



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.º 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.º 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 desconformidad 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