

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción**

**TITULO: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS  
SIMULADAS**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Prevención y  
Control de la Corrupción**

Autor: Fátima Silvana Acurio Carreño

Asesor: Ingrid Díaz Castillo

Código de alumno: 20095430

2017

## RESUMEN

¿Qué es aquello que da legitimidad a la intervención del Derecho Penal? Las respuestas a esta pregunta siguen generando debate en la actualidad. De un lado, se apuesta por la protección de bienes jurídicos, mientras que, por otro, se apuesta por la vigencia de la norma. Sin embargo, probablemente la respuesta correcta implique combinar ambas posturas, ya que existen delitos que no encuentran su legitimidad sino en medio de ambos caminos. Este es el caso de delitos como el tráfico de influencias simuladas, pues debido a la naturaleza aparente de las influencias que se invocan no parece afectar ningún bien jurídico concreto, y tampoco transgredir la vigencia de una norma específica. No obstante, el tráfico de influencias, ya sean reales o simuladas es el delito que abre la puerta a los casos de corrupción. En ese sentido, la invocación de influencias, aun simuladas, trastoca el sistema de bienes y servicios de la Administración Pública, pues esta conducta repetida y a gran escala genera la existencia de un mercado paralelo de bienes y servicios de la Administración Pública. Ello, ya que, a diferencia de lo que se cree, los vínculos de reciprocidad negativa (intercambios desiguales entre extraños), son los que sustentan y alimentan la mayor parte de las relaciones humanas. Así, esta situación puede tener cabida a nivel jurídico gracias al criterio de la desorganización de sistemas que permite incorporar las necesidades sociales en la visión tradicional de bien jurídico.

En ese contexto, el presente trabajo de investigación analiza de manera crítica cómo el criterio de la desorganización de sistemas y las relaciones de reciprocidad negativa sustentan el bien jurídico del tráfico de influencias simuladas: la vigencia del carácter prestacional de la Administración Pública.

## 1. Introducción

El tráfico de influencias es un delito que, generalmente, está presente en las imputaciones por actos de corrupción. Sin embargo, el caso que puso bajo los reflectores a este delito fue el de Aurelio Pastor. En él se discutió si el abogado, ex ministro de justicia y ex parlamentario Aurelio Pastor había o no cometido el delito de tráfico de influencias simuladas al ofrecer y garantizar a su clienta, la ex alcaldesa de Tocache, Corina de la Cruz la agilización de sus procesos y el éxito de los mismos, en base a las relaciones de amistad y de trabajo que tenía con miembros del Jurado Nacional de Elecciones y de la Fiscalía Suprema. A pesar de que Aurelio Pastor fue condenado en primera y segunda instancia, el recurso de casación que interpuso le fue favorable y quedó absuelto del delito de tráfico de influencias, por considerar la Corte Suprema que su accionar estaba dentro de los márgenes de actuación normal de un abogado.

Lejos de lo cuestionable de la argumentación de la Corte Suprema en este caso, nos interesa un tema que fue poco o nada discutido durante todo el proceso: el bien jurídico protegido en el tráfico de influencias. En las resoluciones emitidas en el caso, parece haber consenso sobre la existencia de dos bienes jurídicos respecto de cada modalidad de este delito. Para el tráfico de influencias reales, la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública; mientras que para el tráfico de influencias simuladas, el prestigio y buen nombre de la Administración Pública. Aurelio pastor fue acusado por el delito de tráfico de influencias simuladas, es decir, habría puesto en peligro el prestigio y buen nombre de la Administración Pública. Sin embargo, en ninguna de las resoluciones se deja claro cuál es el contenido de este bien jurídico que, en términos generales, parece proteger solo percepciones subjetivas y cambiantes; ni tampoco se explica cómo se habría puesto en peligro con la conducta de Pastor. Estos datos se dan por sentados y la discusión del caso gira en torno a la causa de justificación que eximiría de responsabilidad a Pastor.

Es por eso que, es preciso cuestionarnos respecto al bien jurídico que protege el tráfico de influencias, ya que un delito solo puede permanecer en nuestro ordenamiento si respeta los límites del principio de lesividad y permite afirmar que, efectivamente, existe una circunstancia vital que está siendo afectada con la conducta desplegada por el traficante, o que existe una circunstancia social dañosa que requiere contención. Nosotros consideramos

que es posible predicar, sin que resulte etéreo, un bien jurídico respecto del tráfico de influencias en sus dos modalidades. Es en torno a dicha propuesta que desarrollaremos el presente artículo.

## 2. Aspectos generales del delito de tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias en el Perú, es un tráfico de influencias tradicional, es decir, no requiere que la influencia sea ejercida efectivamente por el traficante, sino que, simplemente, sea ofrecida a cambio de una contraprestación que puede, o no, ser dineraria. Otros ordenamientos, como el español, también regulan el tradicional tráfico de influencias, pero incluyen otros tipos de tráfico de influencias que no requieren de intermediario (por ejemplo, los casos de tráfico de influencias de funcionario a funcionario y/o de privado a funcionario) y que siempre conllevan una contraprestación económica. Asimismo, en España no se requiere que el funcionario haya sido influido efectivamente, pero sí que la influencia sea idónea para ello; mientras que en el Perú se aceptan también las influencias simuladas, en las que las influencias que invoca el traficante no requieren un respaldo concreto. Es por eso que resulta importante, reflexionar sobre la existencia de algún bien jurídico que justifique su punición.

El tráfico de influencias en el Perú ha sufrido su última modificación en el año 2011 a través de la Ley N°29758, pero las conductas punibles se han mantenido igual en esencia, aunque se han hecho algunas adiciones y supresiones al tipo:

*“Artículo 400. Tráfico de influencias*

*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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (...) (Resaltado nuestro).*

De esta manera, debemos partir de la idea que el tráfico de influencias es un delito de encuentro, es decir, aquel en el que actúan varias personas hacia una finalidad común, pero que lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria (Abanto 2003: 68). Es por eso que pertenece a la categoría de delitos de participación necesaria. Entonces, tal como está tipificado en el artículo 400 de nuestro Código Penal, el tráfico de influencias permite identificar la presencia de tres sujetos: el traficante (que invoca las influencias), el interesado (que ofrece una dádiva a cambio) y el funcionario (sobre quien se piensa ejercer las influencias). Como el tráfico de influencias no requiere que se produzca el resultado (ejercicio efectivo de influencias sobre un funcionario) para configurarse el delito, los sujetos imprescindibles son el traficante y el interesado.

En esta misma línea, es importante tener en cuenta las conductas que son merecedoras de castigo en el tráfico de influencias. En primer lugar, invocar influencias, dicha conducta consistiría *“en la afirmación o la atribución de que el sujeto tendría la capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de esta influencia”* (Abanto 2003: 528). Así, de acuerdo al tipo, pueden invocarse influencias reales o simuladas, no se requiere el ejercicio efectivo de las mismas y no interesa si las influencias derivan de un vínculo profesional, jerárquico o personal.

De otro lado, con la modificación del tipo en el año 2011 se ha agregado la conducta de “tener influencias”. Ciertamente, esta conducta debe entenderse como el tener influencias sobre un funcionario que se ofrecen de manera remunerada. Sería absurdo considerar que la conducta se refiere a simplemente “tener influencias”, pues toda persona allegada un funcionario encajaría en el tipo, y el delito solo busca castigar a aquellos que ofrecen dichas influencias a cambio de un pago o beneficio. Consideramos, que la inclusión de este verbo busca que la norma abarque aquellas conductas en las que el traficante no invoca, propiamente sus influencias. Esto, en respuesta, a los casos que Abanto señalaba quedaban impunes, por ejemplo, el caso de un traficante cuya fama hace que los interesados lo busquen sin necesidad de promocionarse, o el caso de un tercero que nos pone en con el traficante, sin ser él directamente el que invoque sus influencias (Abanto 2003: 530).

En segundo lugar, el traficante que ha invocado o que tiene las influencias sobre un funcionario público debe ofrecerlas al interesado para su beneficio a cambio de una

contraprestación. El interesado, es tal, porque el traficante le ofrece influencias sobre el funcionario que va a conocer, conoce o ha conocido su caso. Con la modificación del 2011 se agregó al funcionario “que ha conocer”, pues esta conducta no estaba prevista, aunque parece obvia y razonable. Respecto al ofrecimiento, no importa en qué etapa o momento se ofrezca la influencia (desde el inicio, para un trámite en específico, para la sentencia, etc.); así como tampoco importa si los fines son lícitos o ilícitos, pues aquello punible es el pacto injusto (venta de influencias) en el que participan traficante e interesado.

### **3. Delimitación del bien jurídico en el tráfico de influencias**

#### **a. Situación actual de la teoría del bien jurídico**

El concepto de bien jurídico es tan dinámico e indeterminado que, lo importante ya no parece ser dotarlo de una definición, sino, como nos recuerda Feijoó, determinar cómo, cuándo y hasta dónde debe ser protegido (2015: 412), y esto dependerá en gran medida de las necesidades reales de la sociedad en la que nos encontremos.

Si repasamos las posiciones respecto a cuándo la intervención del Derecho Penal es permitida, podemos tener dos respuestas: cuando se vulneran o ponen en peligro bienes jurídicos o cuando se ha trastocado la vigencia de la norma. La primera propuesta, se sustenta en una argumentación teleológica que busca la protección de situaciones vitales, individuales o colectivas, sujetas a la valoración que se haga de su importancia. La segunda propuesta, de enfoque sistémico, postula que las normas contienen expectativas que las personas defraudan a través de los delitos; y que el derecho penal interviene para asegurar la continuación y cumplimiento de esa norma (Feijoo 2015:391-393). Las críticas mutuas que han realizado los representantes de uno u otro lado son conocidas. Y, en general, ambas teorías encierran un grado de certeza respecto de aquello que autoriza la intervención del Derecho Penal. De un lado, la restitución de la vigencia de la norma está orientada a garantizar el orden social y ello afirma el poder dogmático de esta teoría; mientras que, de otro lado, la protección de bienes jurídicos está orientada a legitimar, en último término, al Derecho Penal; y ello afirma su poder a nivel político.

Sin embargo, a pesar de su popularidad y su dominio en el desarrollo del Derecho Penal, la teoría de la protección de bienes jurídicos tiene problemas para demostrar por qué sería el factor legitimante de la intervención penal. Y esto, principalmente, porque la definición

clásica y vigente de bien jurídico como *“realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”* (Roxín 2008: 128), termina confundiendo, tanto con la materia propia del derecho constitucional, como con el contenido político del Estado liberal. Así, la legitimidad para la intervención del Derecho Penal no estaría en el bien jurídico, sino en el modelo de Estado y en la Constitución. Entonces ¿cómo hacer el deslinde para dotar de contenido propio al concepto de bien jurídico?

Según los críticos de la teoría de los bienes jurídicos la solución pasaría por dejar de hacer énfasis en el “bien” (que resulta siendo una categoría dinámica y fáctica) y concentrarse en el calificativo “jurídico” que nos informa que dicho bien será protegido por el ordenamiento (Feijoo 2015: 398-399). En esta línea, consideramos destacable el planteamiento funcional de la “lesividad social” de Amelung. Para este autor, *“los bienes jurídicos son construcciones normativas de respuesta a necesidades sociales detectadas”* (Amelung en Feijoo 2015: 409 y Peñaranda 2000: 291). Los bienes jurídicos estarían adquiriendo una configuración propia, no como entidades abstractas sujetas al descubrimiento del legislador, sino como producto de necesidades sociales concretas a las que el Estado liberal da respuesta. Esto es interesante, porque para dicho autor, el uso del concepto bien jurídico es muy rico y positivo en su indeterminación, ya que transfiere un sinnúmero de valoraciones al ordenamiento jurídico sin que éste se desintegre (Amelung en Feijoo 2015: 405). Es decir, funciona como una ventana que permite no solo mantener el orden social (vigencia de la norma), sino proteger aquellos dinámicos e infinitos bienes jurídicos que surgen de las necesidades sociales, dependiendo de su dañosidad.

Si bien Amelung no concretó su teoría precisando los criterios o baremos de lesividad merecedora de intervención penal, consideramos que el enfoque de su planteamiento se presenta beneficioso para esbozar respuestas sobre la temática de los delitos contra la Administración Pública y delitos económicos, pues permite legitimar la afectación a bienes jurídicos sobre los que no hay consenso social originario (como la vida o la libertad). De esta manera, facilitan también el reconocimiento de nuevos escenarios de corrupción y su “lesividad social cualificada” que permitirá tener un bien jurídico concreto al cual proteger.

En este mismo sentido, Abanto descarta la utilidad de un concepto estricto y tradicional de bien jurídico, pues considera que debería ser lo suficientemente flexible para contener y dar sentido a los nuevos desarrollos y necesidades que surjan en el transcurso del tiempo en las sociedades democráticas (2014: 46).

Adicionalmente, este autor, apuesta por la necesidad de diferenciar entre el bien jurídico como tal y el objeto u objetos del bien jurídico: *“La afectación al bien jurídico se produce a través del menoscabo de alguno de sus objetos de protección; tal menoscabo puede darse naturalísticamente (lesión o peligro de lesión) o en el sentido de desorganización de sistemas”* (2014: 40). Ciertamente, resulta más útil pensar en el objeto de protección concreto que en el bien jurídico en sí. Como hemos desarrollado, el bien jurídico se traduce en necesidades sociales y las conductas que lo afecten pueden hacerlo desde distintos flancos. Así, una afectación al correcto funcionamiento de la Administración Pública puede realizarse desde una conducta que afecte la imparcialidad hasta una conducta que afecte la gratuidad del servicio.

Sin embargo, así como es necesaria la identificación de dichos objetos de protección, puede ser también problemática. En muchos delitos de corrupción la afectación naturalística se traduce en una desorganización o mal funcionamiento del sistema social que impele determinar en qué aspecto concreto se dio el menoscabo. La identificación correcta de estos objetos de protección puede dar sentido a muchos delitos de peligro abstracto, como veremos más adelante.

#### **b. El bien jurídico en el tráfico de influencias**

Cuando pensamos en la Administración Pública, nos imaginamos múltiples instituciones que manejan recursos para lograr ciertos fines. Es decir, la Administración Pública no es, en sí, algo tangible, sino que está compuesta de procesos, ordenados, previsibles y con vocación de continuidad que, comúnmente, llamamos instituciones (O'Donnell 1997: 35). Es por eso que, si pensamos en el bien jurídico que protegen los delitos contra la Administración Pública, estamos pensando en proteger sus servicios, sus procesos, su funcionamiento como tal. Así, el bien jurídico identificado es el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”. Por tanto, en el conjunto de delitos que afectan este bien jurídico tendremos que determinar el objeto de protección, el defecto del sistema, a través del cual se da la afectación.



De esta manera, cuando nos referimos al bien jurídico del tráfico de influencias, estamos hablando de un objeto de protección específico que permite resguardar el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En este punto, se manejan diversas alternativas.

Por un lado, tenemos la postura que considera que existe un solo bien jurídico protegido. Así, resultan, por lo menos, cuatro opciones:

- La imparcialidad u objetividad de la Administración Pública (San Martín, Caro y Reaño 2002: 29).
- El prestigio y la buena imagen de la Administración Pública (Muñoz 2001: 41, Rojas 2001: 435 y Yon 2002: 232).
- La institucionalidad de la Administración Pública (Guimaray 2015: 246).
- La vigencia de los principios que informan el ejercicio de la función pública (Torres 2015: 23).

Por otro lado, destaca la postura adoptada, a nivel jurisprudencial, en el IX Pleno Jurisdiccional de las Salas penales Permanente y Transitoria del 2015 que considera, en su Acuerdo N°3 que existen dos bienes jurídicos distintos para cada modalidad del delito, a saber:

- El correcto funcionamiento de la Administración Pública para el tráfico de influencias reales.
- El prestigio y buena imagen de la Administración Pública para el tráfico de influencias simuladas (2015: 8).

De esta manera, pueden discutirse las diversas opciones de bienes jurídicos protegidos, teniendo como referencia las dos modalidades del delito de tráfico de influencias (reales y simuladas), para determinar el grado de afectación de los mismos en cada una de ellas. De acuerdo a Rojas, el tráfico de influencias reales consiste en invocar nexos familiares o amicales, relaciones de trabajo o favores debidos, situaciones de prestigio u autoridad entre el traficante y un funcionario público. Mientras que, el tráfico de influencias simuladas, consiste en una falsa percepción respecto de los poderes o influencias sobre funcionarios públicos que, en realidad, el traficante no tiene (2001: 436).

En ese sentido, para aquellos que consideran que el único bien jurídico en juego es la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública, solo es punible el tráfico de

influencias reales, más no el tráfico de influencias simuladas, pues constituye un caso de tentativa inidónea al no afectar ni poner en peligro el bien jurídico señalado (San Martín, Caro y Reaño 2002:32). La preocupación en este supuesto es la “indefensión material” a la que quedaría sujeta la imparcialidad u objetividad de jueces y funcionarios, frente a quienes pueden, efectivamente, utilizar sus influencias. El cuestionamiento a esta postura es que no respeta el principio de legalidad, pues el tipo penal considera la punición de las dos modalidades, algo imposible si aceptamos el bien jurídico propuesto (Yon 2002: 233).

Luego, para quienes el prestigio y la buena imagen de la Administración Pública es el bien jurídico tutelado, aceptan que, para nuestra legislación, ambas modalidades del tráfico de influencias son punibles; aunque tienden a apostar por la interpretación restrictiva e incluso cuestionan su merecimiento de pena, pues consideran que se ha adelantado excesivamente la punibilidad para proteger un bien jurídico vago<sup>1</sup> (San Martín, Caro y Reaño 2002: 37 y Yon 2002: 236). Pero, sobre todo, se cuestiona a esta posición, porque incide en la protección de la propia Administración Pública, cuando el derecho penal interviene respecto de la actividad que esta realiza para con los ciudadanos.

Por último, quienes consideran como único bien jurídico a la institucionalidad de la Administración Pública, entienden que se busca “*prevenir conductas que muestren a la Administración Pública como endeble o transable, sin tomar en cuenta el modelo de organización social de un Estado democrático y los compromisos de lucha contra la corrupción*” (Guimaray 2015: 248). Así, consideran punible el tráfico de influencias en sus dos modalidades, pues en la situación concreta el riesgo de las influencias reales o simuladas tendría el mismo resultado objetivo para los ciudadanos.

Al respecto, destaca la crítica de Torres, quien considera este planteamiento aceptable, pero aún muy cercano a un análisis subjetivo de las percepciones ciudadanas sobre lo endeble o influenciado que puede ser la Administración Pública. Es por eso que, en esta misma línea, propone reformular el bien jurídico para darle mayor objetividad y se inclina por cautelar un aspecto del correcto funcionamiento de la Administración Pública, como es: la vigencia de los principios que informan la función pública. Esto, ya que, con un acuerdo de intercesión ilegítimo ante la Administración Pública, se cuestiona y niega la vigencia de principios como la legalidad, la transparencia, la gratuidad, la imparcialidad, etc. (Torres

---

<sup>1</sup> Los autores mencionados cuestionan dicho bien jurídico, porque se sustenta en consideraciones meramente subjetivas como son las expectativas de las personas respecto de la Administración Pública o la confianza que logren inspirar las instituciones en los ciudadanos.

2015: 23-24). Sin embargo, al ser la lista de principios, cuya vigencia se cautela, tan abierta, somos de opinión que dicho bien jurídico termina siendo similar a proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública que es el bien jurídico categorial.

Ahora bien, respecto a lo dispuesto en el Acuerdo N°3 del IX Pleno Jurisdiccional de 2015, consideramos que es razonable plantear que cada modalidad de tráfico de influencias tiene un bien jurídico propio. Sin embargo, no compartimos la asignación que hace el Pleno al considerar que el correcto funcionamiento de la Administración Pública es el bien jurídico del tráfico de influencias reales y el prestigio y buena imagen de la Administración Pública es el bien jurídico del tráfico de influencias simuladas. Esta división de bienes jurídicos, no nos parece apropiada, pues el primero de los bienes jurídicos mencionados es el bien jurídico tutelado de manera general para todos los delitos contra la Administración Pública. Como explicamos, se requiere buscar el “objeto de protección del bien jurídico”, no el “bien jurídico”, ya que solo el objeto de protección nos dará los límites de afectación del bien jurídico. En ese sentido, decir que el objeto de protección del tráfico de influencias es el correcto funcionamiento de la Administración Pública no tiene un significado sustantivo, más allá del retórico. Mientras que, el prestigio y buena imagen de la Administración Pública, al ser un bien jurídico vago y que depende en gran medida de la percepción de los ciudadanos, no parece ofrecer argumentos para que su vulneración sea merecedora de pena. Del panorama reseñado, coincidimos en que la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública se perfila como un bien jurídico idóneo, pero solo para el caso del tráfico de influencias reales. Asimismo, coincidimos en las críticas de vaguedad y subjetividad del bien jurídico denominado prestigio y buena imagen de la Administración Pública. Finalmente, también estamos de acuerdo en que, tanto la institucionalidad de la Administración Pública, como la vigencia de los principios que informan la función pública se asemejan mucho, en su configuración, al correcto funcionamiento de la Administración Pública que es el bien jurídico categorial de esta clase de delitos.

Por otro lado, respecto a las posturas que propugnan la eliminación del tráfico de influencias, no coincidimos en que sea un delito prescindible en nuestro ordenamiento, ya que ello iría en contra del principio constitucional de proscripción de la corrupción<sup>2</sup> y vulneraría los compromisos internacionales asumidos por el Perú en materia de lucha

---

<sup>2</sup> Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Expediente (acumulado): 0009-2007-PI/TC - 0010-2007-PI/TC.

contra la corrupción<sup>3</sup>. Asimismo, porque se dejarían de atender necesidades político-criminales importantes, pues muchos de los escándalos de corrupción recientes en nuestro país y en Latinoamérica, tienen como protagonista al tráfico de influencias<sup>4</sup>.

#### **4. Propuesta de objeto de protección para el tráfico de influencias simuladas:**

Dadas las propuestas y críticas respecto del objeto de protección en el tráfico de influencias, así como, la designación de la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública como objeto de protección del tráfico de influencias reales, consideramos que el criterio funcionalista de “desorganización de sistemas” (Abanto 2014:40) nos puede dar la clave para identificar el objeto de protección del tráfico de influencias simuladas. Esto, ya que la desorganización del sistema prestacional de bienes y servicios de la Administración Pública, es el espacio de informalidad en el que se cierne este delito.

En esta línea, nos parece interesante la identificación que hace Abanto del objeto de protección del tráfico de influencias con el carácter público (gratuidad) e imparcialidad de la actividad funcional. Ciertamente, este autor identifica estos objetos solo para el tráfico de influencias reales. Sin embargo, consideramos que para dicha modalidad resulta más preciso solo el objeto de la imparcialidad, pues la invocación de influencias reales de un funcionario o privado pone en peligro directo la imparcialidad de los funcionarios aludidos. No obstante, el carácter público (gratuidad) podría darnos un indicio de la dañosidad social que puede generar el tráfico de influencias simuladas, ya que logra generar un contexto peligroso para el carácter prestacional de la Administración Pública.

Del mismo modo, Guimaray y Torres hacen eco sobre dicho objeto de protección al sostener que con el tráfico de influencias se buscaría prevenir, principalmente, la creación de “mercados paralelos”, respecto de los bienes y servicios que ofrece la Administración Pública (2015: 241; 2015: 24). En otras palabras, traficar influencias simuladas menoscaba la organización de un sistema de servicios y recursos de la Administración Pública. Efectivamente, si reflexionamos, nos percatamos que el carácter prestacional o público de los servicios determina nuestro primer contacto, como ciudadanos, con la Administración

---

<sup>3</sup> El Perú ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). Ambas normas internacionales contemplan la punición del delito de tráfico de influencias reales y simuladas.

<sup>4</sup> De acuerdo a un estudio realizado en 18 países de Latinoamérica entre el 2000 y 2013 la actuación de privados como intermediarios en casos de corrupción alcanza el 63% y el tráfico de influencias es el principal tipo penal detectado en los casos de corrupción (Mujica: 2015: 10-11).

Pública, ya sea al momento de presentar una denuncia o cuando solicitamos la implementación de servicios básicos. Los pedidos y reclamos de imparcialidad, transparencia, etc., ante la Administración Pública, se realizan siempre una vez que hayamos podido acceder a los servicios que brinda. Un “mercado paralelo” de servicios y bienes públicos es una manifestación de la desorganización del sistema, del mal funcionamiento del aspecto prestacional. Entonces, si las influencias que nos ofrece un traficante son simuladas, no está afectando la imparcialidad, sino que está confirmando la desorganización del sistema prestacional. Es por eso que proponemos que el objeto de protección del tráfico de influencias simuladas sea la “vigencia del carácter prestacional de la Administración Pública”.

Este bien jurídico, no solo se explica en la existencia de “mercados paralelos”, sino que su nivel de dañosidad social se revela a través de las redes de favores y reciprocidad que los sustentan. En el Perú, el fenómeno de las redes de favores y de los vínculos de reciprocidad ha sido mayormente utilizado desde la perspectiva antropológica para explicar la forma de vida y costumbres de pueblos indígenas o grupos sociales llamados tradicionales o primitivos. Asimismo, cuando se han utilizado estos trabajos para abordar el estudio de la corrupción, generalmente se han hecho elucubraciones respecto de cuánto de esas “primitivas” formas de relacionamiento ha sobrevivido en nuestra sociedad moderna, para servir como insumo de la cultura de corrupción.

Sin embargo, como nos explica Lomnitz, la reciprocidad como sustento de las relaciones sociales es una práctica que, lejos de ser “primitiva”, está presente en la formación de todas las sociedades modernas en sus dos modalidades: como reciprocidad positiva (dar, recibir, devolver) y como reciprocidad negativa (recibir lo más, dando lo menos en relaciones de mutua intimidación o de coerción) (2005: 315 y 316). De esta manera, si bien ni el fenómeno de la corrupción y tampoco el de la corrupción en la Administración Pública pueden reducirse tan solo a las redes de favores basadas en esos tipos de reciprocidad, su estudio nos da una clave para entender la peligrosidad social de delitos como el tráfico de influencias.

Habíamos dicho que, a través de su carácter prestacional, la Administración Pública tiene su primer contacto con los ciudadanos. Pues bien, son las relaciones de reciprocidad positiva y negativa las que permiten la formación de los “mercados paralelos” de bienes y

servicios de la Administración Pública. Es decir, las redes de favores que sustentan delitos como el tráfico de influencias no solo nacen en grupos pequeños de personas relacionadas o con cierto grado de intimidad que se deben favores mutuamente, sino que la mayoría nacen en aquellos grupos donde los que interactúan son extraños entre sí, siempre que haya algún beneficio en cuestión. Es así que, el tráfico de influencias no solo ha prosperado en su aspecto micro (que serían relaciones negativas y positivas entre personas), sino a nivel macro (que sería el *lobby* informal entre grupos de personas naturales con la Administración Pública). Así, si la mayoría de vínculos nacen por la reciprocidad negativa (es decir, entre extraños que quieren aprovechar sus ventajas), no es necesario que el interesado acredite las influencias que el supuesto traficante que le está invocando. Pueden ser completos extraños que, al relacionarse por reciprocidad negativa en el pacto de tráfico de influencias, están poniendo en peligro la vigencia del carácter prestacional de la Administración Pública, pues consolidan el “mercado paralelo” de bienes y servicios de la Administración Pública.

Imaginemos, por ejemplo, que un funcionario invoca supuestos vínculos sobre otro de mayor rango en el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL) y le ofrece a una familia que, a cambio de una cantidad de dinero determinada, él puede mover sus supuestas influencias dentro de la empresa y hacer que el funcionario de mayor rango les mande instalar el agua y el desagüe a la brevedad. La familia no conoce al funcionario, no conoce la veracidad de los vínculos que invoca y sería excesivo exigir que corroboren la información si tomamos en cuenta que, la investidura del funcionario, el entorno funcional de SEDAPAL y su necesidad de servicios básicos, hacen que la relación de reciprocidad negativa se forje y consideren aceptar el acuerdo de intercesión.

Entonces, si aceptan el acuerdo de intercesión y dejan de usar los canales regulares de obtención de servicios públicos, se devela el “mercado paralelo” y la réplica de la conducta de este funcionario con otras familias solo logrará consolidarlo y poner en cuestión el funcionamiento y la organización del sistema prestacional de la Administración Pública, sin que la posterior revelación de la falsedad de las influencias revierta el daño. Como nos recuerda Torres: *“basta con pensar en la posibilidad que estos acuerdos se produzcan de manera simultánea y a gran escala”* (2016: 18). Es decir, la conducta de invocar influencias puede tener efectividad para crear el sistema paralelo prestacional, aunque las

influencias invocadas sean simuladas. Finalmente, recordemos que las relaciones de reciprocidad negativa que pueden dar forma al tráfico de influencias simuladas conllevan intimidación y coerción, pero estas no eximen de responsabilidad penal al traficante ni al interesado y no restan antijuridicidad a su conducta.

Adicionalmente, es importante destacar que, las redes de favores formadas a través de relaciones de reciprocidad positiva o negativa también son consideradas lesivas y no son admitidas en otras áreas del Derecho sin una regulación estricta. Este es el caso de la gestión de intereses o *lobby* formal. El *lobby* formal, también conocido como gestión de intereses, nace, en nuestro ordenamiento, al amparo del derecho al libre ejercicio de la profesión y del derecho de asociación (artículos 2 incisos 13 y 15 de la Constitución). Asimismo, está regulado a través de la Ley N° 28024, su Reglamento y el Decreto legislativo N° 1353 que, recientemente, ha modificado algunas de sus disposiciones. El *lobby* formal es ejercido por los llamados “lobistas o gestores de intereses” quienes, de manera particular o asociada, ejercen la gestión de sus propios intereses o de los intereses de sus clientes frente al Estado; teniendo en cuenta que, las consecuencias de esas gestiones podrían tener un impacto en la sociedad y en los derechos de todos los ciudadanos. Por ello, la legislación impone ciertas reglas para que el *lobby* formal se lleve a cabo de manera inocua. Ahora bien, nuestra regulación del *lobby* formal, solo permite su ejercicio en el ámbito de toma de decisiones de la Administración Pública, y excluye, entre otros, el ámbito de las funciones jurisdiccionales del poder judicial y de los organismos constitucionales autónomos (como el JNE). Por tanto, toda supuesta gestión de intereses o ejercicio de influencias representa una actividad altamente restringida y excepcional en la relación de los ciudadanos con la Administración Pública y su uso indebido puede llevar a la comisión de tráfico de influencias.

En suma, la elección de la vigencia del carácter prestacional de la Administración Pública como objeto de protección en el tráfico de influencias simuladas permite argumentar en favor de la efectividad del principio de lesividad del derecho penal que, en concordancia con lo desarrollado, consiste en que “*el ejercicio del ius puniendi, a través del Estado, solamente se verá legitimado por medio del objetivo de proteger bienes jurídicos*” (2014: 14). No obstante, el bien jurídico escogido puede ser criticado en el sentido que, una vez más, el tráfico de influencias simuladas no parece afectarlo, sino de manera lejana. Y es que

estamos ante un delito de peligro abstracto y, como tal, su mayor problema es justificar si el peligro lejano para el bien jurídico reviste la gravedad necesaria para la intervención del derecho penal o si, en realidad, la sanción de este debe manejarse en otras áreas (Díaz 2016: 220). Para argumentar a favor de los delitos de peligro abstracto se han esbozado varias teorías que buscan justificar su tipificación. Así, consideramos acertado lo expuesto por Aguado al manifestar que “no hay nada que objetar a esta forma de tipificación siempre que se trate de un comportamiento peligroso” (2014: 71). Es decir, se debe argumentar la peligrosidad de la conducta en el caso concreto. Y, como hemos demostrado, existe una peligrosidad evidente en el delito de tráfico de influencias simuladas.

## **5. Conclusión**

A lo largo de estas líneas hemos analizado cómo el concepto tradicional de bien jurídico no logra dar respuesta a la legitimidad de la intervención penal en delitos contra la Administración Pública como el tráfico de influencias en su modalidad simulada. La complejidad de relaciones que se tejen entre interesado y traficante hacen que el bien jurídico de este delito se traduzca en la desorganización del sistema social. Esta desorganización se da, específicamente, en las funciones prestacionales de la Administración Pública, gracias a las espontáneas y aleatorias relaciones de reciprocidad negativa que se forman entre ciudadanos y funcionarios. Estas relaciones hacen surgir redes de favores en contextos que dotan de oficialidad y credibilidad la desorganización del sistema y que desatan la aceptación del pacto ilegal de intercesión (que se replica indefinidamente) y el surgimiento de “mercados paralelos” de bienes y servicios propios de la Administración Pública, a pesar que luego se descubra la ausencia de respaldo real de las influencias invocadas.

De esta manera, la dañosidad de la conducta de tráfico de influencias se cualifica y pone en riesgo la vigencia del carácter prestacional de la Administración Pública que es el objeto de protección del tráfico de influencias simuladas. Es el campo prestacional el que se reporta desorganizado y al que pone en peligro dicha modalidad delictiva. Es cierto que construir este bien jurídico ha implicado ir más allá de las consideraciones penales generales sobre la teoría del delito, específicamente, sobre la teoría de los bienes jurídicos, e incluso ir más



allá del propio derecho penal, tomando en consideración explicaciones de corte sociológico. Sin embargo, la flexibilidad que ofrece esta perspectiva funcional y de sistemas para sustentar la dañiosidad social parece tener importantes beneficios en el análisis de la gama de delitos más comunes y complejos de este siglo: los delitos de corrupción.

## 6. Bibliografía

ABANTO, Manuel

2003 *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.

2014 *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.

DÍAZ, Ingrid

2016 *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis doctoral en Derecho Penal. Salamanca: Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. Consulta: 25 de junio de 2017.

[https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131865/1/DDPG\\_DiazCastilloI\\_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131865/1/DDPG_DiazCastilloI_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf)

FEIJOO, Bernardo

2015 “El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico”. En URQUIZO, José, ABANTO, Manuel y Nelson SALAZAR (coordinadores). *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal: Homenaje a Klaus Tiedemann*. Volumen 2. Lima: Gaceta Jurídica. Pp. 389-428.

GUIMARAY, Erick

2012 “El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad”. En MONTOYA, Iván (editor). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 101-117.

LOMNITZ, Claudio

2005 “Sobre reciprocidad negativa”. En *Revista de antropología social de la Universidad Complutense de Madrid*. Volumen 14. Pp. 311-339. Consulta: 17 de octubre del 2017.

<http://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0505110311A>

- O'DONNELL, Guillermo  
1997 *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Buenos Aires: Paidós.
- PEÑARANDA, Enrique  
2000 “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”. En *Doxa*. Número 23. Alicante: Universidad de Alicante. Pp. 289-321. Consulta: 30 de noviembre.  
<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10251>
- ROJAS, Fidel  
2007 *Delitos contra la administración pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley.
- SAN MARTÍN, César, CARO, César y José REAÑO  
2002 *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos procesales y sustantivos*. Lima: Jurista Editores.
- TORRES, David  
2015 “Apuntes sobre el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias”. En *Boletín Informativo N°53 del Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP*. Pp. 13-24. Consulta: 21 de abril de 2017.  
<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wpcontent/uploads/2012/07/Comentariosjurisprudencial2.pdf>
- YON, Roger  
2002 “Tráfico de influencias: un análisis al contenido del tipo penal”. En *Themis Revista de Derecho*. Número 45. Pp. 229-242.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
2015 IX Pleno jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria. Acuerdo plenario N° 3-2015/ CIJ-116: La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas. Consulta: 22 de abril de 2017.  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/becbbb004d3857718e3ffeac25b7f59d/IX+Pleno+Supremo+Penal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=becbbb004d3857718e3ffeac25b7f59d>