

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**Lucha contra la corrupción: principio constitucional para el aseguramiento de su
exigibilidad - Análisis de la Sentencia 0017-2011-PI/TC**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

Autora

Beatriz Alexandra Aguedo Huiza

Revisor

Yvana Lucía Novoa Curich

Lima, 2021

Resumen

El objetivo general del trabajo es presentar un análisis de los problemas jurídicos encontrados en la sentencia del Tribunal Constitucional No. 0017-2011-PI/TC, la cual versa sobre la demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley 29703 que modificaron el art. 384 (delito de colusión) y el artículo 401 (tráfico de influencias del Código Penal). Para realizar el análisis, primero se desarrolló lo contenido en la doctrina y la jurisprudencia; después, se describió el razonamiento del Tribunal plasmado en la sentencia, para al final presentar la postura y el análisis jurídico personal. En primer lugar, se identificó la afectación de la interpretación sobre el bien jurídico del delito de colusión en virtud de la modificación dada por la Ley 29703, la cual desprotegió el bien jurídico indicado por el Tribunal e iba en contra del principio constitucional de lucha contra la corrupción como mandato de exigibilidad hacia el legislador. Un segundo problema identificado fue el extremo del fallo del Tribunal en relación a la concepción del tráfico de influencias simulado, lo cual consideramos que fue en contravención al principio constitucional de lucha contra la corrupción al no proteger adecuadamente al bien jurídico de dicho delito. Asimismo, se identificó que el Tribunal no desarrolló correctamente el mencionado principio de proscripción como parte de su argumentación en toda la sentencia, lo cual hubiera permitido una mayor comprensión de su mandato para todo el ordenamiento jurídico. Finalmente, el Tribunal no se pronunció sobre la jerarquía normativa de la Convención ONU al no desarrollarlo en la sentencia, por lo cual somos de la interpretación que se consideró dicho tratado como una norma interpuesta, parte del bloque de constitucional con el cual se evaluó la constitucionalidad de la Ley 29703.

Palabras clave: principio de lucha contra la corrupción, principio de proscripción de la corrupción, colusión, tráfico de influencias, Tribunal Constitucional

Abstract

The general objective of the report is to present an analysis of the legal problems found in the Peruvian Constitutional Court ruling No. 0017-2011-PI / TC, which deals with the unconstitutionality claim against some provisions of Law 29703 that modified art. 384 (crime of collusion) and article 401 (influence peddling) of the Peruvian Criminal Code. To carry out the analysis, first the content of the doctrine and jurisprudence was developed; later, the reasoning of the Court embodied in the sentence was described, in order to finally present the position and personal legal analysis. In the first place, the impact on the interpretation on the legally-protected right of the crime of collusion was identified by the modification given by Law 29703, which unprotected such legally-protected right indicated by the Court and went against the constitutional principle of fighting against corruption as an enforceability mandate from the legislator. A second problem was the extreme of the Court's ruling in relation to the conception of simulated influence-peddling crime, which we consider to be in violation of the constitutional principle of fighting corruption by not adequately protecting the legally-protected right of said crime. Likewise, it was identified that the Court did not correctly develop the aforementioned principle of fighting against corruption as part of its argumentation throughout the judgment, which would have allowed a better understanding of its mandate for the entire legal system. Finally, the Court did not rule on the normative hierarchy of the UN Convention against Corruption by not developing it in the judgment, for which we are of the interpretation that said treaty was considered as an interposed norm, part of the constitutional body of law, from which the unconstitutionality of Law 29703 was declared.

Keywords: principle of the fight against corruption, principle of prohibition of corruption, collusion, influence peddling, Constitutional Court

I.	Introducción	5
II.	Justificación de la elección de la sentencia	7
III.	Antecedentes relevantes	7
A.	Contexto histórico y normativo	7
B.	Contexto específico e identificación de los hechos relevantes	8
IV.	Identificación de los problemas jurídicos	12
A.	En materia penal	12
a.	Afectación de la interpretación sobre el bien jurídico del delito de colusión en virtud de las disposiciones de la Ley 29703	12
b.	El problema de la concepción del delito de tráfico de influencias como “real” o “simulado”	17
c.	Aplicación del principio de ultractividad penal en el proceso de modificatoria del art. 384 mediante la Ley 29730	25
B.	En materia constitucional-internacional	35
a.	Falta de desarrollo del Tribunal Constitucional sobre el principio de proscripción de la corrupción en la sentencia 35	41
b.	Falta de desarrollo del Tribunal Constitucional de la fundamentación relativa a la jerarquía normativa de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el ordenamiento jurídico peruano	41
V.	Conclusiones	53
VI.	Recomendaciones	54
VII.	Referencias bibliográficas	55

I. Introducción

Nuestro país, pese a las incontables luchas y estrategias de intervención al problema de la corrupción mediante el fortalecimiento de la capacidad de prevención del Estado frente a los actos de corrupción y la identificación y gestión de riesgos dentro de las instituciones, además desde un enfoque de combate a través del fortalecimiento de la capacidad sancionadora del Estado, aún se encuentra constreñido a este problema. El contexto político y social de estos últimos años ha demostrado que varias instituciones del Estado realizan actuaciones que no se enmarcan o contravienen el principio constitucional de lucha contra la corrupción, pese a las graves denuncias de corrupción que se han develado en distintas investigaciones.

Un ejemplo reciente es la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) sobre el proceso de inconstitucionalidad presentado por el Colegio de Abogados de Arequipa contra la Contraloría General de la República, en la cual se declaró la nulidad de las normas que regulaban procesos administrativos sancionadores impulsados por la Contraloría, dejando inconclusos 15000 procedimientos sancionadores de funcionarios por delitos de corrupción. En ese sentido, el Tribunal no analizó suficientemente los distintos principios y elementos en juego, en tanto que no hubo una interpretación armonizadora de los bienes jurídicos constitucionales de los principios que estaba en juego al tratarse de las facultades de la Contraloría y su rol en la lucha contra la corrupción. Esta sentencia dañó seriamente la legitimidad de todas estas instituciones y de mismo Tribunal.

En ese mismo problema nos encontramos frente a la sentencia del Expediente. 00017-2011-PI/TC, en donde, pese a su competencia, el Tribunal no se pronunció de manera suficiente sobre una ley que directamente atentaba sobre la *norma normandum*, ignorando lo ya trabajado y desarrollado por el mismo Tribunal sobre el principio constitucional de lucha contra la corrupción y las herramientas jurídicas con las que se pudo buscar su efectiva protección. En razón a esta ausencia argumentativa, consideramos necesario el fortalecimiento de la labor jurídica del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución para que emita pronunciamientos jurisprudenciales suficientes, con mandatos firmes que se irradian hacia los demás entes del Estado el respeto del bien jurídico de la “lucha contra la corrupción”, a fin de que sus competencias y facultades sean ejercidas en pos de este.

En el presente informe desarrollaré los principales problemas jurídicos encontrados en la sentencia del Expediente. 00017-2011-PI/TC de fecha 3 de mayo del 2012, desde un punto de vista de derecho constitucional y penal. Como primer punto de análisis, se describirán los problemas del punto de vista penal y su incidencia en el ordenamiento jurídico de la modificación legislativa del tipo penal de colusión al incluir el término “patrimonial” para la configuración del tipo, además el análisis si es correcta la inclusión de la modalidad simulada en el delito de tráfico de influencias. En segundo lugar, desde un punto de vista constitucional, analizaré qué herramientas de análisis faltaron en la sentencia del Tribunal, el cual no pulió el principio de proscripción de la corrupción, también llamado el principio constitucional de lucha contra la corrupción, y su uso como parámetro de validez objetivo sobre los cuerpos legislativos. Por último, haré un análisis respecto al reconocimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción en el ordenamiento jurídico peruano dada por el Tribunal.



II. Justificación de la elección de la sentencia

La sentencia materia de análisis presenta diversas esferas de discusión académica y de argumentación jurídica sobre derecho penal y constitucional que dan fe de la multidisciplinariedad del análisis jurídico de la lucha contra corrupción.

En ese sentido, consideramos que la sentencia, si bien se pronunció correctamente sobre la inconstitucionalidad de una modificación normativa, su análisis pecó de simpleza y omitió el desarrollo de importantes principios y conceptos jurídicos que hubieran dado mayores luces sobre la lucha contra la corrupción a nivel constitucional y su complementariedad con las obligaciones internacionales contraídas por el Perú. En primer lugar, el Tribunal Constitucional no desarrolló el principio que elaboró desde el 2005, el principio constitucional de lucha contra la corrupción, el cual genera una serie de consecuencias jurídicas para las instituciones públicas y los tres poderes del estado respecto a sus roles de proteger al Estado social y democrático de Derecho y al desarrollo integral del país frente al flagelo de la corrupción. En consecuencia de ello, pese a que la ley cuestionada atentaba contra los valores definidos en la Constitución, el Tribunal, al no reforzar el contenido de este principio, no logró exhortar a los demás poderes públicos a ser diligentes en su rol anticorrupción, en referencia a la actividad legislativa sobre el delito de colusión y el del tráfico de influencias.

Finalmente, resulta importante conocer los efectos prácticos de la emisión normativa de aquellas disposiciones que, pese a ser inconstitucionales, debido a que versan sobre temas de materia penal, provocan distorsiones en la protección de los bienes jurídicos, ya sea en relación a la creación de escenarios de impunidad al crear circunstancias en donde varios funcionarios pueden no recibir una sanción. Igualmente, es relevante realizar un estudio de los efectos que tuvo esta norma durante su vigencia, en especial sobre las consecuencias jurídicas en aquellos casos donde los sujetos activos ya habían recibido sentencia, pero podrían exigir la nulidad de sus sentencias condenatorias en virtud de la ultraactividad de la ley penal, lacerando el mandato imperativo de protección del bien jurídico.

III. Antecedentes relevantes

A. Contexto histórico y normativo

1. La Ley 29703 fue publicada el 10 de junio del 2011, promovida por el congresista de la bancada fujimorista Rolando Sousa (Seguimiento de los Proyectos de Ley-Leyes, 2012). Esta ley fue aprobada por unanimidad por el Congreso; sin embargo, luego de publicada la norma, esta suscitó un debate entre las mismas bancadas congresales y la opinión pública al dar cuenta sobre el contenido controversial de la norma aprobada.

2. La opinión pública y la academia peruana criticaron dicha norma dado que habían varios extremos de la misma que daban cuenta de una postura laxa y/o complaciente en cuanto a la lucha contra la corrupción en la normativa penal, aduciendo la posible existencia de un blindaje político y el favorecimiento a determinados funcionarios públicos de gobiernos pasados por delitos de colusión¹, siendo esta modificación la más preocupante para distintos expertos en el tema².

3. Por otro lado, las personas que estaban a favor de la norma resaltaban que únicamente se habían modificado ciertos delitos para consolidar líneas jurisprudenciales de interpretación respaldadas por la doctrina, además de incorporar un mayor número de años en penas privativas de libertad y, como elemento novedoso, el delito de soborno internacional pasivo³. Respecto al delito de colusión y su definición “patrimonial”, muchos expertos informaban que esa era la manera en como se había interpretado judicialmente por la mayoría de magistrados desde mucho tiempo atrás⁴.

4. Pese a todas las consideraciones, el punto en común fue que el Derecho Penal, en el marco de un Estado democrático y constitucional de Derecho, no podía contemplar supuestos de sanción que se hagan “a toda costa o a cualquier

¹ “Luis Vargas Valdivia: Fujimoristas procesados podrían ser absueltos”. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/548555-luis-vargas-valdivia-fujimoristas-procesados-podrian-ser-absueltos/>

² "Con la Ley 29703 las personas ya procesadas y condenadas por colusión se verán favorecidas" Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/opinion-ivan-meini/#:~:text=En%20general%2C%20esta%20ley%20pretende,soborno%20internacional%20no%20tipificada%20a%20ntes.>

³ “Para el doctor Percy García, docente y ex decano de la Facultad de Derecho, hay demasiado apasionamiento en las críticas y ha habido un incorrecto planteamiento en la tildada "Ley Procorrupción". Recuperado de <https://udep.edu.pe/hoy/2011/07/ley-29703-ley-de-la-impunidad-o-una-ley-incomprendida/>

⁴ COMENTARIO <https://www.proetica.org.pe/noticias/comentario-a-la-ley-29703/>

precio”, tales como permitir una vulneración a los principios de presunción de inocencia y la obligación no invertir la carga de la prueba.

B. Contexto específico e identificación de los hechos relevantes

5. El 10 de junio de 2011, en el gobierno del Sr. Alan García Pérez, entró en vigencia la Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública, la cual consistía en un único artículo mediante el cual se modificaban los artículos 376 (abuso de autoridad), 384 (colusión), 387 (peculado doloso y culposo), 388 (peculado de Uso), 400 (tráfico de influencias) y 401 (enriquecimiento ilícito) del Código Penal.

6. Después de la publicación de la referida norma, diversos juristas, académicos, políticos, entre otros, se pronunciaron en contra de la norma aprobada. Esto finalmente ocasionó que se programara su revisión para la legislatura extraordinaria del Congreso el 6 y 7 de julio del mismo año, a solo a 26 días de su promulgación y publicación en el Diario el Peruano.

7. Durante ese periodo, el fiscal de la Nación don José Antonio Peláez Bardales interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley No. 29703, en específico sobre las disposiciones modificatorias del artículo 384 y el artículo 401 del Código Penal, ambos versando sobre el delito de colusión y el delito de tráfico de influencias respectivamente:

Ti po pe ne nal	Antes de la Ley 29703	Con la Ley 29703
Co lus ión	“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de	“El funcionar io o servidor público que, intervinie ndo por razón de

	<p>precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”</p>	<p>su cargo o comisión especial en cualquier a de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de</p>
--	---	--

		libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.
Tr áfi co de inf lue nci as	<p>“El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.</p> <p>Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.</p>	<p>“El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.</p> <p>Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho e inhabilitación</p>

		conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.
--	--	---

Tabla 1. Modificaciones normativas por la Ley 29703

8. El fiscal requirió que se declare fundada la demanda y que se emita una sentencia interpretativa-manipulativa reductora a fin de suprimir la palabra “patrimonial” en lo referido al artículo de colusión y la palabra “real” en el delito de tráfico de influencias. Entre sus principales argumentos están los siguientes:

a) Las modificaciones estaban en contravención a los art. 3 y 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, las cuales son normas interpuestas y parte del bloque de constitucionalidad peruano compuesto por los artículos 43, 44 y 76 de la Constitución.

b) El artículo 76 de la Constitución comprende un principio constitucional que protege a los principios del marco del procedimiento de la contratación pública (transparencia, imparcialidad, libre competencia, trato justo e igualitario), los cuales debían corresponder a lo indicado por los citados tratados internacionales.

c) La existencia de mandato constitucional de lucha contra la corrupción a raíz del artículo 39 y 41 de la Constitución, en base a la sentencia del EXP. 006-2006-PC y otras, requería que el Tribunal se pronuncie en la materia.

La demanda fue admitida por el Tribunal mediante la resolución de fecha 9 de enero de 2012.

9. En respuesta al mismo, durante el mes de junio varias bancadas del Congreso, incluido el Poder Ejecutivo, presentaron proyectos de ley derogatorios de la Ley 29703, los cuales dieron como resultado final la derogación de la la indicada norma y su reemplazo por un nuevo texto legal, la Ley 29758, Ley que modifica el Código Penal respecto de los Delitos contra la Administración Pública, la cual fue entró en vigor el 21 de julio del 2011.

10. La demanda finalmente fue contestada por el Congreso de la República, estando en representación el apoderado Jorge Campana, quien no aportó ningún

argumento en contra de los presentados por el Sr. Fiscal al considerar que no había mandato alguno de exigibilidad al estar la norma ya derogada, según el art. 99 del Código Procesal Constitucional.

11. Finalmente, el 3 de mayo del 2012, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad planteada, resolviendo declarar fundada la misma en el extremo referido a la modificación del artículo 384 de la Constitución del Código Penal a través de la Ley 29703, declarando nulo y carente de efecto el término “patrimonial” del texto legal. Asimismo, declaró que los jueces del aparato judicial, en relación al fundamento 37 de la sentencia, no consideren la expresión “patrimonial” al momento de invocar la norma. El resto del petitorio sobre lo indicado del tráfico de influencias fue declarado infundado. Los siete magistrados se pronunciaron a favor del mismo fundamento de voto.

IV. Identificación de los problemas jurídicos

Para el desarrollo y análisis de los problemas jurídicos a relatar, se seguirá la siguiente ruta de análisis: 1) Verificación de lo relatado en la doctrina y en la jurisprudencia; 2) descripción del razonamiento del Tribunal Constitucional en la misma sentencia; 3) presentación de la postura y análisis jurídico personal.

A. En materia penal

a. Afectación de la interpretación sobre el bien jurídico del delito de colusión en virtud de las disposiciones de la Ley 29703

12. El delito de colusión está contenido en el artículo 384 del Código Penal, en el capítulo de delitos contra la administración pública. Desde su origen, su desarrollo legislativo ha estado circunscrito al contexto de las contrataciones con el Estado, dentro del cual, a lo largo de los años ha sufrido modificaciones en el sentido del alcance de la misma norma. Sus antecedentes se remontan al Código Penal peruano de 1924 (art. 344), después al Código Penal de 1991 (art. 384) y de ahí a algunas propuestas modificatorias para la adecuación del tipo a la Constitución de 1993 y, finalmente, en el 2010 a una reforma propuesta por la Corte Suprema de Justicia (Pariona, 2017).

13. Dentro de su clasificación como tipo penal, este delito es catalogado como delito especial, el cual determina que para que se configure el tipo penal, tiene necesariamente que intervenir un funcionario público en calidad de autor. La doctrina indica que pueden subdividirse en dos tipos: el delito especial en sentido simple (o propio) y el delito especial en sentido complejo. El delito de colusión encaja con la definición de delito especial en sentido simple, puesto que en este el tipo solo podrá ser cometido por agentes que tiene ciertas características exigibles por este (Montoya Vivanco, Novoa Curich, Rodríguez Vásquez, Torres Pachas, & Guimaray Mori, 2016, pág. 50). Esto ha sido corroborado por la Corte Suprema de la República al indicar en la sentencia del expediente AV-23-2001 del 20 de julio de 2009, que “la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura”. En ese sentido, el delito de colusión solo podrá ser cometido por un funcionario público, al estar dentro de un círculo cerrado de autores, denominados en la doctrina como *intraneus* o *intranei*.

14. Un segundo elemento crucial sobre este delito especial es el contexto específico donde se requiere que la acción punible se lleve a cabo. No cualquier funcionario público puede cometerlo, sino aquel que “por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado (...)” (Código Penal Peruano)

15. Este supuesto comprende dos elementos: El primero es que el funcionario debe cometer el delito en el marco de un contrato administrativo o civil en donde el Estado interviniente (Montoya Vivanco, Novoa Curich, Rodríguez Vásquez, Torres Pachas, & Guimaray Mori, 2016). Dentro de ese marco, el funcionario debe de ser aquel que tenga un rol/facultad dentro de esa contratación estatal y/o pueda influir sobre el proceso mismo a razón de su competencia. Respecto a este último punto, si bien la doctrina y la jurisprudencia comentan que debe referirse a deberes inherentes a su cargo y/o función en cualquier etapa de las modalidades de contratación estatal⁵, consideramos que debe interpretarse en virtud de la

⁵ Posición de Magistrado Ramiro Salinas Siccha, Juez superior del Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed889f804787310cb002b31612471008/El+delito+de+colusi%C3%B3n+-+Ramiro+Salinas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ed889f804787310cb002b31612471008>

teoría de infracción de deber, mediante la cual se entiende de forma amplia el término “por razón de su cargo”, a fin de que pueda aplicarse a funcionarios en cuya intervención en el proceso implique un cierto nivel de responsabilidad en las decisiones que se tomen en las operaciones de contratación. Así lo indicó la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 2677-2012, indicando que “la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (...) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial”.

16. Respecto al aspecto subjetivo del tipo penal, el delito de colusión es doloso, considerando que es necesario el conocimiento y la voluntad de realización de dicha acción para la configuración del tipo. El dolo, como elemento subjetivo del tipo de colusión, requiere que, al concertar, el funcionario público sea consciente (tenga conocimiento) de que esta desviándose de sus deberes al concertar con los interesados con el fin de defraudar al Estado y, además, este funcionario actúe en base a ese conocimiento (voluntad del agente orientado a la comisión del delito) (Pariona, 2017, p. 103).

17. Finalmente, respecto al bien jurídico, la doctrina de forma mayoritaria plantea que el bien jurídico protegido es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones estatales contractuales (Guimaray, 2011), dentro del marco del correcto funcionamiento de la administración pública, el cual es considerado como el bien genérico que es transversal a todas estas categorías de delitos (Chanjan, 2017). Este bien jurídico implica el respeto de los principios listados en la Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento, tales como el de imparcialidad, transparencia, trato justo a los postores, los cuales aseguran que el procedimiento de contratación se lleve a cabo en respeto de los lineamientos estatales y de los derechos de los postores involucrados.

18. A continuación, narraremos lo indicado por el Tribunal respecto al bien jurídico que define el delito de colusión. El Tribunal, en medio de su razonamiento sobre los fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción, indica que esta es justificada a fin de proteger el bien jurídico “el correcto funcionamiento de la administración pública”. Asimismo, menciona que también gozan de protección constitucional las formas de lucha contra la corrupción, introduciéndonos el concepto del “principio constitucional

de lucha contra la corrupción”, acompañados del marco de las obligaciones internacionales.

19. En base a ello, cita el artículo 76 de la Constitución referido a la contratación estatal, indicando que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, es necesaria una regulación especial (la misma Ley de Contrataciones) y el respeto de sus principios, indicando que todos los delitos que se den el contexto de este tipo de contratación tienen como fin la protección de “las condiciones de transparencia, imparcialidad y el trato justo e igualitario de proveedores”.

20. Es así como nos encontramos frente a un problema jurídico que nace a partir de la modificatoria de la Ley 27930 que definía que, para la configuración del tipo penal, necesariamente tenía que haber un “perjuicio patrimonial”. Esta adición tiene como consecuencia el cambio en el análisis de la protección del bien jurídico y la configuración de este bien por los operadores jurídicos y por el mismo Tribunal Constitucional.

21. Este delito, antes de la modificatoria, se configuraba solamente con la simple concertación; es decir, ponerse de acuerdo en que se configure un contrato mediante este. En ese sentido, no había necesidad de que se tenga que probar algún daño patrimonial al Estado, debido a que muchas veces las actuaciones bajo este delito comprometen a obras en las que los ganadores de las licitaciones las han ejecutado a precios acorde al mercado y estas han cumplido con los términos de referencia indicados; no obstante, el acuerdo colusorio sí originó un perjuicio a los demás postulantes parte del proceso y no hubo imparcialidad en la decisión de adjudicación: se contravinieron los principios de contratación estatal en desmedro del art. 76 de la Constitución.

22. Sin embargo, la inclusión de la expresión “patrimonial” indicaría que, en el primer caso narrado, las acciones de los funcionarios que ejecutaron el acuerdo colusorio no serían punibles, ya que no hubo ningún daño al erario estatal pese a haberse concretado un pacto ilegal en el marco de una obra pública. La consecuencia de esta interpretación implicaría la normalización de esas conductas y un abuso de poder de los funcionarios a cargo de gestionar las contrataciones, ya que su actuación estaría guiada por sus intereses privados (personales, económicos, políticos, familiares, etc.) en vez de apuntar a la protección del interés público, creando innumerables escenarios de impunidad.

23. En la misma línea se pronuncian los tratados internacionales en la materia. La convención ONU indica en su artículo 3 lo siguiente:

“Artículo 3. Ámbito de aplicación

(...) 2. Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado” (subrayado propio).

En ese sentido, considerando que la Convención reconoce la gravedad de las amenazas de la corrupción a lo largo de su cuerpo normativo, su finalidad es que, a través de medidas preventivas, sancionadoras y procesales, se haga frente al mal uso del poder público para la obtención de beneficios indebidos, ya sean estos económicos o no económicos, ventajas directas o indirectas por parte de agentes públicos, privados o ciudadanos, que vulneren principios, deberes éticos, normas y derechos fundamentales⁶. En el caso de la colusión, este artículo busca evitar que el delito deje de ser punible por necesitar la configuración de un daño patrimonial, el cual puede o no existir, permitiendo que los procesos de contratación se perversan.

24. En base lo anteriormente expresado, sostengo que la inclusión del término “patrimonial” que modificó el tipo penal del delito de colusión que se efectuó mediante la ley 27930 va en contra de su fundamento constitucional, permitiendo situaciones de impunidad al favorecer a las personas que, en desmedro de las reglas de contratación estatal, obtuvieron ventajas personales sin implicar el deterioro del patrimonio estatal. En ese sentido, esto permitiría que funcionarios anteriormente condenados por este delito requieran la revisión de su caso a fin de reducir las penas o se les exima de responsabilidad al probar que no existió perjuicio patrimonial en sus casos, como se verá más adelante.

25. Asimismo, la aplicación de la norma en ese sentido iría en contra del principio constitucional de lucha anticorrupción, puesto que constituiría un atentado contra la constitución misma y los valores que protege (el art. 76); es decir, un atentado contra la legimitidad del Estado constitucional democrático de Derecho y los valores que comprende, tales como los parámetros éticos del

⁶ Definición de corrupción en el Perú según el D.S. No.42-2018- PCM.

principio constitucional de buen gobierno y los subprincipios como el de la corrección, transparencia, participación, rendición de cuentas y eficacia (Novoa, 2012).

b. El problema de la concepción del delito de tráfico de influencias como “real” o “simulado”

26. El delito de tráfico de influencias se encuentra en nuestro Código Penal, en el art. 400 mediante el siguiente texto:

“Artículo 400°. - El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

27. Se incluyó por primera vez en el Código Penal de 1924 como parte de una política criminal de combate de la corrupción del gobierno militar (Salinas Siccha, 2016 p. 654), para posteriormente, ser incluida en el Código Penal de 1991. Dicho artículo ha sufrido varias modificaciones a lo largo del tiempo como se puede apreciar a continuación:

Código o Penal	Modificaciones	Tipo penal
Código	Texto original	“Artículo 400.- El que, invocando influencias,

<p>o Pe nal de 19 91</p>		<p>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.”</p>
<p>M odi fic ato ria de la Le y Nº 28 35 5 de 06 de oct ubr e</p>	<p>Inclusión de otros verbos rectores como “teniendo”, y “ha de conocer” Inclusión de” beneficio” junto a ventaja” Inclusión de agravante por el sujeto activo</p>	<p>“Artículo 400.- El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.</p>

<p>de 20 04</p>		<p>Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.</p>
<p>Ley No. 29703 de fecha 10 de junio de 2011,</p>	<p>Sancionó únicamente el tráfico de influencias reales.</p>	<p>El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.</p> <p>Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2</p>

		del artículo 36 del Código Penal”.
Ley No. 29578 de fecha 21 de julio de 2011	Nuevamente se incluyó la sanción al tráfico de influencia simulado.	<p>“El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor cuatro ni mayor de seis años.</p> <p>Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.</p>

Tabla 2. Modificaciones en el tiempo del delito de tráfico de influencias.

Fuente: Elaboración propia

28. Como se puede observar del cuadro, con la publicación de la Ley No. 29703, el Código Penal solo tuvo en consideración la sanción para el tráfico de

influencias reales, lo cual, debido a los fuertes cuestionamientos, mediante la Ley No. 29578 publicada en se mismo año, se volvió a modificar dicho artículo incluyendo nuevamente la sanción del tráfico de influencias simuladas, que es como se mantiene el texto hasta ahora.

29. Respecto al ámbito internacional, en el sentido que la corrupción es un fenómeno multicausal que traspasa fronteras, a nivel internacional se han elaborado dos instrumentos jurídicos que comprometen internacionalmente a varios países, entre ellos al Perú, a la toma de medidas para la prevención y sanción de la corrupción: la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención ONU) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (Convención Interamericana). En cuanto a lo relacionado al delito de tráfico de influencias, solo la Convención ONU tiene una disposición al respecto:

“Artículo 18.- Tráfico de influencias

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

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;
- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.” (Convención ONU, 2003).

30. A continuación, revisaremos algunas características del tipo objetivo del tráfico de influencias. En primer lugar, podemos decir que es un delito de encuentro, debido a que para su perfeccionamiento se necesitan de dos personas: un agente delictivo que invoque las influencias para recibir una ventaja o

promesa de donativo, y, por otro lado, una persona que solicite recibir dichas influencias o esté interesado. En esa misma línea, este delito también está clasificado como delito común, puesto que no hay exigencias o cualidades especiales para el sujeto activo, tal como ser un funcionario público (Chanjan, R., Puchuri, F., Hinojosa, S., Villalobos, S., Guitierrez, A., Cueva, J., 2020, p.281). Respecto a su consumación, nos ceñimos a la postura de que es un delito de peligro abstracto, ya que el delito se configura en la misma celebración del pacto ilegal mediante el acuerdo de voluntades de interceder por el solicitante o interesado ante el funcionario o servidor público, pese a que al final no se logre concretar la influencia vendida. Igualmente, consideramos que es un delito de mera actividad, debido a que solo basta el simple ofrecimiento por parte del agente activo, del “vendedor de influencias” de interceder ante las autoridades frente a un caso de justicia jurisdiccional o administrativa (Cerna Camones, 2020 p. 43). Finalmente, respecto a la ventaja o promesa hecha, es importante recalcar que puede ser de cualquier tipo, no solo económica, sino también personal, laboral, sexual, etc.

31. Un punto crucial a determinar es cuál es el objeto del delito de tráfico de influencias. Según la teoría, puede ser de dos tipos: 1) influencias reales y 2) influencias simuladas. En el caso de las influencias reales, el poder de una persona para determinar o alterar la forma de pensar o de actuar de alguien es efectivo y existe: el vendedor de influencias realmente puede influenciar sobre la voluntad del funcionario. Respecto a las influencias simuladas, el sujeto activo solo alega que tiene dicho poder, pero en realidad no cuenta ni con el contacto con el funcionario y, en consecuencia, tampoco tiene el poder de influenciarlo (Chanjan, R., Puchuri, F., Hinojosa, S., Villalobos, S., Guitierrez, A., Cueva, J., 2020, p.281). Como se ha indicado, sobre este debate recayó una de las modificaciones legislativas de la Ley 29703 objeto de la demanda de inconstitucionalidad, mediante el cual se eliminó la alusión de “influencias simuladas”.

32. Frente a la problemática de la despenalización del tráfico de influencias ocasionado por la Ley 29703, la determinación del bien jurídico protegido en este delito es importante, debido a que es ello lo que repercute con respecto a la determinación de lo que nuestro ordenamiento quiere sancionar: influencias reales o simuladas. Con relación a los bienes jurídicos protegidos, nosotros nos

adherimos a la postura planteada por la Dra. Díaz, mediante la cual afirma que la determinación del concepto, importancia y alcances del bien jurídico protegido en materia penal debe tener una orientación político-criminal que nace a partir de la vida y realidad social, siendo que, en un Estado democrático de Derecho, el objeto del Derecho Penal es el servicio a la sociedad y su existencia pacífica y segura (Díaz, 2016, p. 136). En esa línea, al ser un Estado democrático de Derecho, sus cimientos están basados en la Constitución al ser la norma suprema que recopila los valores democráticos de convivencia social legitimada por el pueblo. Por ello, el bien jurídico es un punto de encuentro entre la política criminal y los valores constitucionales, en razón a que estos se proyectan en la sociedad y, además, su protección implica la lesión de un bien constitucional. Así lo afirma el Dr. Salgado, quien comenta que “el bien jurídico no consulta con una ley estática, sino es el resultado de un Estado Social y Democrático de Derecho, enmarcado en la Constitución, que es la fuente material y formal de los bienes jurídicos. Es este el fenómeno que vincula al legislador, y por consiguiente no es el legislador el que crea los bienes jurídicos, sino que, por la Constitución Política, que inspira al Estado Social de Derecho, estos se encuentran en el ambiente, el legislador los recoge y los lleva a la ley positiva” (Salgado, 2012).

33. En lo que respecta al bien jurídico del delito de tráfico de influencias existen varias posturas teóricas; no obstante, ello, en virtud de lo analizado en el párrafo anterior, nos adscribimos a **la teoría de la institucionalidad de la administración pública** debido a que lo que se busca sancionar es la configuración del riesgo prohibido de invocar influencias que puedan interferir en el correcto funcionamiento de la administración pública, ya sea que estas existan o no. Es importante destacar que la defensa de la institucionalidad nace de la necesidad de proteger, según el mandato constitucional del principio de lucha contra la corrupción, a las instituciones públicas de conductas que supongan ataques “periféricos” a sus valores, los que, si bien no atacan directamente a la gestión, sí fomentan una cultura de corrupción (Montoya, Y, et al, 2016, p.144).

34. En la sentencia de nuestro caso, el Tribunal Constitucional expuso que, frente al argumento de la parte demandante de descriminalización del delito de tráfico de influencias, pueden resultar inconstitucionales dos situaciones: 1) la

intervención excesiva de la ley penal en los derechos fundamentales y 2) la infrapenalización de los delitos y desvalorización de los bienes jurídicos que puedan ser afectados. El Tribunal indicó los criterios para determinar cuando estamos frente a la descriminalización de la norma penal: 1) determinación del fin constitucionalmente válido para la existencia del *ius puniendi* del Estado y 2) la probanza de que la falta de persecución penal deja en indefensión el fin constitucionalmente válido de la ley penal.

35. A continuación, en virtud de los argumentos indicados por la parte demandante, el Tribunal se pronunció acerca del contenido de la Convención ONU, determinando que en el texto del tratado no existe un “mandato imperativo al Estado peruano para criminalizar de determinada manera el delito de tráfico de influencias”, en la medida que prescribe que “cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tificar como delito (...)” (Tribunal Constitucional, 2012). Pese a ello, el Tribunal aclaró que su labor solo consistió en la evaluación de la constitucionalidad de la “despenalización” de los actos de tráfico de influencias simulados, lo cual a su criterio estaba conforme; pero que dicha desestimatoria no implicaba la realización de un juicio valorativo sobre la persecución penal de las influencias simuladas y su constitucionalidad, al no haber sido materia de la demanda.

36. En base a lo anteriormente expuesto, somos de la postura que la modificación propuesta por el legislador al delito de tráfico de influencias en virtud de la Ley 29703 fue hecha en contra del respeto del principio constitucional de proscripción de la corrupción. De la misma manera, lamentamos el pronunciamiento del Tribunal al solo haberse centrado en las obligaciones internacionales materia del Convenio ONU a través una lectura literal del mismo, sin considerar el propio desarrollo constitucional del TC sobre el principio de proscripción de la corrupción, mediante el cual el Tribunal estaba facultado y obligado a determinar que, en virtud de la protección del bien jurídico de la teoría de la institucionalidad pública, era necesario que se incluyese en el texto normativo las influencias simuladas.

37. Si bien las disposiciones Convención ONU no hacían referencia a un obligación positiva de adecuar el ordenamiento interno peruana a las obligaciones internacionales (solo tenía una disposición no vinculante), la

Convención ONU como parte de su preámbulo sí estableció la gravedad de la afectación de la corrupción “para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley” (Convención ONU, 2003). Igualmente, pese a no tener ninguna obligación relacionada al delito de tráfico de influencias, la Convención Interamericana indica en su preámbulo que “ (...) la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio (...)” (Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996).

38. Tomando en consideración lo expresado, la ratio legis internacional de estos dos tratados interpretados extensivamente como parte del bloque de constitucionalidad que forma parte del principio de lucha anticorrupción, apoya y brinda de mayor fuerza el mandato constitucional a los entes jurisdiccionales, incluido el del más alto nivel (el TC), a tomar acciones positivas para luchar contra toda forma de corrupción. En ese sentido, en virtud de la función informativa del principio de proscripción, el Tribunal debió proteger al bien jurídico lesionado por el delito de tráfico de influencias en ambas modalidades, la real y simulada.

c. Aplicación del principio de ultractividad penal en el proceso de modificatoria del art. 384 mediante la Ley 29730

39. A continuación, verificaremos los efectos de la sentencia en el ordenamiento jurídico bajo la teoría de aplicación de la norma en el tiempo, a fin de brindar mayor claridad a los operadores jurídicos sobre los efectos de la sentencia. Para ello, se revisarán cuales son los principios de aplicación de la ley penal en el tiempo aplicables en el caso. Después, evaluaremos lo que dispuso el Tribunal sobre la aplicación de esta Ley y culminaremos planteando los supuestos de aplicación de las distintas versiones del artículo 384 con sus respectivas variaciones.

40. Respecto a la aplicación del sistema jurídico en el tiempo, nuestro orden constitucional recoge el principio general que ordena que las normas rigen a partir del momento en donde comienza su vigencia mediante su publicación

(salvo casos excepcionales). Esas mismas normas carecen de efectos retroactivos; es decir no se pueden aplicar antes de ese momento, y por ello carecen de efectos ultraactivos, que implica que esa norma no se puede aplicar después de haber sido derogada (Rubio, 2020, p. 301). Las disposiciones constitucionales que recogen estos principios son los siguientes:

- Artículo 51: Supremacía de la Constitución. - La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. **La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.**
- Artículo 109: Vigencia y obligatoriedad de la Ley. - La ley es obligatoria desde **el día siguiente de su publicación en el diario oficial**, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.
- Artículo 74 (Sobre el régimen tributario): Principio de Legalidad. - (...) Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación (...).

41. No obstante, en la Constitución se establecen excepciones en las cuales sí se permite la retroactividad y la ultraactividad, tal como lo dispone el art. 103:

- Artículo 103: Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho. - (...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...).

42. En base a lo indicado por la Constitución, la norma penal, desde el momento en que se publica en el diario oficial el Peruano, es obligatoria. Esto responde a la regla de la aplicación inmediata de la ley en materia penal, la cual implica que se debe aplicar la norma que estuvo vigente al momento en que el sujeto activo realizó la acción u omisión materia del tipo penal, sin considerar la fecha en que se produjo el resultado. Esto, además del principio de la aplicación retroactiva de la ley penal benigna está normado en el Artículo No. 6 y 7 del Código Penal, que establecen lo siguiente:

“CAPÍTULO II Aplicación temporal

Principio de Combinación

Artículo 6°.- La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la **comisión del hecho punible**. No obstante, se aplicará **la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales**.

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

Retroactividad benigna

Artículo 7°.- Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho.”

43. En base a lo establecido por la Constitución, podemos resumir que la norma penal está sujeta a la aplicación de los siguientes principios:

- Principio de irretroactividad: las normas penales son vigentes y de obligatorio cumplimiento desde el momento en que se publica en el diario oficial el Peruano. Por ello, en caso de comisión de un delito, se va a aplicar la norma penal vigente al momento de la comisión del hecho punible.
- Principio de retroactividad benigna: es una excepción al principio de irretroactividad, mediante el cual la norma penal se puede aplicar a casos anteriores de la fecha de vigencia de esta solo si esta ley es más favorable al reo. Aquí podemos encontrarnos con tres casos:
 - a) En la sucesión de leyes penales en el tiempo, esta nueva ley crea un delito no establecido en la anterior: en este caso, la norma sigue el principio general al ser irretroactiva (no se ha configurado el supuesto que esta norma favorezca más al reo).
 - b) En la sucesión de leyes penales en el tiempo, esta nueva ley deja de considerar como delito una determinada acción u omisión: en caso se esté llevando un proceso o se esté acusando a alguna persona de cometer un determinado delito, pero después este delito se deja de criminalizar, ya no cabría mayor persecución penal respecto de aquel.
 - c) En la sucesión de leyes penales en el tiempo, esta nueva ley modifica las penas a favor del delincuente: en virtud de la norma, se deben de ajustar todo el proceso que se estén llevando a

cabo para aplicar la normativa más favorable, incluso si ya hay una sentencia y esta ya se está cumpliendo (Calderón, 2019).

- Principio de ultraactividad: implica que una norma derogada continúa teniendo efectos jurídicos pese a estar derogada. Se da en los casos en que, en la sucesión de leyes penales en el tiempo, la norma antigua es más favorable al reo que la norma que acaba de entrar en vigencia. En base a ello, si el delito se cometió durante la vigencia de la norma derogada y esta es más favorable que la norma que acaba de entrar en vigencia, no va a regir la nueva norma, aunque se este en cualquier parte del proceso o se cumpla la condena.

44. En relación al principio de retroactividad benigna de la ley penal, es importante resaltar que este también está sujeto a límites. Según la STC No. 00019-2005-PT/TC (Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República c. Congreso de la República), en su fundamento 52 establece claramente que este principio no se puede interpretar de tal forma que toda modificación penal más favorable, incluso las inconstitucionales, sean aplicables reactivamente. Es así que el TC declara que este principio debe de ser comprendido integralmente mediante un análisis de todos los valores constitucionalmente protegidos relevantes, lo que da como resultado que no tengan efectos jurídicos aquellas normas penales inconstitucionales, y, por tanto, no se les aplique reactivamente. Por ello determina que “las leyes inconstitucionales que conceden algún beneficio para el reo no podrán desplegar tales efectos porque, siendo el control difuso un poder-deber de toda la judicatura (artículo 130 de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación reactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución” (Tribunal Constitucional, 2005).

45. En la sentencia, el Tribunal mencionó los dos principios de la teoría penal para dejar claro cuáles serían los efectos de la sentencia en el tiempo. En primer lugar, mencionó el principio de legalidad del art. 2.24 de la Constitución al indicar que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. En segundo lugar, citó el principio de retroactividad benigna de la ley penal, destacando que para que sea aplicable se necesita que dicha ley penal debe

ser constitucional (STC No. 00019-2005-PT/TC). De esta forma, el TC dejó en manifiesto que en caso en un proceso penal resulte de aplicación el artículo 384 que determina el delito de colusión del Código Penal en su versión modificada por la Ley 29730, los operadores jurídicos solo deberán aplicar dicha norma sin considerar el término “patrimonialmente”.

46. Sin embargo, pese a lo dicho por el TC, las consecuencias que trajo la Ley 29730 y su corta entrada en vigencia fueron bastante complejas, debido a que, al momento de su publicación, trajo a colación el principio de ultraactividad de la norma penal más favorable a los investigados por el delito de colusión, justamente en virtud de que existieron tres normas en tan poco tiempo.

47. Como narra el Dr. Pariona, el problema radicó en que, con la norma originaria, el delito de colusión se perfeccionaba con la defraudación de los intereses del Estado, pero con la modificatoria se requería un perjuicio patrimonial. Pese a que fue rápidamente dejada sin efecto mediante la entrada en vigor de la Ley 29758, ese tiempo en que estuvo vigente pudo implicar que alguien alegue su aplicación (Pariona, 2017, p.22).

48. Para solucionar dicho problema y tener clara la aplicación de este tipo penal, presentamos el siguiente cuadro en donde figuran las tres normas del tipo de colusión en el tiempo:

No.	Tiempos de vigencia de las normas	Descripción de las modificaciones	Tipo penal
Norma penal No. 1	Modificatoria mediante Ley N° 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996	Hace mención a la defraudación al Estado sin ningún otro calificativo adicional.	“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado,

			según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años ”
Norma penal No. 2	Modificatoria mediante Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011	Inclusión de la defraudación patrimonial al Estado, transformando el tipo penal en uno delito de resultado Incrementa el mínimo de la pena a 6 años	“El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años ”.
<p>Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley No 29703</p> <p>Mediante sentencia del 03 de mayo de 2012, el TC declara la inconstitucionalidad del extremo referido a la modificación del artículo 384 del Código Penal a través de la ley No. 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”.</p>			

<p>Norma penal No. 3</p>	<p>Modificatoria mediante Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011</p>	<p>Dos modalidades: tipo básico (colusión simple) y tipo agravado (colusión agravada)</p> <p>Para el tipo simple, reduce el mínimo de la pena a 3 años</p> <p>Para el tipo agravado, mantiene el mínimo de 6 años del anterior tipo penal.</p>	<p>“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquiera operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.</p> <p>El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.</p>
---------------------------------	--	--	--

<p>Norma Penal No. 4</p>	<p>Modificatoria mediante Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013</p>	<p>Adición de la consecuencia jurídica de multa</p>	<p>Artículo 384°.- Colusión simple y agravada</p> <p>El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concertada con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.</p> <p>El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare</p>
---------------------------------	--	---	---

			patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.
Norma Penal No. 4	Decreto legislativo No. 1243, publicado el 22 de octubre de 2016	Introducción de la pena de inhabilitación para los delitos de colusión en su modalidad simple y agravada.	“Artículo 384. Colusión simple y agravada El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco

			<p>días-multa. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”</p>
--	--	--	--

Tabla 3. Sucesión de normas en el tiempo del delito de colusión

49. En base a lo indicado por la Constitución y mediante la aplicación de sus principios en la norma penal en el tiempo, podemos manifestar lo siguiente:

- De manera general, en caso de un hecho delictivo sea cometido en el tiempo de vigencia de la misma, se va a aplicar la norma penal vigente al momento de la comisión del hecho punible, como manifestación de principio de irretroactividad.
- Debido a que en virtud de la inconstitucionalidad de la Ley 29703 se le retiró el término “patrimonial”, el cual hacía la ley más benigna a

fin de ser aplicada retroactivamente, esta se cuenta como no existente. Dejando ese punto de lado, la norma en realidad se volvió más gravosa al incrementar el mínimo de los años de pena privativa de libertad de 3 años (anterior norma) a 6 años. En ese sentido, al constituirse más gravosa, es de aplicación el principio de irretroactividad de la ley penal, por lo que no se aplicaría a aquellas personas que cometieron delitos con anterioridad. El mínimo de pena de cárcel aplicable sería de 3 años.

- Como se puede observar en la Tabla 2, las normas que continuaron modificando el tipo penal de colusión fueron incrementando los tipos de penas pasibles de recibir, siendo que la norma penal No. 3 abrió la posibilidad de que las personas puedan recibir también días multa y la norma penal No. 4 también añadió la posibilidad de que reciban una sanción de inhabilitación. En ese sentido, consideramos que las personas que cometieron el delito en ese mes de vigencia de la Ley 29703 (41 días) y estén siendo procesadas por ello hasta la fecha, deberán de requerir ser procesadas por esa misma norma, en el sentido que las demás normas que le suceden, al incluir un mayor tipo de penas (inhabilitación y días multa), no se pueden considerar benignas.

B. En materia constitucional-internacional

a. Falta de desarrollo del Tribunal Constitucional sobre el principio de proscripción de la corrupción en la sentencia

50. Para el desarrollo de este problema, en primer lugar, definiremos cuál es el marco normativo constitucional de la proscripción de la corrupción que se aplicó a este caso. A continuación, exploraremos lo argumentado por la parte demandante y los fundamentos del TC en la sentencia, para concluir con nuestra postura sobre el proceder del Tribunal.

51. El marco constitucional de lucha contra la corrupción está compuesto por los principios y reglas de orden constitucional cuyo objetivo es prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción al ser este un fenómeno complejo que afecta a la Constitución, al Estado democrático de Derecho y a los valores que este ostenta. Tradicionalmente, se ha pensado que las normas

constitucionales solo están alineadas a una perspectiva jurídico penal o político-criminal, sin embargo, el análisis de complejidad de la corrupción y sus consecuencias negativas en el ordenamiento jurídico han dejado entrever el daño real que produce en diversos elementos de nuestro orden constitucional: daño al principio de supremacía constitucional (Estado de Derecho) y el principio democrático; afectación al deber general de defensa y obediencia a la Constitución (art. 38 de la Constitución); limitación de recursos para el cumplimiento de las funciones de la administración pública; incumplimiento de deberes otorgados por la representatividad; irrespeto y desprotección de los derechos fundamentales en su dimensión objetiva (mandatos generales) o subjetiva, especialmente al principio-derecho a la igualdad y no discriminación (Alvites, 2021).

52. El Tribunal Constitucional ha desarrollado e interpretado el fenómeno de la corrupción en la medida de que esta tiene un impacto dañino en la sociedad, justificando la atención prioritaria del Estado para la toma de acciones inmediatas. En su labor interpretativa, el Tribunal ha tenido una evolución constructiva en la creación del marco jurídico constitucional de lucha contra la corrupción, a fin de darle operatividad a los mandatos constitucionales. Según la Dra. García Cobian (2017), existieron tres momentos o etapas de evolución de jurisprudencia del Tribunal sobre la materia, los cuales podemos clasificarlos de la siguiente manera:

	S e n te n ci a s d el	Mandato constitucional
--	---	---------------------------

	T C	
	S T C N o. 0 0 1 9 - 2 0 0 5 - P I/ T C d el 2 1 d e ju li o	<p>Identificación de la proscripción de la corrupción como política criminal, relacionada directamente con los principios básicos de organización política.</p> <p>Exhortación a los poderes públicos a favor a una mayor diligencia en el combate anticorrupción, en coherencia con los valores éticos que deben estar en nuestro Estado democrático de Derecho.</p>

	<p>2 0 0 5 F u n d a m e nt o ju rí di c o 5 9 y 6 5</p>	
	<p>S T C N o. 0 0 0 0 6</p>	<p>Afirma que el combate a la corrupción es un bien constitucional, con fundamento en la cláusula del orden democrático, contenida en el art. 43 de la Constitución, pero también de los art. 39 y 41, que indican “todos</p>

	- 2 0 0 6 - P C C / T C d e fe c h a 2 3 d e a b ri l d e 2 0 0 7.	los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación” y en dicha medida, se encuentran al servicio del interés general y sujetos a responsabilidad por su actuar.
--	---	--

	F u n d a m e n t o o j u r í d i c o 1 1	
	S T C , N o 0 0 0 9 - 2 0 0 7 -	<p>Explicita el principio de “proscripción de la corrupción”, indicando que la lucha contra la corrupción obliga a los tres poderes del Estado a tomar medias concretas para fortalecer las instituciones públicas.</p> <p>Su base normativa está compuesta por la interpretación de los artículos 39, 41, 76, 43, 44.</p> <p>No está en la sentencia, pero también sería la</p>

	P I/ T C y 0 0 1 0 - 2 0 0 7 - P I/ T C (a c u m ul a d o s) d e fe c h	reciente modificación legislativa del 34ª de la Constitución
--	---	--

		a 2 9 d e a g o st o d e 2 0 0 7. F u n d a m e nt o s 5 4 y 5 5
--	--	--

Tabla 4. Evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el principio de proscripción de la corrupción (García Cobian, 2017)

53. Es así que por medio de la sentencia del Exp. 009-2007-AI/TC y 010-2007/TC (APCI y ONGs) y de todo el proceso de evolución jurisprudencial, la lucha anticorrupción se concretiza mediante el principio de proscripción de la corrupción, el cual determina que el orden constitucional exija el combate contra todas las formas de corrupción a través de distintos mecanismos, tales como el de control político parlamentario (art. 97 y 98), el control judicial ordinario (art. 139), del control jurídico constitucional (art. 200) y el control administrativo.

54. De lo expresado por el Tribunal, se pueden determinar las dos dimensiones de este principio:

- Dimensión negativa: exigencia de combatir y sancionar toda forma de corrupción a través del adecuado cumplimiento de funciones del Estado a favor del interés general y los valores democráticos.
- Dimensión positiva: combate de la corrupción mediante la prevención como un deber primordial del Estado, enunciado en conjunto con el servicio público. Exige la elaboración de planes y programas tales como la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, normativa sobre transparencia, etc. (Alvites, 2021)

55. Podemos citar el fundamento 55 de la sentencia en el cual el TC indica que “el proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción -tanto aquella vinculada al aparato estatal como la que coexisten en el ámbito de la sociedad civil- obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país” (Tribunal Constitucional, 2007).

56. En consecuencia, el principio de lucha contra la corrupción no se configura como una abstracción, sino que adquiere un sentido operativo al establecer deberes generales de actuación a todas las entidades del Estado, materializados a través de políticas, planes y programas que promuevan la transparencia y la erradicación de la corrupción en todas sus formas, así como principios éticos y valores sociales, la transparencia y la rendición de cuentas para garantizar la institucionalidad peruana (Alvites, 2021).

57. De esta forma, este principio, además de concretizar la lucha anticorrupción como un bien de relevancia y protección constitucional, es un parámetro de validez material constitucional para evaluar leyes y normas de rango infraconstitucional, políticas públicas concretadas en dichas normas o actos de entidades o funcionarios públicos (García Cobian, 2018). En razón a esta naturaleza, también este principio puede estar en situaciones de colisión con otros mandatos constitucionales, por lo que se exigirá realizar un test de proporcionalidad en un esquema ponderativo (sujeto a análisis de razonabilidad y proporcionalidad).

58. Pasando al análisis de nuestra sentencia, la parte demandante como parte de sus argumentos afirmó que la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39 y 41 de la Constitución, de acuerdo a lo señalado en la sentencia del TC No. 006-2006-PC, en la cual se entiende de la argumentación que la proscripción de la corrupción es un valor o principio que la Constitución consagra (Tribunal Constitucional, 2007).

59. El Tribunal por su parte, en el fundamento 16 del apartado “Fines Constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción”, afirma que no solo el buen funcionamiento de la Administración Pública es un bien constitucionalmente protegido al permitir la intervención del Derecho Penal, sino que “el propio combate contra toda forma de corrupción” también goza de protección constitucional, según los art. 39 y 41 de la Constitución (STC 006-2006-CC Aclaración) y el orden democrático del art. 43 de la Constitución (Exp. No. 0009-2007-AI, 0010-AI acumulados en el fundamento 18).

60. Con la misma argumentación, el Tribunal en el apartado del “análisis de las normas objeto de impugnación”, en el fundamento 26 indica de modo genérico que los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento constitucional en el art. 39 de la Constitución, del cual se ha derivado dos principios, el principio de buena administración y a su vez el deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, según la jurisprudencia del TC.

61. Como se puede observar, la argumentación del Tribunal Constitucional no mencionó de manera directa la existencia del principio constitucional de lucha contra la corrupción, el cual ya había sido elaborado en las sentencias del exp. 009-2007-AI/TC y 010-2007/TC. En ese sentido, lamentamos que el Tribunal

no haya podido llenar de contenido este principio, al ser este un elemento de funcionalidad ponderativa en las situaciones de análisis con bienes y derechos fundamentales relacionados, y además por ser un parámetro de validez objetivo respecto de la legislación, normativa estatal en general y la actividad de funcionarios, entidades y políticas públicas.

62. ¿Porqué recalamos que es importante que se continúe desarrollando de manera expresa este principio en las sentencias del Tribunal que toquen la materia? En primer lugar, debemos recordar que la Constitución, además de ser la norma de mayor jerarquía en todo el ordenamiento, contiene un conjunto de valores, principios y normas que delimitan nuestra convivencia social en un Estado constitucional y democrático de Derecho. Estos principios y valores contenidos en ella responden a la realidad política sobre la cual se quiere gobernar, los cuales dinámicamente contribuyen a racionalizar jurídicamente la relación entre el poder estatal y la libertad humana en la sociedad (García Toma, 2003, p. 190). En esa misma línea, los principios constitucionales son postulados ético-políticos con sentido y naturaleza normativa que, ya sea de manera expresa o tácita, forman parte del núcleo central de nuestro sistema constitucional (2003, 191).

63. En nuestro caso, estos postulados ético-políticos se concentran en el establecimiento de un Estado democrático de Derecho, en donde hay dos conceptos distintos, pero estrechamente vinculados: el estado de derecho, en donde la ley es obligatoria para todos en igualdad de condiciones, con libertades garantizadas a los ciudadanos, y la democracia, en donde los ciudadanos y su desarrollo individual y social es el centro alrededor del cual gira el estado y sus funciones (Novoa, 2012, p.15). Dentro de ese contexto, en tanto la corrupción socava la institucionalidad de los entes públicos y además vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, ambos bases de la democracia, es un deber del Estado, a través de su tribunal supremo, asegurar la satisfacción íntegra de los derechos fundamentales (Novoa, 2012, p.19).

64. El desarrollo de este principio en esta sentencia hubiera permitido brindar mayor fuerza de vinculatoriedad de su contenido, cumplimiento su triple función: 1) función informadora, al inspirar al legislador en la creación de normas de rango legal que esten en concordancia con el principio de lucha anticorrupción; 2) función interpretativa, orientando a los operadores jurídicos

en la comprensión de las normas bajo la proscripción de elementos que dinamiten la lucha anticorrupción; y 3) función integradora, en caso se configure algún vacío o laguna legal en las fuente formal del derecho sobre el cual irrardie la obligaciones del estado contra la corrupción (Pasco Cosmópolis, 1994).

65. De estas tres funciones, queremos resaltar la que consideramos más importante por el contenido de la Ley 29703, la función informadora, en el sentido que de haberse pronunciado a mayor detalle, el Tribunal pudo haber creado mayores instrumentos par la comprensión de este principio y los valores éticos y sociales que atañe, dirigido a todos operadores jurídicos que estén a cargo de casos de delitos contra la administración pública (corrupción) y a los legisladores que estén elaborando proyectos modificatorios del marco jurídico político criminal (como el caso en concreto). De esta forma, las siguientes manifestaciones de este principio hubieran sido reforzadas: eficacia directa, extracción de reglas aplicables al caso concreto, función positiva y negativa (respecto al ordenamiento y fuerza derogatoria), entre otros (Rubio, 2020, p. 280).

66. Consideramos adicionalmente que, en la medida que en el futuro se pueden realizar reformas constitucionales, sería un hito para la lucha anticorrupción en Perú la inclusión de un artículo en donde quede de forma expresa el mandato constitucional de este principio. Sin embargo, ahora, en asusencia de un artículo en la Constitución que reconozca expresamente cuales son los deberes fundamentales respecto a la lucha anticorrupción, es imperativo que el TC realce en sus sentencias el carácter prioritario que tiene el combate contra la corrupción.

b. Falta de desarrollo del Tribunal Constitucional de la fundamentación relativa a la jerarquía normativa de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el ordenamiento jurídico peruano

67. Para abordar este problema, definiremos qué es el bloque de constitucionalidad así como las teorías de interpretación constitucional; luego analizaremos qué ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Convención ONU, de modo que concluiremos si la interpretación del tribunal fue correcta.

68. Fundamentalmente, tenemos que resaltar el principio de supremacía constitucional, el cual está en el art. 51 y determina que la Constitución es la *norma normandum*, es decir, es la norma de mayor jerarquía en todo el ordenamiento jurídico peruano, por lo que todas las normas de rango infraconstitucional deberán de ajustarse a la Constitución para ser válidas y desprender efectos en el ordenamiento jurídico. El texto constitucional dice lo siguiente:

“Artículo 51.- Supremacía de la Constitución

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.”

69. Sin embargo, su supremacía no solo deriva de su jerarquía, sino de su naturaleza de norma creadora de nuestro ordenamiento jurídico conteniendo todos los valores y principios del Estado democrático del Derecho, organizando la estructura política del estado y las normas básica de convivencia social (Blancas, 2017, p. 55). En base a ello, en calidad de norma fundante, la Constitución no solo enlista estos valores, sino también tiene fuerza normativa al ser directamente aplicable, al contener en sí normas de eficacia o aplicación inmediata o directa, normas de eficacia mediata o diferida y afirmaciones políticas y definiciones constitucionales (Blancas, 2017, p. 57)

70. Ahora bien, sobre el bloque de constitucionalidad, la Constitución no es una norma que regule todas las situaciones jurídicas existentes. Por el contrario, es una norma abierta que se orienta principalmente a regular aspectos esenciales de la organización del estado y a enunciar los derechos fundamentales de las personas. Es así “que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que, sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional.” (Uprimny, 2005, p.3)

71. Es así que aparece el concepto de “bloque de constitucionalidad”, el cual comprende a otras normas infraconstitucionales que complementan las materias enunciadas en la Constitución. Su función es muy importante por varios motivos,

entre los cuales resaltan a) su rol ampliando los términos del debate constitucional, permitiendo que se realicen juicios de constitucional no solo en base a los artículos de la Constitución, sino también en base a otras disposiciones infralegales; y b) además por el hecho que permite consolidar valores democráticos al facultar a que los operadores jurídicos y legisladores puedan tomar en consideración principios y derechos que, pese a no estar incluidos en la constitución, por el transcurso del tiempo y la evolución de la sociedad sean exigibles, manteniendo el dinamismo de la constitución como un “texto vivo” (Uprimny, 2005, p.4)

72. Otro concepto necesario de aclarar es el de “normas interpuestas” el cual se refiere a una serie de normas que fungen de parámetro de interpretación constitucional de otras fuentes del derecho. Su función es ser un parámetro de control en un esquema trilateral, en donde por un lado está la Constitución como parámetro y al lado estas normas interpuestas (sin rango constitucional) y por otro la ley objeto de control. En ese sentido, la inconstitucionalidad de la norma deja de ser un análisis solo líneal y vertical respecto de la Constitución, sino que a través de esta norma interpuesta se puede argumentar una violación “indirecta del texto constitucional” (Meza, 2002, p. 106). Siguiendo al Dr. Meza, estas son sus principales características: su calidad como parámetro de control, no supone que pierda su condición de fuente primaria del sistema jurídico, ya que su rango es el que le otorga la Constitución o según sea el tipo de norma que la contenga; en caso de remisión, son inderogables por las fuentes a las que limitan formal o materialmente; cuando “determina” el contenido concreto de una disposición constitucional no puede suspender o dejar sin efectos así simplemente, ya que una vez su sustitución tiene que se realizada explícitamente; no son fuentes autónomas de validez, debido a que solo se podrá declarar inconstitucional a una norma con rango de ley por chocar con la norma interpuesta solo si la misma Constitución ha designado transgresión constituye una alteración “indirecta” de aquélla; son eventuales y específicas en la medida que establecen específicas condiciones de validez de determinadas leyes o normas con rango de ley en virtud de una específica disposición constitucional (Meza, 2002, p. 108).

73. En nuestro país, los conceptos de bloque de constitucionalidad y normas interpuestas se utilizan de manera equivalente para revisar la validez constitucional de normas (Carpio, 2002). Es así que, en la labor jurídica del TC,

en caso de demandas de inconstitucionalidad necesariamente el Tribunal debe utilizar como parámetros no solo la Constitución Política sino todas las normas que se pueda considerar que componen el marco constitucional interpretativo, sean estas de rango constitucional o infraconstitucional, conforme al artículo 79° del Código Procesal Constitucional (Meza Hurtado, 2012).

74. A continuación, revisaremos lo que dice la sentencia. Como parte de sus fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad, la parte demandada indicó que las disposiciones impugnadas contravenían los art. 3 y 18 de la Convención ONU y el artículo XII de la Convención Interamericana, los cuales eran tratados parte del bloque de constitucionalidad de los artículos 43, 44 y 76 de la Constitución. En esa misma línea, señala que los tratados son “normas interpuestas” de diversos artículos de la Constitución, tal como se muestra a continuación:

- Art. 44 (Deberes del Estado), puesto que con la sanción actos de corrupción que proponen los tratados, se logra el bienestar general.
- Art. 43 (Estado democrático de Derecho), aduciendo que dichos tratados son sus normas interpuestas “en la medida que establecen parámetros generales de orden internacional para determinar actos de corrupción que afectan al Estado democrático de Derecho.
- Art. 76 (Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública)

75. De la misma manera, en el apartado de “fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción”, el Tribunal establece que, en su jurisprudencia en alusión del preámbulo de la Convención Interamericana, ha verificado que la corrupción socava las instituciones públicas, la sociedad, el orden moral y la justicia y por tanto los actos corruptos de los funcionarios atentan contra esas mismas bases. Acto seguido, hizo alusión a lo definido al preámbulo de la Convención ONU sobre la obligación de los países democráticos de combatirla corrupción.

76. Adicionalmente, como parte del análisis de las normas objeto de impugnación, el tribunal en su fundamento 29 indica que la introducción del término “patrimonialmente”, además de ir en contra de los principios constitucionales que rigen la contratación pública, estarían en contra del artículo 3 de la Convención ONU que establece “Ámbito de aplicación: (...) 2. Para la

aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”. Por otro lado, en el fundamento 35 hace un análisis sobre la vinculatoriedad del art. 18 del Convenio ONU, concluyendo que dicha disposición sobre el tráfico de influencias no constituye una obligación vinculante.

77. En base de lo afirmado por el Tribunal, consideramos que este no desarrolló adecuadamente en sus fundamentos lo referido al bloque de constitucionalidad y las normas interpuestas que fue argumentado por la parte demandante. Es por ello que tampoco hubo claridad respecto de la jerarquía de la Convención ONU en el ordenamiento jurídico, puesto que no quedó claro con qué rango normativo esta Convención formó parte del bloque de constitucionalidad. En ese sentido, mediante lo siguiente queremos llenar de contenido la línea argumentativa que siguió el Tribunal para tener claras las figuras jurídicas aplicadas.

78. En primer lugar, partimos del hecho de la naturaleza del tratado. Los tratados que suscribió el Perú forman parte del ordenamiento jurídico peruano conforme al art. 55 de la Constitución, el cual establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional” (Constitución Política del Perú, 1993). Sin embargo, este precepto no implica que necesariamente todos tengan rango constitucional. La definición de aquellos tratados que sí tienen este rango está en la Cuarta Disposición final, la cual establece que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, por lo que se entiende que los tratados de derechos humanos sí tienen rango constitucional y por ello deben de seguir el procedimiento de aprobación del art. 56 de la Constitución (Rubio, 1998). Esta interpretación se vio consolidada en la sentencia exp. 00047-2004-AI/TC, en la cual, mediante el desarrollo del principio de supremacía constitucional, el Tribunal indicó que la definición del rango de las normas estaba directamente relacionado a su fuerza activa y pasiva, y en este caso al no haber ninguna norma supraconstitucional, la Constitución misma puede modificar cualquier disposición con fuerzas menores a la suya al ser la “fuente

de las fuentes del derecho y la que regula la producción normativa o disciplina los modos de producción de las fuentes” (Tribunal Constitucional, 2004, p.17).

79. Sin embargo, en virtud de lo anteriormente señalado, el mismo Tribunal ha determinado que no es necesario que una norma sea de rango constitucional (del rango de la *lex legum*) para que pueda ser aplicada e interpretada por él para determinar la invalidez constitucional de alguna norma. Específicamente en la sentencia No. 0041-2004-AI/TC se indicó que:

“(…) en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (...). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido”.

80. En nuestra sentencia, esta postura quedó evidenciada tácitamente en los argumentos del Tribunal al no haber citado de manera directa la inconstitucionalidad de la modificación legislativa por contravención a las disposiciones del tratado, lo cual hubiera implicado que la Convención ONU sí tenía rango constitucional. Frente a ello, si bien en la doctrina hay varios reconocidos autores que han desarrollado la consideración de las Convenciones contra la lucha anti-corrupción como tratados de derechos humanos, mediante los cuales estos sí tendrían automáticamente rango constitucional (Novoa, 2016), preferimos abogar por otra línea argumentativa.

81. En razón a ello, es que podemos afirmar que para el Tribunal, el hecho de que la Convención ONU no tenga rango constitucional, no fue impedimento para aplicarla en el caso: el Tribunal utilizó el contenido del tratado y sus disposiciones como una norma interpuesta, parte del bloque de constitucionalidad, reforzando la teoría de aquella parte de la doctrina que afirma que no es necesario que una norma tenga rango constitucional para que sea parte del bloque de constitucionalidad.

82. Por ello, afirmamos que el rol de Convención ONU en la hermenéutica del Tribunal consistió en ser una de las fuentes del derecho utilizadas para enriquecer la comprensión del mandato de constitucionalidad del principio de lucha contra la corrupción, a partir del cual el Tribunal decidió la invalidez del término “patrimonial” del delito de colusión. Como se ha mencionado en el problema a., si bien el principio de proscripción fue poco desarrollado en la sentencia, fue a partir de este, cuya evolución interpretativa se forjó a partir de la interpretación de las disposiciones de la Constitución (art. 39, 41, 76, 43 y 44), que el TC interpretó la legalidad de las modificaciones de la Ley 29703, al cual se sumaron las disposiciones anticorrupción de estos dos tratados como parte del bloque de constitucionalidad.

V. Conclusiones

83. Un primer problema identificado fue la interpretación sobre el bien jurídico del delito de colusión en base a las disposiciones de la Ley 29703. Consideramos que el tipo penal con la inclusión del término “patrimonial”, además de no corresponder y proteger adecuadamente al bien jurídico específico del delito de colusión desarrollado por el Tribunal, contraviene el principio constitucional de lucha contra la corrupción al crear varios casos de impunidad sobre procesos de contratación, como por ejemplo aquellos en donde se alteraron sus principios de ejecución sin causar daños patrimoniales, además de ir en contra por lo dispuesto por la Convención ONU.

84. El segundo problema identificado está relacionado a la concepción del delito de tráfico de influencias como real y simulado. Estamos en desacuerdo con el fallo del Tribunal sobre el extremo de este delito debido a que consideramos que no respetó el principio constitucional de lucha contra la corrupción y el mandato a realizar acciones positivas desde su rol jurisdiccional, siendo que el bien jurídico, la protección de la institucionalidad de la administración pública, estaba quedando desprotegido; y asimismo, su argumentación solamente se basó en el tipo de obligación que emanaba de la Convención ONU, sin considerar la ratio legis internacional de dicho tratado.

85. En cuanto a al primer problema identificado en materia constitucional, somos de la opinión que existió una falta de desarrollo del Tribunal sobre el

principio de lucha contra la corrupción en la sentencia, puesto que debió ser mejor motivado en base a su carácter de principio que irradia a todo el ordenamiento jurídico. De este modo, el legislador tendría claro el mandato imperativo en positivo que provenía de la función informadora del principio señalado y así evitar la promulgación de leyes como las de la naturaleza de la Ley 29703.

86. Finalmente, respecto al último problema, lamentamos la falta de pronunciamiento del Tribunal sobre la jerarquía normativa de la Convención ONU al no desarrollar y tomar posición jurídica sobre el argumento del demandante sobre la consideración de la Convención ONU como una norma interpuesta, parte del bloque de constitucionalidad, siendo que la doctrina brinda varias posturas sobre la naturaleza de las normas que forman parte de dicho bloque. En este caso, nosotros interpretamos que el Tribunal, en su argumentación para determinar la inconstitucionalidad de parte de la norma cuestionada, consideró a la Convención ONU como una norma interpuesta, parte del bloque de constitucionalidad, sin necesidad de que esta tenga rango constitucional.

VI. Recomendaciones

87. Como parte de nuestro análisis, recomendamos al Tribunal Constitucional continuar desarrollando el principio de lucha contra la corrupción en sus sentencias, con el fin de continuar con la institucionalización de dicho principio en su actividad jurisdiccional, tal como su ponderación con otros bienes y derechos fundamentales y su uso como parámetro de validez objetivo respecto de la normativa estatal en general y la actuación de funcionarios. De esta forma, se consolidaría su naturaleza como un mandato constitucional para los tres poderes del Estado.

88. Asimismo, en caso en el futuro se concrete alguna reforma constitucional, consideramos importante que se considere la inclusión del mandato del mencionado principio en un artículo de la Constitución, a fin de que se materialice lo desarrollado hasta la fecha por la jurisprudencia del Tribunal y así, la lucha contra la corrupción quede materializada y pueda ser directamente

exigible como parte de principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento.

89. Finalmente, requerimos a los legisladores, jueces y/o entidades públicas que, durante el ejercicio de sus funciones públicas, verifiquen que la naturaleza de su labor legislativa, pronunciamientos y accionar esté en concordancia con el mandato de dicho principio, a fin de evitar situaciones en las que se tengan que accionar procesos constitucionales para resguardar la supremacía constitucional.

VII. Referencias bibliográficas

- Alvites, E. (2021, 15 de Junio). Marco constitucional para la prevención y lucha contra la corrupción [Formato audiovisual]
- Blancas, C. (2017). Derecho constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.
- Calderon, A. (2019). El ABC del Derecho Penal. Lima: Editorial San Marcos.
- Carpio Marcos, E. (2002). Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano). En Marcial Pons. Constitucionalismo y Derechos Humanos (Ponencias peruanas al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 12-15 de febrero 2002). Lima: Editora Jurídica Grijley. 101-115.
- Caso Mincetur vs. Poder Judicial. (0006-2006-CC/TC Aclaración II (Tribunal Constitucional, 23 de abril de 2007)
- Cerna Camones, D. (2020). *El delito de tráfico de influencias: legitimación del acto simulado a partir de la configuración del bien jurídico protegido* (Tesis para optar por el grado académico de maestro en Derecho en Ciencias Penales) Universidad de San Martín de Porres, Lima.
- Chanjan Documet, R., Puchuri Torres, F. C., Hinojosa Jurado, S., Villalobos Roncal, S. F., Gutierrez Gozzer, A. L., & Cueva Arana, J. M. (2020). El delito de tráfico de influencias y el tratamiento del elemento “caso judicial o administrativo”. *Derecho & Sociedad*, 2(54), 275-292. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22447>
- Chanjan, R. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Derecho Penal y Criminología*, No. 18, 104, 121-150.

- Díaz Castillo, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano* (Tesis para optar por el grado académico de doctor en Derecho en Penal) Universidad de Salamanca, Salamanca, España.
- García Cobian, E. (2017). Desayunos Constitucionales | El Principio de Proscripción de la Corrupción y la Contraloría General de la República. Recuperado a partir de https://educast.pucp.edu.pe/video/8375/desayunos_constitucionales_el_principio_de_proscripcion_de_la_corrupcion_y_la_contraloria_general_de_la_republica
- García Cobian, E. (2018). Lucha contra la corrupción y derechos fundamentales en el Perú: ¿transitar del principio constitucional de proscripción de la corrupción a un derecho fundamental a vivir libres de corrupción? En *III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*. (pp. 33 - 47). LIMA. Palestra.
- García Toma, V. (2003). Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional. *Derecho & Sociedad*, (21), 190-209. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17370>
- Guimaray, E. (2011). *La tipificación penal del delito de colusión*. Obtenido de http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf
- <https://laley.pe/art/7789/una-sentencia-del-Tribunal-que-favorece-a-procesados-por-corrupcion-por-la-contraloria-general-de-la-republica>
- <https://www.enfoquederecho.com/2020/06/29/validez-juridica-de-la-absolucion-de-los-actos-de-corrupcion-de-pedro-chavarry-por-congreso-pasado-fujimorista/>
- Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8.438 ciudadanos y Congresistas de la Republica del Perú (demandantes) c. Congreso de la República (demandado) (0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC acumulados (Tribunal Constitucional, 29 de agosto de 2007).
- Meza Hurtado, A. (2012). El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú? Lima: Revista Oficial del Poder Judicial Año 6 – 7, No.8 y 9.
- Montoya Vivanco, Y., Novoa Curich, Y., Rodríguez Vásquez, J., Torres Pachas, D., & Guimaray Mori, E. (2016). *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).
- Novoa Curich, Y. L. (2016). ¿Son las convenciones de lucha contra la corrupción tratados de derechos humanos? *THEMIS Revista De Derecho*, (69), 301-314.

- Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16750>
- Novoa, Y. (2012). La lucha contra la corrupción: consecuencia de la democracia. Comentario Académico. Proyecto Anticorrupción. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Comentario-Yvana.pdf>
 - Pariona, R. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Pacífico Editores.
 - Pasco Cosmópolis, M. (1994). El principio protector en el derecho procesal del trabajo. *Derecho PUCP*, (48), 149-169. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199401.008>
 - Rodríguez, J. (2012). Estado de Derecho y Corrupción. Proyecto Anticorrupción. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-julio.pdf>
 - Rubio, M. (2020). *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Lima. Fondo Editorial PUCP.
 - Ruiz-Rico, G. (2014). *La Lucha contra la corrupción desde el Estado Constitucional de derecho: la legislación sobre financiación de partidos políticos en España*. Madrid: Cuadernos Manual Giménez Abad.
 - Ruiz, J. C. (2020, agosto 19). *¿Es posible la justiciabilidad del principio constitucional de lucha contra la corrupción?* Instituto de Defensa Legal. <https://www.idl.org.pe/es-posible-la-justiciabilidad-del-principio-constitucional-de-lucha-contra-la-corrupcion/>
 - Ruiz, J.C. (2019). Una sentencia del TRIBUNAL que favorece a procesados por corrupción por la Contraloría General de la República. *La Ley*. Recuperado de
 - Ruiz, J.C. (2020). Validez jurídica de la absolución de los actos de corrupción de Pedro Chávarry por Congreso pasado fujimorista. *Enfoque Derecho*, IDL en Themis.
 - Salgado González, A. (2012). Apuntes Sobre el Concepto de Bien Jurídico. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 4(7). <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.4-num.7-2012-317>
 - Salinas Siccha, R. (2016). Tráfico de influencias y la Casación del caso Aurelio Pastor. *Actualidad Penal*, Vol. 19, pp. 22 – 52.
 - *Seguimiento de los Proyectos de Ley-Leyes*. (30 de 05 de 2012). Obtenido de Departamento de Trámite Documentario Parlamentario: https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d995

[75da99ebfbe305256f2e006d1cf0/fccec1f778c62246052578d4006203ea/\\$FILE/04878PL300512.pdf](#)

- Tablante, C. & Morales, M. (2018). Impacto de la corrupción en los derechos humanos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
- Uprimny, R. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/>
- *VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria*. Corte Suprema de Justicia de la República (2011)





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de mayo de 2012, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal (delito de colusión) y el artículo 401 del Código Penal (delito de tráfico de influencias).

II. DISPOSICIONES LEGALES CUESTIONADAS

Artículo 1 de la Ley N° 29703 en el extremo que modifica los artículos 384 del Código Penal (colusión) y 400 del mismo Código (tráfico de influencias)

“Artículo 1. Modificación de los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal

Modifícanse los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal, con los textos siguientes:

(...)

Artículo 384. Colusión

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años

(...)

Artículo 400. Tráfico de influencias

El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

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

III. ANTECEDENTES

3.1. Argumentos del demandante

El Fiscal de la Nación, Don José Antonio Peláez Bardales, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29703, Ley que modificó el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública. Asimismo, solicita que una vez que se declare fundada la demanda se emita sentencia interpretativa-manipulativa reductora suprimiendo la frase "patrimonialmente" del delito de colusión, así como la modificación del artículo 400 del Código Penal, referido al tipo penal del delito de tráfico de influencias, emitiendo a su vez una sentencia interpretativa-manipulativa reductora suprimiendo la palabra "real" a fin de descartar cualquier interpretación del citado dispositivo en el sentido de entender que la influencia que alega el sujeto activo tenga que ser necesariamente real y no aparente.

Alega que la disposición impugnada contraviene los artículos 3 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, como parte del bloque de constitucionalidad de los artículos 43, 44 y 76 de la Constitución. En este sentido, sostiene que los referidos tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, señala que en la sentencia recaída en el expediente N° 019-2005-PI el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción en el sentido de que "*la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos...*". Sostiene que los referidos tratados internacionales constituyen normas interpuestas del artículo 44 de la Constitución Política en tanto que hacen posible la efectividad del bienestar general a través de la sanción de los actos de corrupción que podrían socavarla. También ha señalado que las normas contenidas en los referidos tratados internacionales son normas interpuestas del artículo 43 de la Constitución Política, en la medida que establecen los parámetros generales de carácter internacional de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

determinación de los actos de corrupción que contravienen las reglas de un Estado Democrático de Derecho y por consiguiente lo ponen en peligro.

A su vez, señala que las referidas normas internacionales constituyen normas interpuestas del artículo 76 de la Constitución:

“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

Al respecto, señala que el Tribunal Constitucional ha considerado que la función de esta disposición constitucional es determinar y a su vez garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento especial que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores (Exp. N.º 020-2003-AI). Así, la contravención a los principios que se tienden a proteger en las adquisiciones del Estado (transparencia, imparcialidad, libre competencia, trato justo e igualitario) no precisa de un perjuicio patrimonial al Estado. En ese sentido, alega que los referidos tratados internacionales contienen normas de desarrollo constitucional en la medida que establecen que no es requisito indispensable el perjuicio patrimonial para la configuración de los delitos de corrupción, entre ellos, colusión (artículo 384 del Código Penal).

Además, la parte demandante afirma que la lucha contra la corrupción constituye un mandato constitucional que se desprende los artículos 39 y 41 de la Constitución, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la resolución de fecha 23 de abril de 2007, recaída en el expediente N.º 006-2006-PC.

3.2. Contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República, don Jorge Campana Ríos, se apersona al proceso señalado que siendo que conforme al artículo 99 del Código Procesal Constitucional cuando el Congreso de la República es demandado en un proceso de inconstitucionalidad, “se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada, por medio de apoderado nombrado especialmente para el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

efecto”, de lo que colige que esta obligación de defensa de la ley impugnada no resulta exigible cuando la norma impugnada haya sido derogada. En tal sentido se abstiene de presentar argumentos en contra de los presentados por la parte demandante.

IV. FUNDAMENTOS

4.1 Cuestión procesal previa

1. En cuanto a lo expresado por el representante del Congreso de la República en el sentido de que conforme con el artículo 99 del Código Procesal Constitucional cuando el Congreso de la República es demandado en un proceso de inconstitucionalidad, no cabe presentar argumentos de fondo sobre la ley impugnada cuando ésta ha sido derogada, cabe señalar que ello no es un argumento válido, toda vez que del texto legal citado ni de ninguna disposición del Código Procesal Constitucional se colige que el deber del Congreso de la República de contestar la demanda de inconstitucionalidad cesa con la derogación de la norma. Antes bien, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, (Cfr. Exp. N.º 004-2004-AI; 0019-205-PI; 005-2007-PI) la derogación de la norma impugnada no determina necesariamente la sustracción de la materia justiciable en el proceso de inconstitucionalidad, máxime si en la propia resolución de admisibilidad de la demanda se reitera este asentado criterio jurisprudencial.

4.2 Sobre la pretendida sustracción de la materia

2. Con fecha 21 de julio de 2011 se publicó en el Diario Oficial la Ley N.º 29758, que establece modificaciones a diversos artículos del Código Penal, entre ellos el artículo 384 (colusión) y el artículo 400 (tráfico de influencias), derogando de este modo la modificación normativa operada a través de la ley cuestionada en el presente proceso de inconstitucionalidad. En efecto, la nueva redacción del artículo 384 del Código Penal (colusión) ha relegado el término “patrimonialmente” a un supuesto agravado contenido en el segundo párrafo del referido artículo del Código Penal y la nueva redacción del artículo 400 (tráfico de influencias) vuelve a incluir el supuesto atinente a las influencias simuladas.
3. Conforme ya se ha expresado en la resolución de admisión de la demanda, de fecha 9 de enero de 2012, la derogación producida no impide que la norma legal en cuestión pueda todavía continuar desplegando sus efectos. Por tanto, la derogación de la norma impugnada no implica necesariamente la sustracción de la materia en la presente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

demanda de inconstitucionalidad. Ello, a su vez constituye un criterio jurisprudencial reiterado de este Tribunal Constitucional (Cfr. Exp. N.º 004-2004-AI, fund 2, 0019-205-PI fund 5, 005-2007-AI, fund 1-5). Por tanto, la presente demanda de inconstitucionalidad merece un pronunciamiento sobre el fondo.

4.3 Derecho Penal y Constitución

4. Este Tribunal ha reiterado que la existencia de una constitución normativa limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso penal. Y es que en el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. (Exp. N.º 0012-2006-PI). Conforme a lo expuesto, el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que puedan resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución. Entre ellos, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado como legalidad o lesividad, así como no limitar derechos fundamentales u otros bienes constitucionales de modo desproporcionado.
5. Así, en la medida que la intervención penal supone una restricción de derechos fundamentales (vgr. libertad personal), ello autoriza la intervención de la justicia constitucional a efectos de evaluar la restricción de derechos. De este modo, existen una serie de principios limitadores de la potestad punitiva estatal. De otro lado, cabe señalar que no sólo gozan de cobertura constitucional los derechos fundamentales y los principios limitadores de la potestad punitiva sino también aquello que el legislador pretende proteger a través del Derecho penal.
6. Es así que este colegiado en anteriores oportunidades ha destacado la relevancia constitucional de las funciones preventivo generales de la pena, las que derivan del deber estatal de “(...)proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia(...)” (artículo 44º de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución) en su dimensión objetiva (Cfr. Exp. N.º 0019-2005-PI/TC fund 38-40). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

7. En atención a ello, podemos afirmar que una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no sólo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho (Cfr. Exp. N.º 0019-2005-PI/TC). Tal como lo señaló este Tribunal Constitucional:

“...ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

(...)

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho” (Exp. N.º 0019-2005-PI/TC).

8. Conforme a lo expuesto, estaremos ante una actuación inconstitucional del legislador cuando la norma penal contenga una intervención excesiva en un derecho fundamental, pero también se presentará una situación inconstitucional si la norma penal no prevé una protección suficiente de los bienes constitucionales que pretende proteger. Al respecto, resulta pertinente citar lo ya referido por este Tribunal en el sentido de que:

“(...)el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados”. (Exp. N.º 0014-2006-PI/TC, fundamento 35).

9. Así, por ejemplo, este Tribunal Constitucional ha señalado que para el caso de crímenes de lesa humanidad considerar su prescripción (en lugar de su imprescriptibilidad) resultaría indebido de cara al principio de proporcionalidad, tomando en consideración los perjuicios que estos delitos producen en las víctimas y la sociedad en su conjunto (Exp. N.º 024-2010-PI/TC, fundamento N.º 65). Así también, la Corte Constitucional de Colombia declaró la inconstitucionalidad de la omisión del legislador de incluir como un supuesto del delito de inasistencia alimentaria aquellos casos en los que el hecho se cometiera entre “compañeros permanentes” (C-16/2004).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

Con similar criterio la misma Corte en otra ocasión declaró inconstitucional otro vacío de punibilidad en cuanto al delito de desaparición forzada (STC C-100/11).

Conforme a lo expuesto, entonces, es posible señalar que si bien la decisión político criminal de perseguir penalmente una conducta o dejar de hacerlo constituye atribución exclusiva del legislador, dicha decisión debe respetar el marco constitucional.

Estado constitucional y margen de acción del legislador

10. Ahora bien, no se trata tampoco de que la sola existencia de un bien jurídico a ser protegido genere *per se* la necesidad de recurrir a la sanción penal para protegerla. Ello, no solo porque la sanción penal es la *ultima ratio*, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas, sino también porque el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad dentro de lo constitucionalmente posible (Exp. N.º 4235-2010-HC fundamento 33), lo contrario, es decir, que la propia justicia constitucional termine decidiendo en todos los casos si se debe o no penalizar, resultaría atentatorio del principio democrático, por desconocer el margen de discrecionalidad del que goza el legislador.
11. Al respecto, cabe reiterar que lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario, lo que está prohibido por la Constitución, es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible. (Exp. N.º 4235-2010-HC, fundamento N.º 33).
12. Así por ejemplo cuando se cuestionó en esta sede la decisión del legislador de proscribir la concesión de indulto a los condenados por el delito de violación de menor, y este Tribunal confirmó su constitucionalidad, ello no se dio en virtud de considerar que se trataba de un imperativo para el legislador derivado de la norma constitucional sino una posibilidad válida dentro del constitucionalmente posible. (Exp. N.º 012-2010-PI; fundamentos 48-49). Ello resulta especialmente relevante para el caso de autos en el que este Tribunal se ve frente a cuestionamientos respecto de decisiones del legislador que a la fecha han sido dejadas sin efecto. De este modo, si este Colegiado confirma la constitucionalidad de alguna de las disposiciones cuestionadas ello no significa automáticamente la inconstitucionalidad de su posterior modificación. Del mismo modo, la inconstitucionalidad de los supuestos impugnados no comporta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

necesariamente la validez constitucional de los nuevos supuestos legales, los que no han sido materia de cuestionamiento constitucional.

13. En suma, el poder del Legislador para configurar tipos penales no es absoluto sino que debe respetar el marco constitucional. Por ello es que este Tribunal ha señalado que el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de un razonable margen de discrecionalidad pero se encuentra vinculado por los principios y valores de la Constitución, lo que posibilita el control constitucional.

4.3 Fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción

14. La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública”. A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (vgr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal “De la Función Pública”.

15. Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39º de la Constitución que establece que “...*los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...*”, subyace el principio de “*buena administración*” (Cfr. Exps. Nsº 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44º de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. Nº 008-2005-AI, fundamento Nº 14). A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (Cfr. Exp. Nº 1271-2008-HC; 019-2005-AI), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atentan contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. En esta misma línea el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción establece que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

“Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”. (subrayado agregado).

16. A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39º y 41º de la Constitución. (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N.º 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N.º 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que

“la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (subrayado nuestro).

17. De modo análogo, cabe señalar que este Tribunal para el caso del tráfico ilícito de drogas ha derivado de la obligación constitucional de combatir dicho delito la necesidad de una política nacional para la erradicación absoluta de este flagelo (Exp. N.º 020-2005-AI, fundamento 117-118), del mismo modo, el interés constitucional de combatir la corrupción viene reforzado desde la Constitución.

18. Más allá de los fines de índole constitucional que sustentan de modo general la criminalización de los delitos contra la Administración Pública, de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que complimentan esta actividad. En este sentido, resulta relevante la disposición constitucional contenida en el artículo 76 de la Constitución:

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

19. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. (Exp. N.º 020-2003-AI, fundamento 11). De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública -que se derivan de la citada disposición constitucional- la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores:

“12. La función constitucional de esta disposición (artículo 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el *mayor grado de eficiencia* en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos”.

(...)

“16.(...)la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución]”

(Exp. N.º 020-2003-AI, fundamentos N.º 12 y 16).

20. En este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384º del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores.

21. De otro lado, para el caso del delito de tráfico de influencias, de una lectura de la norma penal, tanto en su versión actual como la que es materia de cuestionamiento, se advierte que este delito supone que quien invoca ser titular de influencias reciba “...donativo o promesa o cualquier otra ventaja” y que posteriormente el titular de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

influencias se comprometa a "...interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo...".

Es decir, la disposición no está dirigida a reprimir en concreto actos irregulares cometidos por el propio funcionario sino que se dirige a la conducta de un tercero que, teniendo influencia sobre aquél, promete interceder en beneficio de los intereses de particulares. Al respecto, desde el Derecho penal se ha entendido que la tipificación penal de actos de Tráfico de Influencias supone una suerte de adelantamiento de la persecución penal hasta un momento previo a la posible comisión de actos de corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa (Cfr. San Martín, et al, Los delitos de Tráfico de Influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 27). De este modo, queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de actos de personas que busquen influir negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos.

4.5 Análisis de las normas objeto de impugnación

Modificación del artículo 384 del Código Penal (colusión)

22. La demanda cuestiona que la ley impugnada en la parte que se refiere al delito de colusión haga referencia expresa a que la defraudación deba tener carácter patrimonial:

"El funcionario o servidor público que, (...) mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley,..." (subrayado agregado)

23. Conforme a la redacción de la disposición en la versión anterior a la modificación cuestionada, así como en la que la reemplazó, el tipo penal no preveía dicho vocablo. Así, mientras la versión anterior a la modificatoria en cuestión establecía:

"El funcionario o servidor público que (...) defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados"



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

La modificatoria posterior a la ley impugnada, ha previsto la configuración de los actos de corrupción a través de dos párrafos. En el primero ya no está previsto el vocablo "patrimonialmente" introduciendo con una distinta redacción la idea primigenia:

"El funcionario o servidor público que, (...) concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)".

Dicha modificatoria en el segundo párrafo incluye nuevamente el término patrimonialmente para supuestos previstos con una mayor sanción penal:

"El funcionario o servidor público que, (...) mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)".

24. La disposición contenida en la Ley N.º 29703 es cuestionada por considerar inconstitucional la exigencia de perjuicio patrimonial que de ella se deriva. Al respecto, este Tribunal considera imperativo hacer notar que mientras la disposición cuestionada prescribe textualmente "defraudare patrimonialmente", el sentido interpretativo propuesto por la parte demandante sugiere que ello implica necesariamente un perjuicio patrimonial, aspecto que -de manera previa a valorar la constitucionalidad de la disposición- merece alguna reflexión por parte de este Colegiado.
25. Como se sabe, una misma disposición legal puede, por lo general ser interpretada válidamente de diversas maneras, lo que ha llevado a este Tribunal a distinguir entre disposición y norma, siendo la primera el enunciado legal y la segunda, el sentido interpretativo (Exp. N.º 010-2010-AI, fundamento 34). No corresponde a este Tribunal, en principio, determinar cuál es la mejor interpretación de la norma legal, siendo ello competencia de la justicia ordinaria y de la doctrina penal. Sin embargo, sí le es posible advertir cuándo estamos ante una interpretación de la norma penal que resulta inconstitucional. En el ámbito de la aplicación de las normas penales -como ya ha sido referido- será la protección de un bien constitucional lo que autoriza la restricción de la libertad personal a través de la persecución penal. De este modo, resultará contrario a la Constitución poner en funcionamiento la persecución penal sin que ello se vea reflejado en la protección de bienes constitucionales.
26. Este Tribunal, conforme a lo advertido líneas arriba sobre los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de colusión ilegal, reitera que de modo genérico los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

constitucional en el artículo 39º de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de “buena administración”, a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico los principios constitucionales que rigen la contratación pública (imparcialidad y trato igualitario a los postores). En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública.

27. A su vez no debe perderse de vista el hecho de que el legislador al momento de decidir si recurre a la sanción penal para combatir actos de corrupción tiene ante sí no solo principios constitucionales a ser protegidos como el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que dicha necesidad de represión de actos de corrupción viene reforzada desde la Constitución (ver *supra* fundamentos N° 16 y 17).
28. En este orden de ideas, en cuanto al término “defraudar”, éste ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial. (Abanto Vásquez, Manuel. Delitos contra la Administración Pública, Lima, Palestra. 2003, p. 313). En efecto, si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial. Al respecto, resulta sintomático que un sector de la doctrina penal haya entendido el término “defraudación” en otros ámbitos como el de la defraudación tributaria en términos distintos a los de perjuicio patrimonial (Cfr. Queralt, Joan. Derecho Penal Español. Parte Especial. Barcelona, Bosh, 1987, Volumen II, p. 349; Martínez-Buján, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa: parte especial. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 549).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

29. Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para *“Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”*.

30. En este contexto, la pretensión postulada por la parte demandante en el sentido de cuestionar la modificatoria del artículo 384 del Código Penal resulta atendible, y en tal sentido debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término “patrimonialmente”, a fin de -sin alterar en lo sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislador- orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública.

Es pertinente precisar que en el presente caso el control constitucional constituye un caso atípico en el que la ley cuestionada tuvo vigencia muy breve, la misma que habiendo sido publicada el 10 de junio de 2011 fue reemplazada por una nueva ley del 21 de julio del mismo año, que elimina el vocablo “patrimonialmente” del supuesto básico y que lo incluye únicamente en el supuesto agravado. De manera tal que la decisión de este Colegiado contenida en la presente sentencia está confirmando una decisión ya adoptada por el legislador.

Modificación del artículo 400 del Código Penal (Tráfico de influencias)

31. La parte demandante solicita que a través de una sentencia manipulativa se elimine el término “real” de la redacción del delito de tráfico de influencias en la disposición impugnada:

“El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público” (subrayado agregado)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

32. El objeto de la demanda es evitar que quepa la posibilidad de interpretar dicha disposición en el sentido de que únicamente resultan penalmente relevantes aquellos supuestos en los que se trata de influencias reales y no únicamente las aparentes. Conforme a la antigua redacción de la norma, así como la de la norma que reemplazó a la disposición en cuestión, se prevé expresamente:

“El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público...” (subrayado agregado).

33. Como es de verse, la demanda en este extremo está dirigida a cuestionar la despenalización del supuesto consistente en el tráfico de influencias simuladas. Al respecto, el único fundamento aportado por la parte demandante para cuestionar la constitucionalidad de la modificación del delito de tráfico de influencias operado a través de la ley en cuestión es la pretendida disconformidad con el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sin aportar argumento alguno. Al respecto, cabe señalar que es doctrina consolidada de este Tribunal la exigencia a cargo de cualquiera de los sujetos legitimados en el proceso de inconstitucionalidad, de que al impugnar una norma con rango de ley, se identifique la disposición o las disposiciones de la Constitución que habrían resultado infringidas así como ofrecer los argumentos jurídico-constitucionales por los que se debería expulsar la norma impugnada del ordenamiento jurídico. En ese sentido, se ha afirmado que “cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los demandantes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, por ello, hablar, de una carga del recurrente y en los casos que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar” (STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 115).

34. Lo que se cuestiona en el presente caso es la descriminalización de un supuesto de tráfico de influencias. Así, habiéndose tipificado desde un principio el tráfico de influencias reales, como el de influencias simuladas, se cuestiona que por efecto de la ley impugnada el tráfico de influencias simuladas no pueda ser perseguido penalmente. Como se sabe, y conforme a lo ya señalado en la presente sentencia, puede resultar inconstitucional no solo una ley penal que constituye una intervención excesiva en los derechos sino también una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Desde luego, y atendiendo al margen del que goza el legislador para configurar los delitos y las penas, así como al carácter subsidiario del Derecho Penal, para determinar que un supuesto de descriminalización o de atenuación de la persecución penal resulta inconstitucional no basta con advertir el fin constitucionalmente válido que podría ser protegido a través de una norma penal, puesto que, como se sabe, el Derecho penal no es la única forma de protección sino acaso la última y la más gravosa. Además de la existencia de un bien constitucional deberá determinarse que la falta de persecución penal para este supuesto lo deja en indefensión. Para ello, como ya se señaló es necesario el concurso de la parte demandante, quien debe aportar argumentos constitucionales que permitan a este Tribunal dilucidar la pretensión, lo que no se ha dado en el presente caso.

35. En cuanto al único argumento esgrimido por la parte demandante atinente a que la exclusión del supuesto de tráfico de influencias simuladas no es conforme con el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cabe señalar que el referido tratado internacional no contiene en estricto un mandato imperativo al Estado peruano para criminalizar de determinada manera el delito de tráfico de influencias. Este no es el caso, por ejemplo, de los artículos 16, 17 y 23 de la Convención, referidos a la obligación de reprimir soborno de funcionarios públicos extranjeros, la desviación de bienes y blanqueo del producto del dinero, respectivamente, que sí contienen un mandato imperativo para el Estado Peruano. Así, en cuanto al soborno de funcionarios públicos extranjeros se prescribe que: “cada estado parte adoptará las medidas legislativas (...) para tipificar como delito (...)”, en cuanto a la desviación de bienes: “cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otras índole que sean necesarias para tipificar como delito”, en relación al blanqueo del producto del dinero: “cada Estado Parte adoptará (...) las medidas legislativas (...) que sean necesarias para tipificar como delito...”. En cambio, para el caso del tráfico de influencias el referido tratado internacional en su artículo 18 prescribe que “cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otras índole que sean necesarias para tipificar como delito...”. (subrayado nuestro). De este modo, el Tribunal Constitucional no considera que de dicho tratado se derive una obligación del Estado peruano de prever como supuestos de tráfico de influencias los casos de influencias simuladas.
36. Ahora bien, cabe señalar que la desestimación de este extremo de la demanda atinente al cuestionamiento de la descriminalización del tráfico de influencias simuladas no implica en modo alguno que necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional. En efecto,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

en el presente caso se ha analizado la constitucionalidad de la **despenalización** de los actos de tráfico de influencias irreales, no habiéndose encontrado disconformidad con la norma constitucional. Sin embargo, de ello no se puede inferir de manera mecánica que el legislador esté prohibido de incorporarlo nuevamente al ordenamiento jurídico. Ello supondría un nuevo juicio de constitucionalidad sobre su criminalización, aspecto que no ha sido materia de demanda de inconstitucionalidad.

Efectos de la presente sentencia

37. Si bien el control constitucional de normas legales que han sido derogadas pero producen efectos no resulta inusual en la jurisprudencia constitucional, es preciso que este Tribunal Constitucional despeje cualquier duda que pudiera surgir en los operadores judiciales sobre los efectos de la presente sentencia. Como se sabe, “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley (...)”. A su vez, ello se ve complementado por la retroactividad benigna de la ley penal. Desde luego, ello está sujeto a que la norma cuya aplicación se solicita sea válida, conforme se dijo en el fundamento 52 de la STC N.º 00019-2005-PI/TC, “la retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos”. En consecuencia, conforme a lo dispuesto en la presente sentencia, cuando, en el marco de un proceso penal resulte de aplicación el artículo 384º del Código Penal en su versión modificada por Ley N.º 29703, los jueces del Poder Judicial podrán aplicar dicha disposición siempre que -conforme a lo previsto en la presente sentencia- no se incluya el término “patrimonialmente” en dicho texto normativo.

V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384º del Código Penal a través de la ley N.º 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00017-2011-PI/TC
LIMA
FISCAL DE LA NACIÓN

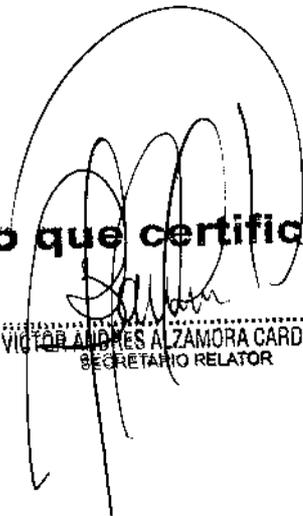
2. En consecuencia, los jueces de la justicia ordinaria, de conformidad con lo precisado en el fundamento N° 37 de la presente sentencia, cuando se invoque la referida disposición no podrán considerar el término “patrimonialmente”.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

Lo que certifico:


VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR