entendido el término *invocar* no debe ser el primero que señala el Diccionario de la Real Academia Española<sup>5</sup>: “Demandar ayuda mediante una súplica vehemente”. Es, más bien, el interesado en que se influya sobre un funcionario quien, con frecuencia, recurre a solicitar favor o auxilio para resolver sus problemas judiciales o administrativos. Por el contrario, resulta más coherente tener en cuenta el segundo significado indicado en dicho diccionario, en la medida en que se refiere a alegar (por ejemplo, cuando se cita una ley, costumbre o razón), en el sentido de demandar ayuda mediante una súplica vehemente. Así, se comprendería que el agente del artículo 400 expone al tercero las influencias de que dispone, por ejemplo, para convenirlo de que tiene la capacidad de interceder en su favor ante el funcionario o servidor público.

No es necesario, por tanto, atribuir al término *invocar* el sentido de convenir o acordar la venta de influencias (por influencia de la expresión “venta de humo”, no conforme a nuestra ley). El aspecto de acuerdo o convenio del comportamiento delictuoso está indicado, como luego lo veremos, por los verbos principales del tipo legal. El factor central es el de recibir, hacer dar o prometer ofreciendo interceder y no la invocación de influencias (medio delictivo)<sup>6</sup>.

La posibilidad de concebir el comportamiento también como un conjunto de actos que se producen en forma paralela es, asimismo, reforzada por la manera en que se hace referencia al “ofrecimiento de interceder”. El agente, al mismo tiempo de recibir, hacer dar o prometer una ventaja de parte del tercero, le ofrece interceder. De este modo, refuerza el convencimiento con que interviene el tercero, el mismo que puede, previamente, haber ofrecido la ventaja.

Por la manera en que está redactado el texto se puede pensar, primero, que el agente invoque, reciba y, luego, ofrezca interceder; segundo, que invoque y que al recibir ofrezca interceder; tercero, que en un mismo lapso —indistinta y estrechamente relacionados— se produzcan los tres actos. En todo caso, lo interesante por ahora es subrayar que la referencia al ofrecimiento de una ventaja

5 Vigésima segunda edición, 2001.

6 FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, reimpresión, Bolonia, Yunichelli, 1993, p. 311. Cfr. FERREIRA, *Delitos contra la administración Pública*, 1995, p. 116.

permite atribuir al artículo 400 el sentido amplio que proponemos: realización sucesiva o simultánea de los actos en cuestión.

En el artículo 147 CP colombiano, tomado en cuenta por nuestro legislador, en lugar de prever el elemento objetivo de ofrecer, se preveía un elemento subjetivo con las palabras “con el fin de obtener favor de un empleado”. De este modo, el agente, al invocar influencias, debía hacerlo con el móvil de lograr ese objetivo. El acto material de ofrecer interceder —contrariamente a lo previsto en nuestra ley— no necesitaba realizarse porque no constituía un elemento objetivo del tipo legal. La simultaneidad de estos factores era evidente. Por ejemplo: recibir la ventaja para lograr que el empleado dicte una resolución en un sentido determinado.

También se percibe esta posibilidad de simultaneidad en la descripción contenida en el artículo 404 bis, letra c, CP español derogado. Se dice “los que ofreciendo hacer uso de influencias [...] solicitaren dádivas [...]”. Al momento de solicitar, el agente bien puede justificar su pedido de pago afirmando que puede intervenir ante el funcionario respectivo. No implica, por tanto, que necesariamente alegue primero tener influencias y luego reclame la dádiva a la persona interesada.

En el artículo 346 CP italiano no se menciona que el agente ofrezca interceder, ni que su fin sea obtener favor de un empleado, sino que considera que el dinero o utilidad debe ser, por ejemplo, recibida por el agente “como precio de su propia mediación”. Lo que implica, en buena cuenta, que se trata de un elemento muy relacionado al hecho de que exista un vínculo con la intervención del tercero.

En la hipótesis de simultaneidad de actos —en especial, tratándose del caso en el que las influencias son reales— el comportamiento delictuoso, descrito en el artículo 400, consiste en un comportamiento complejo en el que el agente y el tercero —sin importar quién es el que toma la iniciativa— actúan simultáneamente con la finalidad de lograr, por parte del autor, recibir, hacer dar o prometer una ventaja, invocando influencias y ofreciendo interceder; y por parte del tercero proponer, pedir al agente para que ejerza influencia y dar o prometer la ventaja. La segunda hipótesis es que los actos se desarrollen sucesivamente: el agente alega que tiene capacidad de influir, ofrece interceder ante funcionario y determina al tercero para que haga un acto de disposición en favor del agente o de un tercero.

De esta manera, el legislador ha buscado comprender en el tipo legal las diversas formas en que tienen lugar, generalmente, los comportamientos diri-

gidos a influir de manera indebida en la toma de decisiones de los órganos de la Administración pública, comportamientos que son cometidos casi en secreto y que se presentan como negociaciones en las que se discuten y establecen las condiciones (servicio y contraprestación) respectivas.

## **b. Indeterminación de los comportamientos incriminados**

Los problemas de comprensión de la descripción del comportamiento delictuoso surgen, también, debido a la manera en que se enumeran las acciones incriminadas, enumeración alternativa y que implica que para la consumación del delito basta que el agente haya cometido una de las acciones mencionadas, no que haya utilizado uno de los medios (invocar, ofrecer interceder).

El artículo 400 dice que el agente “recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja [...]”. La coma después de la palabra *recibe* figura en el artículo 147 CP colombiano, pero no en el artículo 346 CP italiano. Por el contrario, en esta última disposición la expresión “para sí o para otro” aparece entre comas. Con ello se comprende, con cierta claridad, que concierne a los tres comportamientos. Por el contrario, en el texto peruano puede pensarse que dicha expresión solo está referida a *hacer proceder o prometer*, y no así a *recibir*, que está separada (esta última forma) por comas en el texto.

En esta perspectiva, se puede entender el artículo 400, primero en el sentido de que, por un lado, el agente recibe del tercero la ventaja para su beneficio personal y, por otro, hace que el tercero dé a otra persona la ventaja o que prometa conceder una ventaja a otra persona (no puede pensarse que se trate de hacer prometer que haga una promesa de dar a un tercero); segundo, en el sentido de que la acción de recibir también está relacionada con la expresión “para sí o para otro”, lo que significa, entonces, que el agente puede recibir la ventaja tanto para su beneficio personal como para entregarla a un tercero. Sin embargo, en ese caso no aparece claro que el agente se haga dar por el tercero la ventaja para sí mismo, pues esto no es diferente de que la reciba (primera forma verbal).

Mediante el uso del verbo *recibir* el legislador ha pensado, en primer lugar, que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja. Mediante el acto de entregar —en caso de no existir pedido de parte de quien recibe— el que da empuja al agente a aceptar y recibir la ventaja, ocasión en que este último ofrece interceder, es decir, hacer lo que le pide el tercero. En este contexto —y globalmente— el comportamiento aparece como una negociación, en la

que agente y tercero interactúan para alcanzar sus objetivos personales. Hablar de *tráfico de influencias* es incorrecto si con ello se busca hacer admitir que se trata, por un lado, de comerciar, negociar con dinero y mercancías y, por otro, de negociar de modo que se produzca un beneficio estrictamente patrimonial.

Las tres formas verbales escogidas por el legislador ponen en evidencia que la idea que este se hacía del desarrollo del comportamiento delictuoso era que podía también consistir en la simultaneidad de actos. De esta manera, pensaba abarcar el mayor número de variantes. Ese modo de proceder lo ha conducido —al menos con respecto a algunas de dichas variantes— a no respetar convenientemente el principio de legalidad.

## 5. Posición sistemática del artículo 400 CP

La comprensión de una disposición puede ser facilitada mediante la consideración de la ubicación que el legislador le ha dado, en general, dentro del ordenamiento jurídico y, en particular, al interior de una ley (en nuestro caso, en el Código Penal). El sitio escogido muestra las relaciones que la disposición tiene con las demás normas legales y, asimismo, pone en evidencia su finalidad. Esto último ocurre debido a que en el Código Penal las disposiciones de la parte especial son clasificadas de acuerdo con los bienes jurídicos protegidos.

Debido a la complejidad del tipo legal previsto en el artículo 400, su colocación entre las disposiciones relativas a los delitos contra la Administración pública no resulta muy coherente. Si se tiene en cuenta que estas infracciones se distinguen según sean cometidas por particulares o por funcionarios, no es claro por qué los comportamientos incriminados en el artículo 400 han sido colocados en el segundo grupo, ya que según el texto legal pueden ser cometidos por cualquiera. Dicho de otra manera: en ninguna de las hipótesis contenidas en el artículo 400 la comisión del delito supone la violación de un deber especial de función. Sin embargo, si se trata de un funcionario, este no debe actuar en el ejercicio de sus funciones, sino como un particular cualquiera; en caso contrario, incurrirá en un delito contra los deberes de función y, según las circunstancias, en concurso con lo previsto en el artículo 400.

A diferencia de otras leyes, en el artículo 400, a diferencia de lo que se prevé en otras disposiciones, no se exige de modo expreso que el agente tenga la capacidad de influir en la decisión del funcionario o servidor público. De manera implícita se toma en cuenta esta capacidad en el caso relativo a influencias reales, ya que estas hacen suponer que el agente puede efectivamente ejercer una influencia sobre el funcionario o servidor público. Sin embargo,

la persona que simula tener influencias ante un funcionario determinado no tiene esa capacidad. Este proceder significa que el agente finge tener una capacidad que en realidad no posee.

Si no es equivocado, al menos sí es muy confuso hablar respecto al artículo 400, sobre todo en relación con los casos de simulación de influencias de un sujeto activo sui generis, en el sentido de que este solamente es “la persona que puede invocar la influencia”. Cualquiera puede presentar una cosa fingiendo, imitando lo que no es (que las influencias son reales). En cambio, para alegar influencias reales es indispensable poseerlas verdaderamente. Es decir, la condición de autor está determinada por la diversidad de las hipótesis previstas en el artículo 400.

## 6. Finalidad de la protección penal

### a. Objeto del delito

Los defectos del texto legal —señalados de manera repetida— también repercuten en la determinación de lo que debe ser considerado como “objeto del delito” (cosa, relación, persona, por ejemplo, sobre la que recae la acción delictuosa).

En el artículo 400, el bien que el agente recibe y el tercero da es indicado por el legislador peruano —igual que en los otros tipos legales de los delitos de corrupción de funcionarios— con las palabras “donativos, promesa o cualquier otra ventaja”, los que no corresponden a los vocablos usados por el legislador italiano “denaro o altra utilità”. Mientras tanto, el legislador colombiano utiliza las expresiones “dinero o dádivas”. En realidad, el legislador peruano prefirió seguir utilizando la terminología del Código de 1924 (artículo 349 y ss.).

El término *donativo* está mal empleado, pues proviene del verbo *donar* que significa “traspasar graciosamente a otro algo o el derecho que sobre ello tiene”<sup>7</sup>. Por lo tanto, *donativo* significa “Dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios”<sup>8</sup>. En la disposición analizada, no se trata de ninguno de estos casos. El tercero no entrega gratuitamente al agente la cosa (en el caso de “recibir”), sino como precio o retribución del ofrecimiento

7 Diccionario de la Real Academia Española, 2001.

8 Diccionario de la Real Academia Española, 2001.

de interceder ante el funcionario o servidor público. Lo que debe retenerse es que el objeto materia del acto es algo de valor que beneficia a quien lo recibe.

Tampoco es acertado el uso de la palabra *promesas* para designar el objeto del delito. En primer lugar, porque si bien se pueden recibir o hacer dar promesas, no es coherente, como ya lo hemos destacado, hablar de “hacer prometer promesas”. En segundo lugar, porque no se indica el contenido de la promesa. Hay que pensar que se trata de promesas referentes a donativos o a cualquier otra ventaja. Esta incongruencia se debe a que el legislador se inspiró sin mayor reflexión en el Código Penal colombiano e, indirectamente, en el italiano, en los que se hablaba de “hacer prometer”, pero en referencia a dinero, dádivas u otra utilidad. Ignorar el término *promesas* no afecta la economía de la disposición; más bien, permite comprender mejor su sentido.

La expresión “otra ventaja” juega el papel de cláusula general que completa la breve lista constituida por “donativos y promesas” (mencionados casi a título de ejemplos). De esta manera, el legislador ha buscado evitar vacíos teniendo en cuenta las innumerables formas en que puede consistir la contrapartida del ofrecimiento de interceder que hace el agente, más aún, de los medios que se pueden utilizar para corromper a los funcionarios (razón por la cual son mencionados en los tipos legales de los delitos de corrupción).

La expresión puede entenderse de manera restringida o amplia. En el primer caso, se trataría solo de las ventajas de orden patrimonial o, al menos, material. En el segundo, mientras tanto, cualquier prestación que comporte un beneficio al agente o a un tercero. Ninguno de estos criterios debe ser aceptado como tal<sup>9</sup>, ya que el segundo extiende demasiado el campo de aplicación de la disposición y lleva a considerar realizada la condición aun cuando la utilidad o beneficio para el agente sean insignificantes. La comprensión restringida disminuiría en exceso la esfera de protección penal. Además, nada impide que un beneficio no patrimonial sea una ventaja relevante para la realización del comportamiento incriminado. El aspecto decisivo es que la ventaja dada o prometida sea válida como compensación al ofrecimiento de interceder<sup>10</sup>. Dicha ventaja debe, en cierta manera, desempeñar el mismo papel que los donativos, por lo que deben tener cierta materialidad. En el Código Penal francés<sup>11</sup> —siguiendo una tradición legislativa— se enumeran largamente las

9 FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 164.

10 Cfr. RICCIO, *Millantato credito. Novissimo Digesto italiano*, Bologna, 1964, t. X, p. 694.

11 Un caso muy citado y discutido en Francia es el de las ventajas de orden sexual. Cfr. JCP 1968 II 15359; nota sobre esta sentencia: SÍGALAS 1969: 329; comentario: VITU. En Italia, igualmente, Cass. 8 de junio de 1965, Foro Italiano, 1966, II, p. 312.

ventajas que el traficante de influencias puede beneficiar. En su artículo 433-1 (artículo 178 CP precedente) se mencionan “distinciones, empleos [...] o toda otra decisión favorable”.

Por todas estas razones hay que comprender la expresión “cualquier otra ventaja” en el sentido de comprender tanto beneficios patrimoniales como no patrimoniales<sup>12</sup>, pero que impliquen una utilidad apropiada para que el agente convenga en recibirla o aceptarla como objeto de la promesa de parte del tercero.

## b. Bien jurídico

Como se desprende de todo lo expuesto anteriormente, los sentidos en que se ha considerado que deben ser corregidas las imprecisiones del texto o completadas sus lagunas solo son propuestas de cómo —desde nuestra perspectiva— debe escogerse uno de los posibles sentidos para atribuirle un contenido. Dichas proposiciones están determinadas por criterios de valor (por ejemplo, justicia, oportunidad, probidad en el ejercicio de un cargo público, debido funcionamiento del sistema de control penal). Estos criterios se ponen en evidencia, por ejemplo, cuando se fija cuál es el bien jurídico que se protege mediante la represión del delito previsto en el artículo 400.

En la doctrina comparada<sup>13</sup> —basada en legislaciones diferentes aunque con rasgos comunes— la determinación del bien jurídico protegido ha dado lugar a una discusión profunda y aún persistente. En realidad, se trata de precisar cuál de los aspectos de la Administración pública es el concernido. Algunos han sostenido<sup>14</sup> que se tutela su prestigio ante el hecho de que el delincuente hace aparecer falsamente al funcionario como corruptible. Otros, considerando que se trata de una *vendita di fumo*, afirman que el bien protegido es el patrimonio del tercero<sup>15</sup>. Del mismo modo, se ha sostenido que se tutela el buen y transparente funcionamiento de la administración pública<sup>16</sup>.

---

12 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración Pública*, cit., p. 367.

13 SEMERARO, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000, pp. 23 y ss.

14 MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, Die delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, 1950, t. V, p. 535; RICCIO, *Millantato credito. Novissimo Digesto italiano*, cit., 1964, p. 695.

15 ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Ed. De L. Conti., Giuffrè, 1995, p. 371.

16 PEDRAZZI, “Millantato credito: trafic d’influence, influence peddling”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968, p. 968; TAGLIARINI, “Millantato crédito”, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976, t. XXVI, p. 316.

Para pronunciarse sobre esta cuestión es indispensable tener en cuenta el contexto legislativo y constitucional en el que se ha regulado el comportamiento previsto en el artículo 400. El primer paso consiste en analizar su ubicación en la parte especial del Código Penal. Como ya lo hemos señalado, el legislador ha abandonado el criterio —vigente aún en el Código Penal derogado— de considerar el delito analizado como un caso de atentado contra el patrimonio (a título de delito de estafa). Lo ha ubicado en el título XVIII (sobre delitos contra la Administración pública). Dicho título está constituido por cuatro capítulos, de los cuales los dos primeros clasifican los delitos según sean cometidos por particulares o funcionarios. Como ya lo hemos destacado, el delito previsto en el artículo 400 ha sido insertado entre los últimos, a pesar de que las personas que participan necesariamente son particulares o deben obrar como tales.

Como lo indica la designación del título XVIII, en principio, habría que considerar que el comportamiento en cuestión constituye, en general, un atentado contra la Administración pública, ataque que, por no preverlo el tipo legal, no necesita producir un resultado físico y temporalmente separado de la acción.

Ahora bien, veamos qué sucede respecto a las diversas hipótesis previstas en el artículo comentado. Si el agente invoca influencias reales, significa que tiene la capacidad, es decir, el poder efectivo de influir sobre el funcionario; si, además, su ofrecimiento de interceder ante este es serio, se puede admitir que este comportamiento podría afectar el funcionamiento de la Administración pública, en particular si el funcionario o servidor público conoce el caso. El aspecto estrictamente concernido sería el proceso de la toma de decisiones por parte de los órganos de la Administración pública.

No se puede sostener lo mismo en el caso de que el funcionario o servidor público haya conocido el caso, pues ya no depende de él cómo continuará desarrollándose el proceso judicial o administrativo. Esta hipótesis supone, más bien, que quien otorga la ventaja o la promete ignora realmente el estado en que se encuentra su caso, o que haya sido engañado por el agente. En ambas situaciones, no es más la marcha o el funcionamiento de la Administración pública (el proceso de tomar decisiones) lo que es comprometido, salvo que se suponga que dicho funcionario puede aún, de alguna manera, influir sobre los actos del funcionario que en su lugar tendrá a su cargo el proceso. De lo contrario tendría que pensarse que el objetivo del legislador, en cuanto a esta hipótesis, es proteger el prestigio del funcionario y, por tanto, el de la administración a la que pertenece.

Con mayor razón es posible negar que dicho efecto puede producirse cuando el agente simula influencias, lo que implica un engaño o fraude e, igualmente, que su oferta de interceder no es seria porque carece de capacidad real para influir en la decisión del funcionario o servidor público, y menos aún cuando este ya no conoce más el caso. Si algún lejano peligro para el funcionamiento correcto de la Administración pública podría aún imaginarse en la hipótesis del párrafo precedente, la creación de este peligro resulta muy poco probable. Más aún, en esta perspectiva resulta poco verosímil que la acción sea adecuada para perjudicar la Administración pública.

De todo esto no se puede deducir que el artículo 400 contradiga al principio de lesividad<sup>17</sup>, pues hay que admitir que de alguna manera los comportamientos descritos en el tipo legal tienen que ver con el funcionamiento de la Administración pública<sup>18</sup>. El vínculo está dado por el hecho de que la Administración pública requiere gozar de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades, en beneficio del tratamiento igual de todos los que recurran a ella o estén sometidos a sus órganos. Invocar influencias —reales o simuladas— con el ofrecimiento —serio o no— de interceder ante un funcionario o servidor público supone hacer comprender al tercero que este es corruptible, y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la Administración pública. Este hecho ha sido considerado por el legislador como un factor que puede crear un ambiente desfavorable para el buen funcionamiento de la administración, en especial del proceso de toma de decisiones. Así, en esta perspectiva se puede afirmar que se trata de un delito de peligro abstracto.

Otra cuestión es saber si todas las hipótesis previstas en el artículo 400 son propias para crear dicho peligro de un modo tal que sea justo recurrir al derecho penal para reprimir a los responsables. La respuesta solo puede ser afirmativa, sin duda, cuando las influencias invocadas sean reales, ya que el agente tiene la capacidad de ofrecer con seriedad interceder ante el funcionario y, llegado el caso, de hacerlo realmente (de suceder así se podría configurar aun otro delito contra la Administración pública).

---

17 En relación con el derecho español, cfr. CUGAT MAURI, *Las desviaciones del interés general el tráfico de influencias*, 1997, pp. 240 y ss., y la bibliografía ahí citada.

18 Es interesante indicar que en una reciente sentencia de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Colombia, del 19 de marzo de 2002, se afirma que el tráfico de influencias (ahora, caso agravado de estafa) “sigue considerándose punible por el legislador [en el nuevo Código Penal], es lesiva y merece reproche, por afectar preponderantemente el bien jurídico del patrimonio y en otro plano los bienes jurídicos de la administración pública y la administración de justicia”.

Por el contrario, la respuesta es negativa en los casos en que se trata de influencias simuladas. Aquí el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de 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 sobre el funcionario. Respecto a esta segunda hipótesis, el artículo 400 prevé de manera muy amplia un delito de peligro abstracto, lo que lleva —conforme al criterio de la *ultima ratio*— a plantear la cuestión, por un lado, de si es correcto de reprimir, como lo ha hecho el legislador peruano, todos los casos previstos en el artículo 400 y, por otro, si no debería hacerlo, como nosotros lo creemos. En las hipótesis en que no existe la posibilidad de que el agente interceda ante el funcionario o servidor público para influir en sus decisiones. Hacerlo constituye una violación del principio de que solo debe recurrirse al derecho penal cuando un bien jurídico fundamental es perjudicado o puesto en peligro de manera significativa.

Tratar de impedir la aplicación del artículo 400 calificándolo globalmente como contrario a la Constitución o a los principios de lesividad o de proporcionalidad de penas no es del todo correcto por no ser cierto respecto a todo su contenido. Si los jueces ejercieran realmente su poder, podrían al menos no aplicar el artículo 400 respecto a los casos insignificantes por no representar un peligro serio para el funcionamiento de la Administración pública (reducción teleológica del tipo legal).

## 7. Dificultades relativas a la participación delictuosa

### a. Intervención necesaria del tercero

Su deficiente redacción, su equívoca ubicación sistemática y su imprecisa terminología han dado lugar a numerosas y diversas opiniones respecto al papel atribuido al tercero que interviene en la comisión del delito. Materialmente, este debe realizar el acto que constituye la contrapartida de los verbos típicos *recibir*, *hacer dar* o *hacer prometer* una ventaja para el agente mismo o para un tercero (no necesariamente el funcionario o servidor público concernido).

Mediante su comportamiento, el tercero hace que el accionar del agente se consume, de modo que su intervención es indispensable para la realización completa del delito. Se trata, pues, de un delito plurisubjetivo, en el sentido de que —conforme al texto legal— su realización no puede producirse sin la participación de dos o más personas. Esta manera de concebir la realización

del delito es utilizada por el legislador en el Código Penal de diferentes modos y con diversos objetivos.

Por ejemplo, el delito previsto en el artículo 315 solo puede tener lugar si un número indeterminado de personas se reúnen de manera tumultuosa y cada una es autor, aun cuando ellas mismas hayan sido objeto de violencia sobre sus personas. Por el contrario, en el caso de la estafa (artículo 196), si bien el delito requiere la participación de quien sufre el perjuicio patrimonial — motivada por el comportamiento fraudulento del estafador—, solamente este es reprimido como autor de estafa, mientras que quien actúa bajo la influencia del engaño es la víctima del delito.

La estructura del delito previsto en el artículo 400 es casi la misma que la del delito de estafa, sobre todo en las hipótesis en que el agente simula influencias y, por tanto, no puede ofrecer seriamente interceder ante el funcionario o servidor público. La similitud es casi perfecta cuando la ventaja dada o prometida constituye un bien patrimonial. Por ello, conforme al Código Penal de 1924, se reprimía este tipo de comportamiento como un caso de estafa (influencia mentida, artículo 244) y defraudación “con pretexto de supuesta remuneración a los jueces o empleados públicos” (artículo 245.8)<sup>19</sup>.

No es el caso, por el contrario, cuando el agente alega influencias reales y el tercero, sabiendo que efectivamente es así, consciente y voluntariamente concede la ventaja confiando en que el ofrecimiento del agente de interceder ante el funcionario o servidor público es serio. Su intervención no puede ser comparada ni con la de quienes participan en reunión tumultuosa (no son considerados como autores al mismo título que el agente que recibe ventaja alegando influencias) ni con la de quien es engañado en caso de la estafa porque no es víctima sino, más bien, potencial o real beneficiario del ofrecimiento del agente.

El legislador no ha establecido expresamente si y cómo el tercero debería ser considerado penalmente responsable; como lo hace, por ejemplo, en el caso del delito de matrimonio ilegal. La ejecución de este delito implica la participación necesaria de dos individuos. ¿Qué responsabilidad penal atribuirles? Si ambos son casados no hay problema, ya que realizan en conjunto el delito

---

19 En el Código Penal vigente ha sido previsto el antiguo tráfico de influencias (artículo 147) como un caso agravado de estafa. En la sentencia del 19 de marzo de 2002 de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se afirma: “la conducta ontológica consistente en invocar influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, fue recogida bajo el *nomen iuris* de estafa agravada por los artículos 246 y 247 del nuevo Código Penal”.

y, por tanto, cada uno es autor (no coautores). Si el varón es casado y oculta a la mujer su estado civil, será reprimido conforme al artículo 139, párrafo primero. Pero si se trata de una soltera, que actúa de buena fe o engañada por el varón, queda impune a pesar de que sin su intervención el delito no hubiese sido consumado. El engaño, conforme al párrafo segundo de esta disposición, constituye una circunstancia agravante. En cambio, si hubiera actuado sabiendo que el varón era casado y si, hipotéticamente, imaginamos que el legislador no hubiese regulado este caso, habría sido indispensable determinar si y cómo reprimirla. No hubiera sido posible considerarla autora del delito porque no reúne la condición de casada. La cuestión se hubiese tenido que plantear en el nivel de la participación delictuosa secundaria o accesorio. El legislador ha respondido de manera expresa previendo que esta conducta será reprimida a condición de que se contraiga el matrimonio sabiendo que el otro contrayente es una persona casada.

Como el legislador ha omitido regular de manera explícita la situación respecto al artículo 400, se puede, sin embargo, sostener que el tercero —por la manera en que se individualiza al agente— no puede ser considerado autor individual ni coautor. La coautoría supone un acuerdo previo, el *animus auctoris* de cada participante y el dominio de hecho de la realización de la infracción. Estas condiciones no pueden darse en el caso analizado. Sin embargo, queda abierta la cuestión de si podría responsabilizarse al tercero de acuerdo con las reglas de la participación secundaria (instigación o complicidad).

## b. Instigación

Según el artículo 24, es instigador quien, consciente y voluntariamente, determina a otro a cometer un hecho punible de manera que mediante sus actos debe hacer que el instigado realice el comportamiento delictuoso concreto. Poco importa —salvo casos graves de violencia— el medio que utilice el instigador. El aspecto decisivo es que cree las circunstancias apropiadas para que el tercero decida pasar a la ejecución del delito. También lo es que quiera la comisión de la infracción, infracción que debe ser ejecutada con intención por el instigado. Evidentemente, la persona que ya está decidida a cometer el hecho delictuoso concreto proyectado por el “instigador” no puede ser instigado. Por el contrario, un delincuente a sueldo, en principio dispuesto a cometer delitos por recompensa, puede ser convencido para que cometa un crimen determinado<sup>20</sup>. Lo mismo puede acontecer con quien hace de la corrupción de funcionarios el medio para beneficiarse personalmente. El

---

20 HURTADO POZO, *Nociones básicas de derecho penal de Guatemala*, cit., 2000, p. 548.

factor decisivo es, como dice la ley (artículo 24), “el hecho punible” (concreto). De no admitirse este criterio, para evitar la represión —cuando no se está dispuesto a ejecutar personalmente el delito— bastaría con dirigirse a uno de estos personajes para hacer que lo cometa.

En el caso del artículo 400, y en relación con la intervención del tercero interesado en que se ejerza influencia sobre el funcionario o servidor público, el análisis de si este funcionario puede actuar o no como instigador depende mucho de la manera en que se comprende la descripción del comportamiento contenida en dicha disposición. Así, si se entiende que el comportamiento consiste siempre y únicamente en la secuencia de —primero— invocar influencias, —segundo— ofrecer interceder y —tercero— decidir al tercero a, por ejemplo, entregar una dádiva, resultará difícil admitir que la iniciativa proviene del tercero con la finalidad de persuadir al agente a realizar el delito previsto en el mismo artículo 400. Dicho de otra manera, si se considera que el verbo principal es *invocar*, no es admisible que el tercero persuada, convenza al agente para que este invoque ante el mismo tercero influencias reales o simuladas y que le ofrezca interceder ante el órgano de la Administración pública (“invoca ante mí, ofrézcame interceder y persuádeme de que te dé una ventaja cualquiera”). Aun cuando la comparación no es del todo correcta, por razones prácticas se puede decir que sería como admitir, en el ejemplo de la estafa, que la persona estafada pueda persuadir al delincuente para que la engañe.

En cambio, si constatamos, primero, como lo hemos planteado, que el comportamiento delictuoso está individualizado por los verbos *recibir*, *hacer dar o prometer*, y que la descripción del comportamiento delictuoso en el tipo legal comprende también los casos en que los participantes necesarios (agente y tercero) actúan con simultaneidad, de modo que se influyen recíprocamente, luego podríamos afirmar que los hechos revestirían la forma de una negociación en la que, por ejemplo, quien está en posición de ejercer influencia sobre un órgano de la Administración pública trata con la persona interesada en que se resuelva favorablemente para sí un caso judicial, y le sugiere que tal vez pueda interceder ante el juez que conoce el caso, ocasión en que ambos exponen lo que pueden hacer, uno para influir y el otro para compensar, hasta que logran ponerse de acuerdo, y concluye con la acción de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja.

Vistas las cosas en esta perspectiva (diferente a la que se tiene cuando se trata de invocar influencias simuladas), se trataría, en buena cuenta, de un conjunto de actos destinados a torcer la marcha de la Administración pública. La coincidencia de las voluntades del agente y del tercero no se debe a que el

agente persuade a este último a dar la ventaja, ni a un acuerdo previo propio de la participación en coautoría, sino a la influencia del tercero sobre el agente para que este se decida (instigación) o para reforzar su decisión delictuosa (complicidad psíquica o intelectual). En caso de lograrse que, por ejemplo, el juez dicte la resolución buscada, esto puede constituir, según las condiciones concretas, un caso de participación en la infracción especial consumada (corrupción, cohecho, por ejemplo), circunstancia en que se presentaría una cuestión de concurso de delitos.

Así, de no tener lugar, por diversas razones, el acto judicial o administrativo esperado por el tercero interesado, puede admitirse —de acuerdo con los hechos indicados y con las diferentes hipótesis comprendidas en el artículo 400— que este último ha propiciado que el agente alegue, explique qué influencias puede ejercer para ayudarlo y que le prometa interceder en su favor y, así, obtenido que acepte recibir la ventaja que está dispuesto a darle o prometer a un tercero. Esta interpretación es factible y admisible, como lo hemos subrayado, en razón de que el legislador ha redactado el tipo legal con la finalidad de comprender los diversos casos de tráfico de influencias y permitir la represión, debido a que resulta más fácil probar los hechos.

### **c. Complicidad**

En esta perspectiva, es posible, asimismo, sostener que el tercero puede ser responsabilizado a título de complicidad, en caso de no haber ido tan lejos en su intervención, como en el ejemplo dado, de manera que pueda configurarse la instigación. Esto se explica por el simple hecho de que sin su colaboración no se hubiera cometido el delito (artículo 25), intervención voluntaria que debe hacerse sabiendo que se contribuye a que se cree la situación de peligro, y que implica la posibilidad de que el agente influya indebidamente en el funcionario o servidor público. Así, esta argumentación concierne a los casos en que se trata de influencias reales en oposición a los casos de influencias simuladas. La responsabilidad a título de complicidad es facilitada porque esta puede ser de orden material o intelectual. En cuanto a esto último, mediante su contribución estimula la decisión del agente y así contribuye a la realización del delito.

### **d. Aspecto subjetivo**

En el aspecto subjetivo, la complicidad y la instigación son comportamientos dolosos, conforme a las exigencias expresas de la ley (artículos 24 y 25).

El instigador debe tener tanto el dolo de instigar como el de que el instigado ejecute el comportamiento delictivo<sup>21</sup>. En los dos niveles, el instigador puede incurrir en un error sobre los elementos del tipo legal objetivo<sup>22</sup>, caso en el que desaparecería la intención y, por tanto, no se daría la instigación. Sin embargo, dada la manera en que está estructurado el tipo del artículo 400, resulta difícil imaginar que, por ejemplo, quien busca ayuda ante quien tiene el poder de influir sobre un funcionario no sepa que sus actos (propuestas, pedido, acuerdo) no empujan a aquel a aceptar el donativo o la promesa de una ventaja para sí o para otro.

Ser consciente de lo que se hace o de su significación es importante en el nivel de la culpabilidad, ya que puede influir en la formulación del reproche que se hace al agente de no haber actuado conforme a derecho teniendo la capacidad de hacerlo. En este nivel lo importante es saber si el imputado tenía razones suficientes para creerse con derecho a actuar de la manera como lo hizo (error sobre el carácter ilícito del acto típico)<sup>23</sup>. Como en principio sabe que su comportamiento es contrario a derecho, puede acontecer que crea actuar bajo la protección de una circunstancia de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, acto permitido u ordenado por la ley, etc.). No es suficiente, por el contrario, el hecho de que se trate de un comportamiento frecuentemente permitido y tolerado (no reprimido eficazmente) para creer que ha dejado de ser ilícito, sobre todo, cuando en la realización de la infracción está comprometida una persona que forma parte del aparato estatal que, por su función, debería hacer respetar los mandatos del ordenamiento jurídico (el hecho de que los “pillos” tengan la vía libre no significa que todos pueden contribuir a que cometan sus fechorías y a aprovecharse de ellas).

#### e. Represión del tercero como participante secundario

Ahora bien, aun cuando sea posible poder calificar de instigación o complicidad la intervención del tercero, queda abierta la cuestión de si el legislador ha admitido o excluido su represión en tanto que partícipe.

Cualquiera que sea la manera en que el delito ha sido descrito en la ley, los autores han respondido de modo diferente a esta cuestión. Así, se puede afirmar que el texto legal, aunque base del principio de la legalidad, no im-

21 HURTADO POZO, *Droit pénal. Partie générale*, Zürich. Schulthess, 2002, t. II, pp. 802 y ss.

22 HURTADO POZO, *Droit pénal. Partie générale*, cit., 2002, pp. 221 y ss.

23 HURTADO POZO, *Droit pénal. Partie générale*, cit., 2002, pp. 536 y ss.

pone una sola respuesta, sea afirmativa o negativa. Esta constatación es, en realidad, superflua, ya que constituye una simple confirmación de lo que es la interpretación de la ley.

Se afirma la impunidad del tercero, al considerar que los actos de este y del agente deben ser valorados de modo distinto, y que, en realidad, lo realizado por el tercero no afecta al bien jurídico protegido. Por tanto, solo el agente merece ser reprimido penalmente. Esta puede haber sido la percepción del legislador. Este argumento constituye, en buena cuenta, una consecuencia del principio de la legalidad (artículo 1) y, a veces, es reforzado al destacarse que la instigación no se da o, al menos, puede no darse en la medida en que aparece coherente “con la struttura della norma, incardinata sulla nota modale della millanteria”<sup>24</sup>. Esta opinión es admisible de acuerdo con la manera en que el delito ha sido tipificado en el artículo 346, párrafo 1 del CP italiano (al cual se refiere la opinión citada), en la medida en que *millanteria* implica hasta cierto punto un comportamiento fraudulento (jactarse, vanagloriarse, farolear de tener influencias). De este modo, se acerca, en cierta manera, al actuar del estafador. Por lo tanto, es admisible que en este contexto se niegue la posibilidad de que se dé la instigación. Pero este no es el caso del artículo 400 CP peruano, sobre todo en la hipótesis en que el autor, por ejemplo, recibe una ventaja y para lo cual invoca (alega, manifiesta tener) influencias reales, así como tiene el propósito firme de interceder ante el funcionario que debe decidir.

Respecto al criterio de la impunidad basada en la aplicación del principio de legalidad, hay que destacar que ciertos autores que rechazan que se aplique de manera general y absoluta a todos los delitos plurisubjetivos. Proponen<sup>25</sup>, por el contrario, que se tenga en cuenta la *voluntas legis*, es decir, mediante la verificación de si dicha impunidad corresponde o no a la finalidad de la norma. Con este objetivo se deberá tener en cuenta si lo realizado por el partícipe es solo el mínimo requerido para que se consuma la infracción (entregar el dinero solicitado por el delincuente) o si su comportamiento va más allá de este límite legal<sup>26</sup>. En este sentido, el hecho de que el tercero intervenga de

24 DI MARTINO, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione. L'indice penale*, vol. IV, N.º 1, 2001, p. 164.

25 Es el caso de ANTOLISE, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, cit., p. 497, aunque niega la instigación en caso de la millanteria conforme al derecho italiano.

26 En la doctrina —en particular en la alemana— se discute el problema respecto a la noción de Mindestmitwirkung, cfr. ROXIN 2003: § 26 N.º 50 y ss. También se habla de rollenüberschreitende Teilnahme, cfr. JAKOBS 1991: 24/12.

manera más consecuente y decisiva justifica que se aplique la regla referente a la instigación.

Asimismo, se sostiene, por un lado, que teniendo en cuenta que el delito reprimido es la “venta de humo”, el tercero (comprador de humo) es la víctima del delincuente y, en consecuencia, no debe ser reprimido<sup>27</sup>; por otro lado, negando que el tercero sea víctima, ya que participa en el perjuicio del bien jurídico, se preconiza su impunidad por razones de política criminal, en particular, para permitir que sea el mismo tercero quien denuncie al delincuente<sup>28</sup> (una especie de derecho penal premial).

Estos criterios, tradicional y ampliamente expuestos en la doctrina, han sido fuertemente cuestionados debido a su falta de concordancia con la ley y al carácter apriorístico de las afirmaciones expresadas<sup>29</sup>. Así, respecto a nuestra ley, resulta simplista afirmar que en todos los casos considerados en el artículo 400, el tercero sea la víctima del delincuente, por ejemplo, cuando se sabe que aquel tiene el poder de influir en el funcionario y está dispuesto a obtener la intervención más favorable para sí, cualquiera sea la contraprestación. Como lo hemos sugerido, se está casi ante un caso de “negocio delictuoso”, en el que el tercero actúa “como promotor del tráfico de influencias” en la medida en que es él quien demanda la intervención del delincuente y es el potencial beneficiario. Ambos se colocan en el mismo plano, lo que hace posible y hasta conveniente reprimir al tercero<sup>30</sup>. Lo mismo no puede sostenerse, con igual énfasis, cuando las influencias alegadas son falsas y en la medida en que el ter-

27 MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, Die delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, cit., pp. 544 y ss.

28 Defendida también respecto a delitos más graves. Cfr. LEONE, “Punti fermi e punti in discussione della prossima riforma del codice penale italiano”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966, p. 16.

29 No existe unanimidad, por ejemplo, en la doctrina italiana (salvo que solo se tengan en cuenta los criterios tradicionales, error en el que incurte ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración Pública*, cit., p. 439). Por ejemplo, FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 238, n. 22 y TAGLIARINI, “Millantato crédito”, en *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 332, se manifiestan a favor de la represión del tercero. En España, cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Artículo 428”, en Cándido PUMPIDO FERREIRO, 1997, t. III, p. 4041; CUGAT MAURI, *Las desviaciones del interés general el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 244, quien cita a MORILLAS y PORTILLA s. d.: t. XVI, p. 241. Según estos últimos, la persona a la que se solicita la remuneración o bien la que efectúa una promesa es cooperador o inductor, pero no autor, ya que según el Código Penal español, solo se reprime el “tráfico pasivo”.

30 PEDRAZZI, “Millantato credito: trafic d'influence, influence peddling”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968, p. 937. Cfr. TAGLIARINI, “Millantato crédito”, en *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 316, 332.

cero es engañado. En estos casos, es posible considerarlo —dentro de ciertos límites, y a semejanza de lo que sucede respecto al estafado— una víctima del delito, por lo que no puede ser reprimido en estos casos como partícipe.

También se ha argumentado, en relación con tipos legales como los del artículo 400, que tratándose, en realidad, de actos preparatorios reprimidos como delitos autónomos son inadmisibles la instigación y la complicidad. El punto de partida de esta afirmación es que, en principio, los actos preparatorios son impunes porque solo se deberían reprimir cuando se ha comenzado a ejecutar el delito (definición legal de la tentativa) por razones de política criminal y prácticas. Por su carácter ambiguo, en los actos preparatorios aún no es posible constatar, con seguridad, la voluntad criminal del autor.

Debido a la necesidad de combatir ciertas formas graves de delincuencia, desde hace unas décadas se tiende a castigar los actos preparatorios en forma limitada<sup>31</sup>. Se utilizan dos técnicas legislativas, una que propugna que se prevea una disposición en la parte general del Código Penal (como en el caso de la tentativa, instigación, etc.) y otra que —alegando mayor seguridad jurídica— prefiere que se establezca una o diversas disposiciones en la parte especial. Fuera de esta discusión, lo cierto es que en todo tiempo se ha extendido la represión a situaciones que solo constituyen actos preparatorios o tentativa respecto a otros delitos ya previstos en la ley penal.

Cabe citar como ejemplos los delitos de tráfico de drogas y terrorismo. Respecto a ellos, ciertos casos claros de comportamientos que constituyen la preparación de la ejecución de reales actos de terrorismo o tráfico son equiparados a la consumación de estos. Así, en el artículo 296, párrafo segundo, se sanciona a quien comercializa materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, cuya fabricación o tráfico son reprimidos en el primer párrafo de la misma disposición. Entre los delitos tradicionales es oportuno señalar el caso de aquellos contra la fe pública, respecto a los cuales se reprimen los actos preparatorios como fabricar, introducir, conservar “útiles o instrumentos, destinados a la falsificación de [...] cualquier especie valorada” (artículo 439).

Tratándose de modificaciones de las reglas sobre el proceso ejecutivo del delito en el sentido de desplazar el límite entre los actos impunes (actos preparatorios) y los punibles (desde que el accionar importa el inicio de la ejecución del delito), es claro que no pueden aplicarse dichas reglas a los casos de actos preparatorios elevados a la condición de delitos independientes. Esto se dedu-

---

31 HURTADO POZO, *Droit pénal. Partie générale*, cit., 2002, pp. 645 y ss.

ce tanto de la ley como de la definición misma de actos preparatorios: el hecho de realizar —conforme a una idea o plan delictuoso— actos de disposición de orden técnico o de organización de tal naturaleza y amplitud que indican que el agente se alistaba a comenzar la ejecución del delito (siguiendo el artículo 260bis CP suizo). Se trata de una etapa previa a la tentativa, por lo que es excesivo y contrario a la sistemática misma del Código afirmar que se reprime el hecho de “comenzar la ejecución” de actos preparatorios.

En cuanto a la participación secundaria (instigación, complicidad), los autores no son contestes. Algunos sostienen que, en este caso, los partícipes deben permanecer impunes porque se trata de formas lejanas de intervención<sup>32</sup>. Otros afirman que deben ser reprimidos debido a que, a diferencia de lo que sucede respecto al proceso de ejecución del delito, el estatuir la represión —excepcional— de actos preparatorios en nada influye sobre la regulación legal relativa a la participación delictuosa<sup>33</sup>.

No existe, al menos en nuestro derecho —aunque tampoco en otros—, razón de política criminal ni de interpretación legal que excluya necesaria y de manera general la aplicación de las disposiciones sobre instigación y complicidad. De lo contrario, habría que aconsejar que para evitar ser reprimido por falsificación de especies valoradas, lo inteligente es, por ejemplo, limitarse a proporcionar los fondos para que se fabrique o importen instrumentos que serán utilizados para falsificar dichas especies, ya que solo se podría reprimir a quien comete el “acto preparatorio” de fabricar o importar dichos instrumentos (artículo 439). Este no puede haber sido el fin de política criminal del legislador.

La aplicación de estos criterios al delito previsto en el artículo 400 depende de que se afirme o rechace que prevé también un caso de “actos preparatorios, reprimido a título de delito autónomo con el fin de extender el límite de la punibilidad de los actos tendientes a realizar un delito contra la administración pública. Al respecto hay que considerar que los comportamientos reprimidos en el artículo 400 no se encuentran en relación, por ejemplo, con los delitos de corrupción de funcionarios, de la misma manera en que vinculados los actos reprimidos en el artículo 439 respecto a los delitos contra la fe pública. Fabricar o introducir instrumentos “a sabiendas” de que son útiles para la falsificación es uno de los medios para ejecutar uno de los delitos de falsificación. Es decir, el comportamiento reprimido por el artículo 400 no está en relación de medio a fin con la corrupción del funcionario. Esto es claro sobre todo en las hipótesis en que se invocan influencias simuladas, debido a que el agente no tiene capa-

32 STRATENWERTH 2000: § 40 N.º 14; SCHWENTER 1983: 297.

33 BAUMGARTNER 2002: artículo 260bis, N.º 17.

cidad de interceder ante el funcionario o servidor público, aún más cuando el mismo ofrecimiento de interceder ante estos no es posible. Cuando el agente invoca influencias reales tampoco se puede afirmar que el comportamiento del agente sea siempre una etapa de la ejecución del delito contra la Administración pública (corrupción, cohecho, etc.), en la medida en que el agente no debe necesariamente tener el designio de cometer uno de estos delitos. Y menos aún, en las hipótesis en que el funcionario (el blanco del ofrecimiento de interceder del agente) ya no conoce el asunto en el que el tercero tiene interés. El funcionario ya no puede resolver el caso en favor de los intereses del tercero, salvo que se imagine que puede servir de intermediario para influir sobre el funcionario que después de él conoce el asunto. Sin embargo, en este caso se está lejos de una relación directa de medio a fin.

En el caso de que una vez consumado el delito del artículo 400 (por ejemplo, recibida la dádiva) el agente que ha simulado tener influencias o que estaba decidido a no interceder, a pesar de tener realmente poder de influir sobre el funcionario, procede a corromper a este último para obtener la decisión querida, y evitar así una eventual denuncia de parte de quien entregó la dádiva, incurre en dos delitos en concurso real heterogéneo. El segundo delito (corrupción) tiene lugar después de que se ha consumado el primero (conforme al artículo 400).

En este sentido, y dentro de los límites indicados, el delito previsto en el artículo 400 no es uno de los casos excepcionales en que el legislador tipifica actos preparatorios como delitos independientes. Por tanto, las reglas sobre la participación secundaria son aplicables debido a que no son incompatibles<sup>34</sup> con la manera en que el legislador ha regulado, en el artículo 400, al menos en el caso de influencias reales, el comportamiento incriminado.

Otra cosa es que para reprimir al instigador o al cómplice, cuando se trata de un delito “acto preparatorio”, sea necesario que este sea consumado, y que no basta, como en el caso de todos los demás delitos, que el agente haya, al menos, iniciado la ejecución del delito. La razón es, precisamente, que la tentativa es imposible en caso de delitos que constituyen en sí “actos preparatorios”.

## 8. A manera de conclusión

La interpretación, como proceso de atribución de un sentido a una disposición legal, tiene como punto de partida y contexto el texto legal. Por esto,

---

34 Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Ed. De L. Conti., Giuffrè, 1995, p. 541.

desde la elaboración de este se debe prestar particular atención a la manera en que se va expresar el mandato legal. Con conciencia de la “natural” imprecisión del lenguaje, se debe tratar de utilizar términos apropiados, redactar de manera adecuada y describir de manera simple los actos y situaciones reguladas. El artículo 400 CP Perú constituye un ejemplo claro de cómo no deben redactarse las disposiciones legales.

A la imprecisión del lenguaje hay que agregar el hecho de que la vida social es mucho más fecunda en la producción de comportamientos y relaciones que la imaginación del más previsor de los legisladores. Así, la comprensión de la norma y la determinación de los hechos que se han de juzgar no corresponden al tradicional silogismo jurídico, utilizado para explicar la aplicación de la ley a un caso concreto. El deficiente entendimiento del artículo 400 —como si previera un solo comportamiento delictuoso— muestra el descuido con el que son analizadas este tipo de disposiciones legales. No se trata de un tipo de tráfico de influencias, sino de varias formas puestas en el mismo nivel de represión.

La comprensión de la disposición legal no puede limitarse a la simple delimitación del significado literal de las palabras y frases empleadas en su redacción. Su imprecisión no debe llevar a no prestarles la debida atención. Hacerlo conduciría a un anarquismo político que negaría la existencia misma de las normas. Estas existen y, a pesar de su ambigüedad y polisemia, constituyen el marco que todo intérprete debe respetar. La confusa redacción del artículo 400 y la imprecisa terminología empleada no pueden invocarse para negar su existencia y, por tanto, su aplicación. Al desmontar las diversas hipótesis que contiene, hemos podido constatar que unas son más criticables que otras, pero no que todas ellas sean contrarias a los principios fundamentales del derecho penal.

Las propuestas hechas para comprender el artículo 400 muestran que es indispensable recurrir tanto a criterios históricos como valorativos. Así, la determinación de la fuente legal de la regla establecida permite calar en la materia objeto de la regulación, lo que permite tanto percibir mejor el fin de política criminal perseguido como utilizar adecuadamente la doctrina foránea. Sin precisar qué normas de conducta se busca reforzar o qué intereses individuales o sociales se trata de proteger, resulta imposible escoger entre los diferentes sentidos posibles del texto legal cuál debe ser atribuido a este como su contenido más conforme a los criterios de justicia.

La modificación del artículo 400 es indispensable para respetar mejor el principio de legalidad. Pero no en la creencia de que se logrará establecer un

texto que delimite con claridad los comportamientos punibles, sino en la idea de que se debe establecer una base más apropiada para que el juzgador pueda argumentar mejor sobre la conveniencia de la solución interpretativa que plantea al condenar o absolver al procesado.

Sin embargo, la mejor comprensión de la ley, el adecuado esclarecimiento del sentido que le es atribuido, la justa apreciación de los intereses en conflicto son suficientes para la aplicación correcta de la disposición legal, es decir, para que los órganos competentes castiguen a los responsables y traten debidamente a los inocentes. La voluntad política de todo el aparato estatal es indispensable para que esto se haga realidad.

## 9. Bibliografía sucinta

- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale II*, Ed. De L. Conti., Giuffrè. 1995.
- BAUMGARTNER, Hans, artículo 260bis, en Marcel Niggli/Hans Wigprächtiger, *Kommentar. Strafgesetzbuch*, Basel-Genf. 2002. [cit. BAUMGARTNER 2002: artículo 260bis, N.º 17]
- CUGAT MAURI, Miriam, *Las desviaciones del interés general el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- DI MARTINO, Alberto, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione. L'indice penale*, vol. IV, N.º 1.
- FERREIRA, Francisco José, *Delitos contra la administración Pública*, Temis, Bogotá, 1995.
- FIANDACA, Giovanni y ENZO MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Reimpresión, Bolonia, Yunichelli, 1993.
- HURTADO POZO, José, *Droit pénal. Partie générale*, t. II, Zürich. Schulthess, 2002.
- HURTADO POZO, José, *Nociones básicas de derecho penal de Guatemala. Parte general*, Consejo del Poder Judicial, 2000.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. Auflage, Berlín-Nueva York, 1991. [cit. JAKOBS 1991: 24/12].
- LEONE, Giovanni, “Punti fermi e punti in discussione della prossima riforma del codice penale italiano”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jakobo, artículo 428, en Cándido Pumpido Ferreiro, t. III, 1997.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, t. V, Die delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia. Turin. Unione Tipografico Editrice Torinese, 1950.
- PEDRAZZI, Cesare, "Millantato credito: trafic d'influence, influence peddling", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968.
- RICCIO, P., *Millantato credito. Novissimo Digesto Italiano*, t. X, Bologna, 1964.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración Pública*, Grijley, Lima, 2001.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.<sup>a</sup> Ed., München, Beck, 2003. [cit. ROXIN 2003: § 26 N.º 50 y ss].
- SCHWENTER, Jean-Marc, *Des quelques problèmes réels ou imaginaires, posés par les nouvelles dispositions réprimant les actes de violence*, RPS (1983) 100, pp. 281 y ss. [cit. SCHWENTER 1983: 297].
- SEMERARO, Pietro, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Giuffrè, Milano, 2000.
- STRATENWERTH, Günther, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, 5.<sup>a</sup> ed., Zürich, Stämpfli, 2000. [cit. STRATENWERTH 2000: § 40 N.º 14].
- TAGLIARINI, C., "Millantato crédito", en *Enciclopedia del diritto*, t. XXVI, Milano, Giuffrè, 1976.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Trotta-Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, Madrid, 1995.