

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

Título: EL CONTENIDO DEL ELEMENTO NORMATIVO CASO JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

AUTOR

EISER ALEXANDER JIMÉNEZ CORONEL

ASESOR

DR. RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20163807

AÑO

2018

RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad establecer cuál es el contenido del elemento normativo caso judicial y caso administrativo en el delito del tráfico de influencias, a partir del análisis del principio de legalidad. Para la comprensión de la problemática planteada y el planteamiento de las posibles soluciones, el trabajo se divide en cuatro capítulos: el primero, desarrolla el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias a través de las diferentes posturas asentadas en la doctrina; el segundo capítulo analiza el principio de legalidad y las diferentes formas de interpretación; el tercer capítulo, establece el contenido del elemento normativo “caso judicial y caso administrativo” en el tráfico de influencias. A partir de dicho análisis se sugiere una propuesta lege ferenda y las conclusiones del trabajo realizado.

Índice

RESUMEN.....	2
I. Introducción	4
II. El tráfico de influencias.....	6
2.1 El bien jurídico en el tráfico de influencias.....	6
a. Teoría del prestigio o buena imagen de la administración pública:	7
b. Teoría de "la imparcialidad de la función pública" o el "patrimonio personal":	9
c. Teoría de la imparcialidad:.....	10
d. Teoría de la institucionalidad de la administración pública:	11
2.2 Análisis del tipo objetivo.....	12
a. Invocar o tener influencias reales o simuladas	13
b. Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero.....	15
c. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio	15
d. Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público.....	16
e. Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.....	16
III. Sobre el principio de legalidad.....	18
3.1 Concepción clásica.....	20
3.2 Tipo de interpretación y principio de legalidad.....	23
IV. Análisis del elemento normativo del tipo “caso judicial o administrativo”	26
4.1 Elemento “caso judicial” desde el enfoque de la interpretación teleológica”	27
4.2 “El caso administrativo” desde el enfoque del derecho administrativo	29
4.3 Elemento “caso administrativo” desde el enfoque de la interpretación teleológica.....	31
4.4 Jurisprudencia nacional	35
4.5 Tráfico de influencias en el Derecho comparado:.....	37
V. Propuesta de interpretación y de <i>lege ferenda</i>	39
VI. Conclusiones	40
VII. Bibliografía	42

I. Introducción

Actualmente, junto al tema de la globalización y las nuevas formas de criminalidad, tiene mucha resonancia la “lucha contra la corrupción” la cual, a raíz del destape del caso “Odebrecht” es que esta frase deja de ser cliché y toma una importancia, tal es así que el Estado, a través de sus diversas manifestaciones (ejecutivo, legislativo y judicial) se ve en la necesidad de tomar medidas contra este fenómeno criminal. Quizás las actuaciones más evidentes fueron las del poder ejecutivo de las cuales hemos sido testigos, pues a finales del año 2017 e inicios del 2018, se promulgaron diversos decretos legislativos (entre ellos, los más representativos son N.º 1249, 1301, 1351, entre otros) los cuales en nuestros días brindan mecanismos eficaces para facilitar la lucha contra la corrupción.

Por su parte, el legislativo, lo más significativo que ha hecho en esta materia fue la relativamente reciente modificación al artículo 41º de la Constitución Política del Perú, la cual declaró la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos siempre y cuando estos posean la categoría de graves. Sin embargo, resulta ser más complicado dar una apreciación desde el plano del Poder Judicial, y mencionamos ello ya que teniendo en cuenta cuales son las funciones específicas de dicho poder, un análisis de los criterios al momento en el que los jueces dirimen fallos, solo será basado en el respeto de ciertos principios como lo es -el más importante en este ámbito-, el de debida motivación. Empero, detallar cuáles son los criterios específicos que un juez debe seguir específicamente para fallar sus decisiones resultaría un esfuerzo infructífero, ya que es inevitable mencionar que en cada decisión judicial existe un grado de discrecionalidad, que devendrían en arbitrarias si es que

no se toman como límites principios del derecho penal como hemos mencionado anteriormente.

En ese sentido, el principio de legalidad cumple una función importante de limitar el *ius puniendi*, el cual a través de las diversas manifestaciones que se manejan en la doctrina, surten un efecto de contención. En lo que respecta al objeto de esta investigación, mencionaremos que unas de las manifestaciones que cumple un rol importante, pues pone parámetros a las actuaciones de los jueces, es la prohibición de la analogía *in malam partem* y la prohibición de una aplicación retroactiva de la ley penal.

En lo que concierne a las posteriores líneas, nos centraremos en la primera de las manifestaciones antes citada, no sin antes explicar el papel que juega la interpretación de la ley penal en la resolución de casos judiciales, para que luego podamos desembocar en la interpretación que se ha estado llevando a cabo al tipo penal de tráfico de influencias, el cual, al ser un delito contra la administración pública, es considerado de gran repercusión social. Finalmente, de percibir alguna falencia en la interpretación que no permita cumplir con los fines político-criminales que se intentaban buscar con dicha norma, brindaremos una propuesta de interpretación, esto siempre en el marco del debido respeto al principio de legalidad. Cabe agregar, que uno de los factores que motivan el desarrollo del presente trabajo es, además de los expuestos, la particularidad por parte de los pronunciamientos jurisdiccionales referidos a contradicciones entre estos mismos con relación al elemento de caso judicial o administrativo.

II. El tráfico de influencias

En adelante se desarrollarán las particularidades del delito objeto de la presente investigación, esto es, del tráfico de influencias, esto en razón de que si bien la esencia de este trabajo es analizar las interpretaciones que se la hicieron y deberían hacerse a un elemento del tipo en particular, lo cierto es que este tipo contempla diversas problemáticas, empezando incluso desde la identificación del bien jurídico tutelado, por lo que se pretenderá dar un marco general sobre este delito.

2.1 El bien jurídico en el tráfico de influencias

Inicialmente, debemos entender por bien jurídico al “concreto objeto de protección o tutela en el ámbito específico del ordenamiento jurídico-penal, sin perjuicio de que, sin embargo, el mismo pueda, a su vez, asumir relevancia en otros sectores del Derecho”¹. En ese mismo sentido, los bienes jurídicos son, según Hormazábal Malarée, “relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno”². A modo de complemento, Roxin, una de las voces con mucha valoración académica en nuestros tiempos, mencionaba que “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”³.

Es por esas razones que el bien jurídico cumple un papel muy importante en nuestro ordenamiento jurídico, más aun cuando lo vinculamos con uno de los principios penales pilares de todo Estado Social y Democrático de Derecho, así como también con los fines del Derecho Penal: el principio de lesividad.

¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. (2008). *El bien jurídico en el Derecho penal*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. p. 40.

² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. (1992). *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objetivo protegido por la norma penal)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda. p. 152.

³ ROXIN, Claus. (1997). *Derecho penal Parte General*. Tomo I, Madrid: Editorial Civitas. p. 56.

En ese entendido, para la determinación del bien jurídico en el tráfico de influencias, cabe precisar que a nivel de la doctrina, resulta muy discutido⁴ la precisión del bien jurídico específico -o lo era antes del acuerdo plenario N.º 3-2015 pues si bien en cuanto al bien jurídico genérico no hay discusión, ya que el correcto funcionamiento de la administración pública irradia a todos los delitos contra la administración pública, respecto al anterior se han podido identificar diversas teorías⁵ como las siguientes:

a. Teoría del prestigio o buena imagen de la administración pública:

Esta postura es la más criticada pues, al parecer, no encajaría con el modelo de administración pública que un Estado Social de Derecho como el peruano posee.

Diversos autores han sostenido al carácter inconsistente que tendría el señalar como bien jurídico específico el prestigio y buena imagen de la Administración Pública. San Martín, Caro Coria y Reaño Pescheira⁶, por ejemplo, consideraban que la modalidad de tráfico de influencias reales impide asimilar como bien jurídico tutelado al "prestigio y buen nombre de la administración, por tratarse de un interés espiritual que no es digno de tutela en un Estado Social y Democrático de Derecho, pues tal planteamiento presupone la existencia de un aparato de administración de justicia prestigioso, cuya intangibilidad puede ser preservada: ¡Nada más lejos de la realidad social peruana!, por lo que el bien jurídico se inclinaría por una vinculación al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Como se puede desprender de lo anterior, la crítica va direccionada a la imagen particular que irradian las instituciones de la administración pública peruanas, mientras que por otro lado, algunas críticas se dirigen a la falta de relación que tendría proteger el prestigio de la administración pública en el marco de un Estado que ampara nuestra Constitución Política,

⁴ Asimismo, Hurtado Pozo remarca que en la doctrina comparada, la determinación del bien jurídico protegido ha dado lugar a una discusión profunda y aún persistente. HURTADO POZO, José. (2006). "Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú. Delito llamado de Tráfico de influencias". En HURTADO, José (director). *Anuario de Derecho Penal 2005. Interpretación y aplicación de la Ley Penal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, p. 286.

⁵ Véase más en MONTOYA VIVANCO, Yvan (coord.). (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP. pp. 143 y 144.

⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. (2002). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Juristas. p. 38.

esto es, un Estado Social y Democrático de Derecho. En esa misma línea de ideas, Abanto Vásquez indica que "el bien jurídico específico u objeto del bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser el prestigio o el buen nombre de la administración pública, pues este concepto no armoniza con un Estado Social y Democrático de Derecho. Además, cabe acotar que más aún resulta cuestionable identificar como bien jurídico al mencionado en el contexto de nuestra realidad social, y el desprestigio que tienen nuestras instituciones a los ojos de los ciudadanos, y especialmente esto último al ser la percepción ciudadana un factor mutable y dependiente de otros.

En sentido contrario, Salinas⁷ señala que ese prestigio y buen nombre debe cautelarse y resguardarse en todo sentido, caso contrario se deslegitima y pierde la confianza de los ciudadanos, por lo que invocar influencias reales o simuladas con el ofrecimiento serio o no de interceder ante un funcionario o servidor público, supone hacer comprender al tercero interesado que este es corruptible, y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la administración pública. . Así, el autor menciona que "si bien la ocurrencia de actos aislados de corrupción, afecta o lesionan el normal funcionamiento de la administración de justicia, ello no significa que desaparezca el interés fundamental del pretender preservar el prestigio y normal desenvolvimiento de la administración de justicia"⁸. Precisa además que "si no se trata de preservar y cautelar este aspecto fundamental en la organización estatal, simplemente el Estado Democrático de Derecho es inviable. La preservación de este interés es connatural al mantenimiento del Estado Democrático de Derecho. Y no es que sea espiritual, sino es un cimiento real de la organización del tipo de Estado que recoge nuestra Constitución Política"⁹.

A manera de complemento mencionamos que Hurtado Pozo¹⁰ realiza unas precisiones importantes cuando desarrolla determinados supuestos del tipo penal cuestionado, pues menciona que en el caso de invocar influencias reales, y particularmente si conoce un determinado caso judicial o administrativo, el aspecto importante a evaluar será el proceso de la toma de decisiones por parte de los órganos de la Administración Pública. Mientras que, por otro lado, en el caso que "haya conocido", la situación resulta distinta ya que no habría un

⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. (2016). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley. p. 683 y 684.

⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 686.

⁹ Ídem.

¹⁰ HURTADO POZO, José. (2006). Ob. cit., p. 287.

proceso en el cual se pueda influir, y que se puede manifestar, por ejemplo, cuando los sujetos de la intervención delictiva ignoran el estado verdadero del proceso; por lo que, para este supuesto, la protección penal iría dirigida al prestigio del funcionario y de la administración a la que pertenece. Más controversial aún son los casos de venta de influencia simulada, pues de cierta perspectiva se podría afirmar que resulta poco creíble que dicha conducta pueda perjudicar la administración pública; sin embargo, remarca el autor citado que no se puede concluir que en dichos supuestos se vulnera el principio de lesividad, pues las conductas descritas se encuentran vinculadas con el funcionamiento de la Administración Pública; además, cabe destacar que es un delito de peligro abstracto cuyo vínculo con el bien jurídico a proteger, tendrá sus particularidades.

A partir de lo descrito en el párrafo precedente es que Hurtado Pozo opta por aseverar que el bien jurídico en el tráfico de influencias guarda estrecha relación con la confianza que tienen los administrados para con la Administración de que sus actividades se desarrollarán de manera normal y transparente, por lo que mediante la configuración de este tipo penal, se menoscaba la credibilidad de dicha institución. Aquella confianza que menciona dicho autor no es más que la perspectiva del prestigio de las instituciones que internalizan los miembros de la sociedad.

Sin embargo, a nuestro parecer no consideramos que el bien jurídico tutelable del tráfico de influencias sea el prestigio y el buen nombre de la administración pública, pues la percepción que tiene la sociedad de las instituciones estatales no es una constante, sino que esta varía en razón a otros factores que influyen en la ciudadanía. En ese sentido, al ser un concepto mutable de tiempo y otros factores, y, por tanto, no ser concreto, es que no puede ser considerado un bien jurídico amparado por el derecho penal.

b. Teoría de "la imparcialidad de la función pública" o el "patrimonio personal":

Para esta postura existirían dos bienes jurídicos, y el criterio para optar por alguno de ellos dependerá de la modalidad en que se haya cometido el tráfico de influencias, esto es, si fue

real o simulada, de manera respectiva. Abanto Vásquez mencionaba que existe un atentado, aunque lejano, contra la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función y en el supuesto de la influencia simulada 'el patrimonio individual'¹¹. Ante ello, somos de la opinión que no es correcto afirmar que existan dos bienes jurídicos tutelables en el tráfico de influencias, y mucho menos que en la modalidad simulada el bien jurídico sea el patrimonio estatal, pues ello traería confusiones con el tipo penal de estafa. A manera de ir adelantándonos a asumir una postura, en el tráfico de influencias, tanto en su modalidad real o simulada, existe una vulneración común en ambas referida a una característica particular del objeto (material) que se pretende tutelar.

c. Teoría de la imparcialidad:

Interpreta que mediante el tráfico de influencia, independientemente si se presenta en la modalidad real o simulada, se menoscaba la imparcialidad ya que el traficante pone en peligro el desempeño imparcial del cargo del funcionario vinculado a un caso judicial o administrativo.

Hablar de imparcialidad implica que mediante el tráfico de influencias se vulnera de manera directa aquella garantía constitucional que debe contener todo proceso, sin embargo ello es incorrecto ya que mediante la modalidad simulada no se llega a tener contacto con el supuesto funcionario o servidor público, por lo que la garantía de imparcialidad queda incólume. Así, “la despenalización del tráfico de influencias ocasionaría para la imparcialidad u objetividad de la administración pública una situación de indefensión material frente a los graves ataques de quienes utilizaban sus influencias para torcer la voluntad de Magistrados judiciales y funcionarios a cargo de casos administrativos”¹².

¹¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra. p. 524.

¹² SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. (2002). *Ibidem*, p. 29.

d. Teoría de la institucionalidad de la administración pública:

La institucionalidad y la protección de esta implican preservar una institución de ataques periféricos que coadyuvan a una cultura de la corrupción. Iván Montoya y otros autores¹³, son de la postura que el bien jurídico “institucionalidad de la administración pública” es un bien jurídico muy cercano al bien jurídico categorial (correcto funcionamiento de la administración pública), justamente porque las conductas que pueden encajar en este delito son periféricas. Para ello, debemos entender como “institucionalidad” como el mandato constitucional de preservar una institución vital de la sociedad, ampliamente influenciable de ataque periféricos (porque no atacan al núcleo de su decisión o gestión, como sí sucede en la colusión o el cohecho, por ejemplo). Consideramos acertada esta postura ya que tanto mediante la modalidad real o simulada, lo que se ataca directamente con el tráfico de influencias es la institucionalidad como base de todo Estado moderno.

Ahora, aquel bien jurídico mencionado resulta de mayor notoriedad en la modalidad de tráfico de influencias reales, puesto que de manera mucho más efectiva se llegaría a contactar con el funcionario o servidor público objeto de la influencia; sin embargo, dicho bien también se refleja en la comisión del tráfico de influencia simulado puesto que aun sin ser factible el contacto con el último receptor del mensaje que en este caso sería el funcionario o servidor público, se presenta ante las personas conformantes de la sociedad a las instituciones públicas como corruptibles o pasibles de ello. Asimismo, cabe añadir que tal como indica Guimaray, lo que se busca a través de la protección de dicho bien jurídico es “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”¹⁴.

¹³ MONTAYA VIVANCO, Yvan (coord.). Ob., cit. pp. 144.

¹⁴ GUIMARAY, Erick. (2012). “El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad”. En: MONTAYA, 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. P. 248

2.2 Análisis del tipo objetivo

Previamente a realizar el análisis de cada elemento del presente tipo penal en cuestión, es necesario mencionar que la forma en cómo se encuentra estructurado el tráfico de influencias, guarda correspondencia con lo estipulado en el artículo 18° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que es un tratado del derecho internacional cuya principal finalidad es reforzar la cooperación internacional para la lucha contra la corrupción como fenómeno criminológico que presentan diversos Estados. Uno de los Estados parte de este tratado es el Estado peruano, quien tomó la iniciativa de regular tan controvertido tipo penal; y mencionamos ello pues como se verá en posteriores líneas, aquel presenta problemas interpretativo de todo tipo, es por eso que no le falta razón a Hurtado Pozo cuando menciona que "las deficiencias del artículo 400 se deben tanto a que el legislador ha descrito el comportamiento incriminado de tal modo que puede realizarse de diversas maneras, como también a la redacción deficiente y a la peculiar terminología utilizada"¹⁵.

E incluso se podría cuestionar su propia permanencia en el Código Penal pues muchos autores alegan su alejada situación frente a una futura vulneración o puesta en peligro del bien jurídico protegido; sin embargo, a nuestro parecer consideramos que la necesidad de tipificar el delito de tráfico de influencias responde a una determinada razón, y esta es que dicho tipo penal no es más que una expresión del adelantamiento de barreras de punibilidad, técnica legislativa que es muy común encontrar en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues cabe recordar que frente a tipos penales cuya gravedad del injusto repercute en demasía en la sociedad, es perfectamente válido castigar estadios previos a lo que se conoce como 'actos de ejecución' de ilícito. En este supuesto, el tráfico de influencias se situaría en los actos preparatorios de lo que podría ser una futura configuración del delito de cohecho o de colusión.

A manera de comenzar con el análisis de los elementos objetivos del tipo penal, debemos describir cómo es que actualmente el tráfico de influencias en el Perú se encuentra regulado. Para ello, indicamos que dicho tipo penal se encuentra en el título de delitos contra la

¹⁵ HURTADO POZO, José. (2006). Ob. cit., pp. 277 y 278.

administración pública, específicamente, en la sección IV denominada "corrupción de funcionarios". A pesar de encontrarse en dicho apartado, el delito de tráfico de influencias lo puede cometer cualquier persona, es por ello que encuentra en la conocida clasificación de delitos comunes, mientras que, por otro lado, el según párrafo contiene la agravante de dicho tipo penal, en los casos en los que la conducta ilícita la comete un funcionario o servidor público.

Siendo así, la regulación del tráfico de influencias es la siguiente:

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 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.

Como se percibe, el tráfico de influencias contiene diversos elementos que en adelante pasaremos a analizar en grupos.

a. Invocar o tener influencias reales o simuladas

En el tipo penal, el verbo invocar se presenta a manera de gerundio, por lo que, a criterio de Hurtado Pozo¹⁶, significa simultaneidad o anterioridad del hecho de invocar respecto al de

¹⁶ HURTADO POZO, José. (2006). Ob. cit., p. 279.

recibir o hacerse prometer. Esto permite afirmar que la conducta de invocar, por ejemplo, puede tener lugar con anterioridad, pero también puede darse de manera simultánea a la de recibir, hacer dar o prometer.

A criterio de Rojas Vargas¹⁷, la influencia real o simulada invocada por el agente, o la influencia que evidencia tener, se constituye en el objeto central del delito que vincula en su estructura ideal a un sujeto que la posee con otro que la requiere para dirigirla o destinarla sobre un tercero *-intraneus-* que trabaja al interior de la administración de justicia, sobre la cual se pretende inducir o ganar su voluntad hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado.

Respecto a la influencia real o simulada, Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos entienden que el traficar influencias "equivaldría a comercializar influencia real o imaginaria"¹⁸.

La modalidad de influencias reales no contiene complicaciones para su interpretación, pues tan solo se manifiesta cuando efectivamente el sujeto activo tiene una relación con el funcionario o servidor público que se puede derivar de alguna posición de amistad, laboral, entre otras. Por otro lado, la modalidad de invocar o tener influencias simuladas trajo mucha discusión en la doctrina como cuando, por ejemplo, Abanto Vásquez señalaba que esta no posee entidad lesiva para el bien jurídico que se pretende proteger, por lo que se configuraría mejor como un delito contra el patrimonio (estafa)¹⁹. Finalmente, aquellas discusiones y carencia de uniformidad en el plano jurisprudencial desembocaron en la emisión del acuerdo plenario N.º 3-2015, a la par que delimitó el bien jurídico vulnerado a través de esta forma de cometer el injusto penal.

"El traficante de humo es quizás el que más daño causa al bien jurídico específico que se pretende proteger al exteriorizar su conducta de tráfico, pues aparte de engañar y perjudicar económicamente al interesado, pone en tela de juicio el prestigio de la justicia jurisdiccional

¹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. (2007). *Delitos contra la administración pública*. 4ed. Lima: Grijley. p. 59

¹⁸ HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. y HUARCAYA RAMOS, Betty S. (2018) *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica. p. 447

¹⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 808

y administrativa" ²⁰

b. Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero

Con relación al verbo “recibir” y su vínculo con el tráfico de influencias, se encuentra referido a que “asume como tal el medio corruptor, ingresándolo a su esfera personal”²¹, se tiene por sobrentendido que este medio corruptor se encuentra referido al futuro ofrecimiento para interceder ante el funcionario o servidor público ligado a un caso judicial o administrativo que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido.

El “hacer dar”, de la misma manera, implica hacer mención al mérito del contundente influjo impreso en el comprador de influencias para que este entregue el medio corruptor al traficante o al tercero²².

Por último, el “prometer” se vincula con el influjo que ejerce sobre el interesado para que este prometa entregar, en tiempo futuro, el medio corruptor²³.

c. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio

Respecto a los medios corruptores, cabe mencionar que a criterio de Arismendi Amaya, estos deben tener naturaleza tangible, y lo menciona respaldándose en lo desarrollado por el autor Ramos Mejía refiriéndose al concepto de dádiva. Menciona que se entiende por dádiva a “cualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamo de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que solo satisfacen la vanidad

²⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., 664.

²¹ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto Pacífico. p. 801.

²² Ídem.

²³ Ídem.

personal”²⁴.

d. Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público.

El objeto de invocación por parte del sujeto activo es justamente el hecho de ofrecerse a interceder ante un funcionario o servidor público. Ahora, resulta muy controvertido el hecho de que en un proceso penal por la investigación del delito en cuestión, se tenga que identificar de manera plena al funcionario o servidor público. Por nuestra parte, consideramos que la correcta y plena identificación de los funcionarios o servidores públicos es siempre lo ideal en todo proceso, sin embargo no habría algún inconveniente con iniciar las investigaciones portando algunas referencias de ellos, siempre y cuando estas referencias se encuentren relacionadas a determinados casos judiciales y administrativos. Cabe añadir que gran parte de los delitos de corrupción de funcionarios estilan ser complejos por contener la intervención de gran cantidad de personas, y sumado a ello, justamente por tales complejidades es que este delito resulta ser, como mencionamos anteriormente, una expresión de adelantamiento de barreras de punibilidad, y esto responde a las dificultades de investigación de los supuestos hechos posteriores (siempre y cuando se dé el caso de la modalidad de tráfico de influencia reales), por lo que, a nuestro entender, si las referencias que se tienen de los funcionarios o servidores públicos se encuentran referidas a dichos casos judiciales o administrativos, entonces la subsunción de los hechos a la norma penal sería válida.

e. Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo

Unas especiales consideraciones tienen los diversos tiempos por los que ha optado el legislador para tipificar el delito de tráfico de influencias. Respecto a las modalidades de “ha de conocer” y de “este conociendo”, no existen muchas dificultades en su interpretación ya que es de esta manera que el interesado se “asegura” que el medio corruptor tenga como

²⁴ RAMOS MEJÍA, Enrique. (1963). *El delito de concusión. Exigencias de dádivas en el ámbito de la función pública*. Buenos Aires: De Palma. p. 81. Citado por ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. Ob. cit., p. 797.

finalidad que el traficante tenga aún la posibilidad de influir en el caso judicial o administrativo.

Sobre la expresión "que haya conocido", José Hugo A. y Betty Huarcaya²⁵ mencionan que resulta irrelevante y dificulta la interpretación de la norma, pues la esencia del tipo penal se enmarca en la idea creíble de interceder ante un asunto que está en trámite, aun no resuelto, o de aquello que va a conocer. Aunque, como habíamos mencionado anteriormente, puede darse el caso que los partícipes necesarios de este tipo penal desconozcan el estado actual del proceso de los casos judiciales o administrativos de los cuales pretender influir.

En cuanto al caso judicial o administrativo, mucho se sigue debatiendo en la doctrina, y es que no hay paridad en cuanto a las reflexiones sobre la posibilidad de que en los “casos judiciales o administrativos”, puedan ingresar las actuaciones de los fiscales. Así, como menciona Rojas Vargas, “quedan, pues, fuera del tipo los funcionarios o servidores que carezcan de facultades jurisdiccionales en sentido amplio (no referido sólo a jueces, sino también a fiscales), así como en general todos aquellos otros funcionarios o servidores públicos”²⁶. En ese mismo sentido, señala Peña Cabrera²⁷ que existiría un problema en cuanto a los casos que no son ni judiciales ni administrativos, vacío que puede generar ciertos vicios de impunidad.

Por otro lado, también existiría falta de desarrollo por parte de la doctrina en cuanto a la interpretación del “caso judicial o administrativo”, y si dentro de esta cabe hacer referencia necesariamente a una *litis* de por medio; por lo que, en concordancia con lo mencionado hasta el momento, al ser el tráfico de influencias un tipo penal que tiene gran repercusión en la sociedad y por ende, es menester una correcta interpretación de este mismo, en consecuencia, de los elementos que lo conforman, es que en adelante desarrollaremos, al amparo del principio de legalidad, pero aceptando una cierta flexibilidad de este en ciertos supuestos, una propuesta de interpretación sobre los “casos judiciales y/o administrativos”.

²⁵ HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. y HUARCAYA RAMOS, Betty S. Ob. cit., p. 454.

²⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. (2007). Ob. cit., p. 795.

²⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2013). "Estudio dogmático de los delitos de cohecho y perspectivas político criminales". En: *Delitos contra la administración pública*. Lima: Idemsa. p. 686.

III. Sobre el principio de legalidad

El presente principio que se pasará a analizar en las siguientes líneas, abarcará uno de los más importantes no solo en el Derecho Penal, sino que aquel tiene la particularidad de irradiar en todo el Derecho en general; hacemos referencia al principio de legalidad. Como algunas consideraciones previas a este tema, tenemos el auge de la codificación como uno de los puntos más resaltantes dentro del sistema jurídico al cual nos encontramos inscritos, el cual es el de *civil law*, cuya principal fuente de derecho radicarán, en primer lugar, en la ley; esto a contraposición del sistema del *common law*, identificable en los países anglosajones, cuya principal fuente radica en la jurisprudencia.

De lo mencionado, se puede colegir que al ser nuestra principal fuente de derecho la ley, la interpretación que se le haga a esta resultará muy relevante para la resolución de casos. Centrándonos más en el tema de investigación, la importancia del principio de legalidad incrementa cuando nos enmarcados en el derecho sancionador, siendo estos el derecho penal y administrativo, pues al ser los que de manera más directa y evidente interfieren en las esferas de libertades de las personas, para una mejor legitimación de esta tiene que existir seguridad y certeza de la plasmación en alguna base (en este caso, escrita) para su aplicación.

A raíz de dicha importancia es que uno de los primeros autores en plasmar el tan famoso aforismo "*nullun crimen nulla poena sine legem*" fue introducida por v. Feuerbach, resaltando que no habrá delito ni pena sin una ley que las contenga. A la par, también es conocida la concepción de Von Liszt sobre el tema, cuando menciona que el derecho penal es la carta magna del delincuente, entendiéndose esto como un mecanismo a favor de la persona para el límite del poder punitivo, es decir, su contención. Complementariamente a lo anterior, Enrique Bacigalupo²⁸ mencionaba que el principio de legalidad "no protege al orden jurídico, sino al individuo que se rebela contra este".

Este principio, al igual que cualquiera que tenga como función limitar el *ius puniendi*, tiene

²⁸ BACIGALUPO, Enrique. (1999). *Principios Constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi. p. 45.

pilares fundamentos que lo legitiman, los cuales se pasarán a explicar: Roxin²⁹, al tratar el presente tema, señala que los fundamentos de este principio se dividen en dos grandes grupos: fundamentos políticos y jurídicos, encontrándose en cada uno los siguientes: liberalismo políticos y democracia y división de poderes; y por el otro grupo el principio de culpabilidad y la función preventiva general negativa.

El fundamento de la democracia y división de poderes se encuentra referido a que luego de la obra cumbre de Montesquieu, la división de poderes implicaba que cada manifestación de poder estatal, siendo estos el legislativo, ejecutivo y judicial³⁰, tenía específicas funciones que cumplir, y al ser determinadas estas, se evitaba de esta manera la confrontaciones entre estos, siendo el ejemplo más notable la función de creación de normas que, a grosso modo, solo estaría encargado el legislativo y, en consecuencia, ni el ejecutivo ni el judicial tendrían la potestad de hacerlo. Por el segundo, esto es, democracia y división de poderes, Roxin mencionaba que “la legitimación (de la pena) para determinar sus presupuestos solo puede residir en a instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo”³¹.

Por el grupo de los fundamentos jurídico-penales, tenemos la prevención general, cuya base teórica entiende a la pena con una función de coacción psicológica sostenida por Feuerbach, por lo que para llegar a esos fines, resulta necesario que la pena se encuentre fijada de manera exacta. Por último, el principio de culpabilidad cumple el rol de fundamento jurídico penal del principio de legalidad porque, como el mismo Roxin menciona, “solo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho al autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; para ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho”³².

Teniendo claro los fundamentos del principio de legalidad, pasaremos a desarrollar las manifestaciones que tiene, a fin de aterrizar dicha máxima del derecho penal a las actuaciones

²⁹ ROXIN, Claus. (1997). *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas S.A. p. 146

³⁰ No mencionamos que cada uno sea un poder en específico, ya que según nuestra Constitución Política de 1993, el poder estatal es único e indivisible, por lo tanto lo que conocemos como Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, terminan siendo una manifestación de un todo, o lo que es lo mismo, la expresión diversas facultades encargadas a distintos órganos que conforman el Estado.

³¹ ROXIN, Claus. (1997). Op. cit. p. 146.

³² *Ibidem*.

del Estado.

3.1 Concepción clásica

Resulta inevitable partir este capítulo sin mencionar la tan conocida frase de Roxin la cual es la siguiente: “Un Estado debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal”³³. Para comprender de qué manera el Estado protege a los ciudadanos del derecho penal, desarrollaremos brevemente las manifestaciones conocidas del principio de legalidad: *nullun crimen, nulla poena sine legem stricta, scripta, certa, praevia*.

Por la exigencia de ley escrita, debemos entender que está siempre debe tener un soporte material, en consecuencia, cualquier ley penal fundamentada en la costumbre no sería de recibo en el estado social y democrático de derecho, pues al contener del derecho penal sanciones más gravosas que otras, se requiere mayores exigencias para su aplicación y sobre todo, seguridad jurídica, característica que muy difícilmente la encontraremos en la costumbre. Por una ley cierta, entenderemos que toda ley penal comprenderá de manera taxativa y clara cuál es la conducta sobre la cual se ejercerá el juicio de subsunción, como también sobre la sanción penal. Cabe mencionar que actualmente es muy común por parte de muchas legislaciones, el uso de leyes que remiten a otras para una mayor comprensión de estas; claro ejemplo de ello lo es el artículo 425° del Código Penal, el cual detalla cuales son los criterios a considerar para saber cuándo estamos frente a un funcionario o servidor público a efecto penales.

Por ley previa, entendemos el correcto respeto de aplicación de ‘la ley que está vigente en el momento del hecho’. Roxin fundamenta esta manifestación basándose en las usuales prácticas legislativas, ya que “todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables”³⁴. Cabe igualmente

³³ Ibidem, 137.

³⁴ Ibidem, 161.

mencionar que la excepción tajante es la exigencia al juez de la aplicación de la retroactividad favorable al reo; añade el mismo autor anteriormente citado, que “hay que tener en cuenta la ley más benigna incluso en la instancia de revisión, si la atenuación no se produjera hasta después del fallo en primera instancia”³⁵.

Concluyendo la idea, cabe mencionar que el supremo intérprete de la Constitución, en el Exp. N.º 2758-2004-HC/TC, respecto al principio de legalidad, dentro de su dimensión subjetiva constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

Por último, desarrollaremos la manifestación del principio de legalidad que más ligado se encuentra con nuestro tema de investigación, la cual es la exigencia de una ley penal estricta.

Por la exigencia de ley estricta, debemos entender que se encuentra prohibida la analogía en el derecho penal, esto es, la necesidad de delimitar la interpretación de la ley; en ese sentido se señala que “mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)”³⁶. De ello se desprende que la labor de los jueces respecto a la interpretación de la ley penal, se encuentra vinculada al tenor literal de esta, o al menos es lo que clásicamente se ha entendido, por lo que cualquier intento de interpretación que no sea la literal, resultaría muy osado y que encuadraría en un límite muy lejano al principio de legalidad, si es que algunos ya no lo consideran fuera del mismo.

A propósito aun de propuestas para saber como aplicar una interpretación de la ley penal sin que resulte vulneradora del principio de legalidad, son las propuestas por el autor Alcácer Guirao, quien de manera clara pudo extraer los criterios instrumentalizados por el Tribunal

³⁵ *Ibidem*, 167.

³⁶ *Ibidem*, 149.

Constitucional de su país, los cuales los reduce a tres³⁷: Previsibilidad semántica, metodológica y axiológica.

La primera de ellas, previsibilidad semántica se encuentra referida a que partiendo de aceptar la complejidad del lenguaje, resulta difícil desentrañar el sentido de los términos, por lo que la interpretación extensiva se presenta como una opción ideal, mas podría terminar siendo a la vez, un arma de doble filo por su potencial para lesionar bienes jurídicos; esto es, primero debería desarrollarse si la interpretación extensiva se encuentra expresa como una prohibición así como sí se encuentra la prohibición de la analogía. Para ello debemos distinguir, en primer lugar, la interpretación extensiva de la analogía. La primera de ellas importa la aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consiente el sentido literal de la misma, mientras que la analogía es la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto³⁸.

La segunda de ellas es la previsibilidad axiológica, referida a que el respeto al principio de legalidad debe ir de la mano con el respeto de otros valores contemplados en materia penal, entre estos se encuentra la proporcionalidad, esto es, prohibición de exceso dentro de las decisiones jurisdiccionales.

La última de estas es la previsibilidad metodológica, y respecto a esta Alcacer Girao mencionaba que apelar a la jurisprudencia mayoritaria tiene pleno sentido, puesto que más previsible será una respuesta judicial cuanto más consolidada esté entre los operadores jurídicos³⁹.

A propósito de las manifestaciones del principio de legalidad, mucho se viene hablando de la llamada ‘crisis del principio de legalidad’. Sarrabayrouse⁴⁰ decía que las manifestaciones de la llamada crisis de legalidad se ve reflejada en la ‘inflación legislativa’ del sistema punitivo, por lo que el principio de legalidad se ve sacudido por lo que denominaba Naucke ‘cláusulas

³⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2010). "El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional". En: Mir Puig (dir) Constitución y principios del derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 48 y 49.

³⁸ BACIGALUPO, Enrique. (1997). *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición, Madrid: Ediciones Akal. P. 77.

³⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2010). "El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional". Ob. cit., p. 59.

⁴⁰ SARRABAYROUSSE, Eugenio C. (2012). "La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración". En: *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Juan Pablo Montiel (ed.) Madrid: Marcial Pons. pp. 42-43-54.

generales' caracterizadas por su indeterminación, generalización, vaguedad. La solución que menciona el autor es que se enfrente esta crisis trabajando tanto en la creación como en la interpretación de las leyes penales. En ese sentido consideramos correcta esa observación y es por ello que se pretenderá a través de este trabajo brindar una interpretación de uno de los elementos del tipo penal que trajo hasta la actualidad muchos cuestionamientos para su correcta subsunción.

3.2 Tipo de interpretación y principio de legalidad

Entendemos a la interpretación “como el conjunto de procedimientos metodológicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados, mediante los cuales el intérprete, frente a una situación de hecho dada, atribuye un sentido a la disposición legal aplicable”⁴¹.

Aunado a ello, tenemos que “la utilización de la expresión “asignación de sentido” no es arbitraria. Pretende poner de relieve que el proceso de interpretación no constituye un mero mecanismo de descubrimiento de un sentido concreto que ya previamente anudado al enunciado, esto es, una especie de ‘traducción’, sino que posee una importante dimensión de atribución de sentido a algo que no lo tiene de modo plenamente definido”⁴².

El método más conocido de interpretación que existe aplicable a las normas en general, son las siguientes:

- a) Método literal.- Quizás el más común usado por los órganos jurisdiccionales, “este análisis lingüístico es percibido como el primer paso a realizar en todo proceso de interpretación o como la determinación de su sentido natural en tanto límite de la interpretación”⁴³.

⁴¹ HURTADO POZO, José. (1992). “A propósito de la interpretación de la ley penal”. LANDA, César (director) *Revista Derecho PUCP*. número 46, Lima. p. 68.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (2006). “Sobre la “interpretación” teleológica del derecho penal”. En GARCÍA., Juan, Miguel DÍAZ y COLLEDO, García (editores). *Estudios de filosofía del derecho penal*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, p. 369.

⁴³ HURTADO POZO, José. (1992). Op. cit. 73.

- b) Método sistemático.- Este método se caracteriza por entender al ordenamiento jurídico como un todo, por lo que en el caso de necesitarse de dotarse de un sentido claro a la ley, nos podremos remitir a otra enmarcada dentro del mismo cuerpo jurídico.
- c) Método histórico.- Para una correcta aplicación de este método, se deberá tomar en cuenta los antecedentes que llevaron al legislador a emitir dicha norma.
- d) Método auténtico.- Es aquel realizado por el mismo legislador, productora de leyes y funcional a aclarar y fijar el significado de una ley o de una disposición que haya suscitado controversias interpretativas⁴⁴.
- e) Método teleológico.- “Se trata entonces de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse razonablemente a la norma legal”⁴⁵.

En adelante nos enfocaremos en la interpretación teleológica. El sentido teleológico, como mencionaba De Vicente Martínez⁴⁶, se encuentra referido a lo siguiente: a la admisión de la reducción del contenido de seguridad jurídica a fin de lograr una ampliación de la libertad individual.

Por su parte, Silva Sánchez⁴⁷ señala que existen 4 presupuestos para una interpretación teleológica:

- i) Los enunciados jurídico-penales tienen un fin de regulación o una razón justificante.- En lo que respecta al autor antes citado, manifiesta que el “telos” de los enunciados jurídico penales vendrían dados por la racionalidad teleológica-valorativa del Derecho Penal tal como esta le viene atribuida por diversas corrientes doctrinales, siendo estas las que usualmente se relacionan con las teorías de la política criminal, la dogmática penal, entre otros.

⁴⁴ BARBERIS, Mauro. (2015) *Introducción al estudio del derecho*. Lima: Palestra Editores. p. 197.

⁴⁵ HURTADO POZO, José (1992). Op. cit. p. 80.

⁴⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. p.45

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (2006). Ob., cit. p. 377.

- ii) La literalidad de los enunciados no siempre expresa, o no de modo completo, ese fin.- Respecto a ello, se encuentra ligada la idea de desnormatización, entendiendo esta como la concreción de la razón justificante o de la idea reguladora del enunciado de que se trate procediendo a su redacción mediante términos tendencialmente descriptivos que, supuestamente, harían más fácil su aplicación por parte de los jueces, limitando además en la medida de lo posible los juicios valorativos de estos.
- iii) Es posible descubrir (o asignar) el fin regulativo (“*ratio legis*”, “*voluntas legis*”).- En estos casos, de darse una colisión entre criterios interpretativos, Silva Sánchez menciona que sería necesario recurrir a un nuevo criterio, más abstracto, el cual terminaría siendo los principios político criminales básicos.
- iv) A partir del fin regulativo, es posible asignar al enunciado jurídico de que se trate, un sentido adecuado a la obtención de dicho fin.- Para ello, una correcta estructuración de los juicios teleológico-valorativos sería el último paso dentro de esta cadena en un determinado razonamiento.

Finalmente, Silva Sánchez señala que “puede verse en la interpretación teleológica una opción por el sentido jurídico-dogmático de los términos legales frente al sentido derivado de su uso en el lenguaje ordinario, donde, a su vez, la ausencia de arbitrariedad en la asignación de un sentido jurídico resultaría tanto más garantizada cuanto mayor fuera su aseguramiento sistemático”⁴⁸.

Como se puede apreciar, una interpretación teleológica no es tan sencilla de realizar como podría pensarse, pues desentrañar el fin de la norma conlleva a análisis en los que muchas veces nos inducen a recurrir a análisis dogmáticos o políticos criminales de la norma, cuya aplicación será relativa para cada caso en concreto. En adelante, resaltaremos la importancia que podría surtir este modelo de interpretación aplicable al tipo penal de tráfico de

⁴⁸Ibidem, 395.

influencias.

IV. Análisis del elemento normativo del tipo “caso judicial o administrativo”

En las siguientes líneas desarrollaremos el sentido que usualmente se ha venido otorgando al elemento del tipo penal del tráfico de influencias ‘caso judicial o administrativo’ y luego se desarrollará una propuesta de interpretación no sin acompañarlo de una fundamentación acorde con el fin que pretende el tipo penal, siempre esto vinculado con el bien jurídico amparado en este. Para ello debemos partir previamente de alguna noción básica como lo es este caso el porqué del particular nombramiento de estos dos casos, así como también el porqué de la obvia distinción entre un caso judicial y otro administrativo.

En ese sentido, para comprender lo mencionado debemos retroceder algunos siglos atrás y entender el contexto de tal distinción. Ya mencionaba de manera clara y resumida Leroux de Belaunde⁴⁹, que fue debido a los constantes abusos del Parlamento de la Monarquía, llegando a un punto fulminante cuando se encontraba vigente el reinado de Luis XVI; es por ello que las ideas de Montesquieu contenidas en su obra “El espíritu de las leyes” es que empieza a construir sus cimientos la idea de separación de poderes en los que ya conocemos como poder legislativo, ejecutivo y judicial, cada uno con su propia autonomía, sin desmedro de que de manera excepcional una de estas manifestaciones de poder estatal se atribuya funciones de otra como cuando, por ejemplo, el poder ejecutivo puede emitir decretos legislativos y, por lo tanto, desarrolla a función de creación de leyes destinada por regla al poder legislativo. Cabe hacer una acotación referida a lo anterior, y es que si bien hemos mencionado los diversos ‘poderes’ emanados del Estado, debemos recordar que inclusive nuestra Constitución indica que el poder estatal es único, por lo que conocemos como poder ejecutivo, legislativo y judicial se puede reducir a manifestaciones de un solo poder.

Asimismo, y volviendo a lo anterior, una de las consecuencias más notorias en Francia con la

⁴⁹ LEROUX DE BELAUNDE, Christine. *Jurisdicción Judicial y jurisdicción Administrativa*. En Francia. Disponible en: file:///C:/Users/Samsung/Downloads/10510-41691-1-PB.pdf

distinción de poderes estatales fue la distinción de roles entre entidades administrativas y judiciales, alegando que los administradores no deben juzgar, es decir, cumplir con funciones judiciales⁵⁰. Es entonces que lo denominado ‘estatal’ y/o público se bifurcó en lo que conocemos como lo judicial y lo administrativo

Nuevamente, sobre la distinción entre lo “judicial” y lo “administrativo”, y su vínculo con lo jurisdiccional, como indica Gordillo, “hablar de jurisdicción judicial es una redundancia, pues judicial significa lo relativo a la judicatura, esto es, a los jueces: los órganos que ejercen la función jurisdiccional; y que hablar de ‘función administrativa’, esa ‘desconcertante frase’ como dice con cierta ironía Vivancos, implica una *contradictio in terminis*, pues si hay jurisdicción no hay administración y viceversa; si se pretende aclarar esta última es ‘jurisdicción sobre materia administrativa’, hay una impropiedad lingüística”⁵¹. Ahora, sobre el contenido específico de cada uno, se desarrollará a continuación.

4.1 Elemento “caso judicial” desde el enfoque de la interpretación teleológica”

Resulta inevitable hacer mención, en primer lugar, antes de aventurarnos a brindar una interpretación distinta a la que usualmente se hace bajo el pretexto de ampararse en un principio de legalidad, que resulta menester desentrañar el sentido de lo judicial y el vínculo directo que tendrá con el funcionario o servidor público que sería el futuro receptor de la influencia ejercida por el traficante.

Comprendiendo lo referido a ‘judicial’, este implica necesariamente relacionarlo a la solución de conflictos así como también la evaluación de la correcta aplicación del Derecho. Así, tenemos que un ejemplo clásico de tráfico de influencias bajo esta modalidad, la invocación por parte de cualquier persona la posibilidad de ejercer influencia sobre algún magistrado de algún juzgado para que este mismo fallase a su favor, y que, para ello, le haga entrega de

⁵⁰ Ídem

⁵¹ Gordillo, Agustín. (2017). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte General*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. p. IX-35.

determinada cantidad de dinero. Mediante una sentencia de terminación anticipada⁵² emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria del Sistema Especializado en Delito de Corrupción de Funcionarios, se condenó a una persona que, en su calidad de servidor público del Segundo Juzgado Especializado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, invocando sus influencias, solicitó S/ 1 000.00 con el ofrecimiento de ayudar a obtener libertad de un condenado por el delito de omisión de asistencia familiar. En este caso no cabría duda que sí se cumplen con el elemento de ‘caso judicial’.

Sin embargo, por otro lado, cabe hacerse la pregunta que si podría llegar a ser subsumible las actuaciones de funcionarios o servidores públicos que no se encargan de resolver un caso en controversia, esto es, al encontrarse dos posiciones en controversia y, en consecuencia, una *litis*. Ante ello, resulta idóneo mencionar la particular postura de Rojas Vargas⁵³ cuando dice que cuando nos referimos a funcionarios con potestades o facultades jurisdiccionales debe entenderse la jurisdicción en sentido amplio; es decir, se incluyen además de los jueces o tribunales, a los fiscales por ejemplo. Y si bien esta observación abarca a los casos judiciales o administrativos, lo vincularemos más al primero ya que son en los casos judiciales en lo que toma la relevancia debida las actuaciones no solo de los jueces, sino de los fiscales.

En ese sentido, nos encontramos de acuerdo con entender al tema jurisdiccional en sentido amplio, más aun cuando los fiscales también asumen un rol decisivo de continuar o no con el avance de una determinada investigación, así como también que, detrás de las actuaciones fiscales también se encuentra un este estatal (Ministerio Público) cuya institucionalidad necesita ser velada por el *ius puniendi*.

Asimismo, a través del Recurso de Nulidad N.º 11-2001-Lima del 23 de julio de 2003, se determinó lo siguiente: “(...) *debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo 400º del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo,*

⁵² Exp. N.º 1216-2017-76-0901-JR-PE-02 del Segundo Juzgado Especializado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Sentencia de terminación anticipada emitida el 26 de abril de 2017. Véase más en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8414358042d426a39081d77c7547a143/Exp.+1216-2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8414358042d426a39081d77c7547a143>

⁵³ Rojas Vargas, Fidel. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijey. p. 795.

indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo (...)”.

Siendo así, no habría obstáculo en afirmar que en un caso en el que, por ejemplo, un abogado, invocando su cercanía con el fiscal de la investigación, solicite a los familiares de su patrocinado una suma de dinero a fin de convencer a los persecutores del delito a que no continúen con las investigaciones del caso, se estaría subsumiendo esta conducta en el tipo penal de tráfico de influencias.

4.2 “El caso administrativo” desde el enfoque del derecho administrativo

A la par con el elemento del caso judicial contemplado en el tipo penal de tráfico de influencias, se encuentra el ‘caso administrativo’, por lo que como bien se puede deducir de su denominación, antes de acercarnos a dar una interpretación de este, debemos comprender qué se entiende por caso administrativo en la materia acorde con su naturaleza, esto es, el Derecho Administrativo. La definición de este último, a nivel de doctrina, no resulta conciliada, pero una que abarca los elementos fundamentales de este es la que describe Cassagne, cuando menciona que “el derecho administrativo es aquella parte del derecho público interno que regula la organización y las funciones de substancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del Órgano Ejecutor y de las entidades jurídicamente descentralizadas, las funciones administrativas de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (legislativo y judicial) y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas públicas o privadas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades de poder público derogatorias o exorbitantes del derecho privado”⁵⁴.

Habiendo comprendido ello, para conocer qué manifestaciones emanan del derecho administrativo, o, en otras palabras, saber qué es lo administrativo, debemos partir de la

⁵⁴ Cassagne, Juan Carlos. (1998). Derecho Administrativo. Séptima edición actualizada. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. p. 110.

definición de función administrativa, esto como expresión de las actividades estatales tanto así como lo puede ser la función legislativa, ejecutiva y judicial. Indica Gordillo que dicho término “comprende toda la actividad de los órganos administrativos (centralizados o descentralizados) y también la actividad de los órganos legislativo y judiciales en la medida en que no se refiera a las funciones específicas de tales órganos⁵⁵”. De ello se puede desprender en adelante las actividades, las cuales por lo general la doctrina empieza desarrollándolas distinguiendo lo que son los actos y los hechos. “Acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material”⁵⁶. Luego, dentro de estas dos hay una subclasificación entre lo jurídico y lo no jurídico, lo cual se determinará por la naturaleza de los efectos que proyecte dicho acto o hecho.

Una aproximación, aunque en sentido lato de actos administrativos se encontraría referida (utilizando el desarrollo de diversos términos como insumo para poder construir una definición) a la declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos directos”⁵⁷. Asimismo “debemos tener en cuenta que la administración realiza actos jurídicos de distintas clases, entre otras, contractuales y unilaterales, individuales y generales”⁵⁸, en el que se puede definir al acto administrativo en sentido restringido como una “declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos”⁵⁹.

Sumado a ello, podemos encontrar más alcances, en cuanto a nuestra normativa nacional, en la Ley de Procedimiento Administrativo General recientemente modificada, que precisa en su

⁵⁵ Gordillo, Agustín. (2017). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte General*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. p. X1-X2

⁵⁶ *Ibidem*. p. X-2

⁵⁷ *Ibidem*. p. X-7

⁵⁸ Fernández Ruiz, Jorge. Derecho administrativo. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4455-derecho-administrativo-coleccion-inehrm> [Revisado 1-11-18]

⁵⁹ *Ibidem*. p. 132

artículo 5 el objeto o contenido del acto administrativo⁶⁰, pero otros elementos que encontramos en ese ley es la regulación de los procesos administrativos así como también, en su título preliminar, los principios que gobiernan en estos.

Ya habiendo dado más luces al respecto, en los casos de contrataciones públicas con el Estado, algunos autores discuten si este se puede enmarcar en el supuesto de caso administrativo, pero luego del desarrollo de este término que más claro que al estar las contrataciones públicas regulada en la Ley de Contrataciones del Estado, y al ser un contrato de la Administración con un particular (una empresa) con fines sociales como puede serlo la construcción de un hospital en una zona alejada de Lima, encuadra en la Ley de Procedimiento Administrativo General, por lo que resulta factible que el tráfico de influencias se de en un contexto de invocar o tener influencias sobre un funcionario o servidor que conozca un proceso de contratación pública. Más alcances sobre la interpretación que se le hace al caso administrativo se realizarán a continuación.

4.3 Elemento “caso administrativo” desde el enfoque de la interpretación teleológica

Luego de haberlo enmarcado en el ámbito del derecho administrativo, es necesario ahora entenderlo en el marco del derecho penal y en específico, la interpretación que debe dársele en el tipo penal de tráfico de influencias. Es usual no encontrar en los manuales una definición del elemento típico “caso administrativo”, y es que por general, siempre se intenta conceptualizarlo a la par con el caso judicial (cuando líneas arriba habíamos mencionado que con términos distintos) y por tanto, teñirlo de la esencia de *litis* entre diferentes partes. Sin

⁶⁰ “Artículo 5. Objeto o contenido del acto administrativo

5.1 El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.

5.2 En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, oscuro o imposible de realizar.

5.3 No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes.”

embargo, siempre hubo problemas para identificar su esencia (ello ya lo señalaremos en el capítulo de jurisprudencia relativa al tema), y si bien ya habíamos mencionado qué se entiende por derecho administrativo, así como también dimos a entender las diversas actuaciones que emanan de él, cabe ahora hacernos la pregunta ¿Cuál de todas las actuaciones del derecho administrativo debe servirnos para subsumir correctamente una conducta en el tipo penal de tráfico de influencias bajo esa modalidad?

Autores penalistas como Reátegui Sánchez indican que “en segundo lugar, el artículo 400° señala “casos administrativos”. Se trata en otras palabras, de procesos o procedimientos seguidos ante la Administración Pública en cualquier de sus instancias o niveles; es decir, procesos disciplinarios de Control Interno, procesos del Derecho Administrativo sancionador, procesos administrativos seguidos ante la Administración Tributaria, Aduanera, etc. La presunta sería ¿Si una investigación preliminar en el viejo modelo procesal penal, dirigidas ambos por el Ministerio Público, sería considerada como un caso “administrativo”? Si somos estrictos a la normativa vigente, concluimos que definitivamente una investigación fiscal no podría ser equiparada a una investigación de corte administrativo. Esta conclusión también podría ser extendida a una investigación policial, porque en realidad depende funcionalmente del Ministerio Público. Entonces, si esto es así, si el traficante influye en un Fiscal o un miembro Policial, que está conociendo o haya conocido un caso “fiscal” o “policial”, que todavía no está en sede jurisdiccional ¿Comete delito de tráfico de influencias? El legislador penal nacional pensó que solo existían dos grandes procesos en el sistema jurídico, y se olvidó inconscientemente de los procesos prejurisdiccionales en materia penal: fiscales y/o policiales; y es que en realidad entre los mismos procesalistas en materia penal, no se han puesto de acuerdo sobre cuál es la naturaleza (pre-jurisdiccional o administrativa) de la investigación preliminar o Diligencias Preliminares, normadas por la Ley Orgánica del Ministerio Público y por el Código Procesal Penal de 2004, respectivamente. Como hemos dicho, no puede ser considerado como una investigación de corte administrativo, ya que eso sería admitir que dicha investigación sería normada y regida por la Ley General de Procedimientos Administrativos, lo cual rechazamos. En nuestro concepto, dicha investigación se trataría de tipo pre-jurisdiccional, y si esto es así, los actos de influencia que se realicen hacia un fiscal o un policía quedarían impunes desde el delito de tráfico de

influencias [sic]”⁶¹.

Como bien ya habíamos mencionado, no existe consenso sobre una definición en cuanto a la función administrativa, por lo que la interpretación que se hagan de las leyes, decretos legislativos, etc. referidas a esa materia sería de gran importancia. Hemos hecho mención de actos administrativos con efectos jurídicos, también a los procedimientos, y si se sigue haciendo un análisis minucioso del ordenamiento jurídico en materia administrativa probablemente seguiremos encontrando más manifestaciones de la función administrativa; sin embargo el sentido que le vamos a dotar a este término lo realizaremos en concordancia al bien jurídico y a la interpretación extensiva posible, lo cual conlleva implícitamente un respecto al principio de legalidad.

Un método eficiente para encontrar el sentido de los términos jurídico (más no el único) es recurrir a los instrumentos internacionales. En materia de corrupción, dos convenciones son las que tienen presencia en este campo, y son la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, con la acotación que la primera de estas “no solo es el tratado más reciente sino, además, el más completo en su regulación en materia de lucha contra la corrupción”⁶². Este instrumento contempla la regulación del delito de tráfico de influencias entre otros tipos penales como método de sanción. Este se encuentra regulado de la siguiente manera:

- 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*

⁶¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ (2015) P. 540

⁶² Novoa Curich, Yvana Lucía. (2016). “¿Son las convenciones de lucha contra la corrupción tratados de derechos humanos?” En: Themis 69 Revista de Derecho. Lima. p.302

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.

De la redacción expuesta podemos observar que no se estipula que el caso que esté conociendo el funcionario o servidor público sea uno judicial o administrativo, sino que la esencia del tipo se reduce a que a través de dicha influencia se obtenga un beneficio indebido. Como también se puede observar, esta redacción es distinta a la que se encuentra estipulada en nuestro Código Penal, sin embargo, de los instrumentos internacionales podremos extraer datos para una correcta interpretación del tipo penal.

Habíamos mencionado también que el bien jurídico tutelado por el tipo penal tendrá una especial importancia para la interpretación de dichos elementos del tráfico de influencias. Y es que, como ya establecimos, si el bien jurídico es la institucionalidad de la administración pública, esta puede ser vulnerada independientemente del tinte que se le quiera dotar al caso judicial o administrativo, sino que lo importante radicará, repetimos, en que la sociedad no internalice la idea que las instituciones estatales son pasibles de actos corruptos.

La interpretación de que le haga al caso administrativo, por tanto será una amplia y, por supuesto, hasta donde la interpretación extensiva lo permita, sin desmedro de que quizás, de *lege ferenda*, se pueda considerar la redacción del tráfico de influencias en los instrumentos internacionales y de otros países. Una interpretación del ‘caso administrativo’ que contemple actos administrativos, procedimientos, entre otros de misma naturaleza, independientemente si resultar enmarcados en una Litis o no, no resultaría extravagante en un sentido peyorativo, y por supuesto, no resultaría contraía al principio de legalidad; más aún ahora que los principios basilares del Derecho penal también deben ir en consonancia de la actual problemática que atraviesa nuestro país referido a los actos de megacorrupción. Amparar en una interpretación literal y restrictiva de los elementos de este tipo penal solo sería sinónimo de ineficiencia en cuanto a la persecución del delito, y en consecuencia, de vacíos de impunidad.

Cabe tomar en cuenta el Proyecto de Código Penal, en el cual se tipifican las modalidades de tráfico de influencia pasivo y activo, tiene una particularidad principal y es la referida a las acciones realizadas por el funcionario o servidor público; esto es, *interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas.*

De ello se puede percibir que no se hace mención de algún acto judicial o administrativo, esto en función que las complejidades que arrastra la comprensión de ambas, e incluso, yendo más allá de lo anteriormente afirmado, a un criterio de querer simplificar en análisis partiendo de la idea que de por sí una actitud particular del funcionario o servidor público frente a sus funciones u obligaciones resultaría pasible de protección jurídica vía penal. Por lo que las particularidades de los casos, esto es, si son judiciales o administrativos, resultaría siendo prescindible. Por supuesto esta regulación dista de la que de *lege lata* contempla nuestro Código Penal; sin embargo, ello nos servirá para poder tener más claro el panorama sobre la interpretación que se le puede y tiene que dar a los términos ‘caso judicial o administrativo’, esto es, la más amplia posible a tal punto que lo importante sea la conducta desviada del funcionario o servidor público en relación a sus funciones establecidas, y no tanto a la naturaleza de estas mismas, es decir, la determinación de un caso judicial o administrativo. Por lo que en vista de ello, la interpretación de estos dos elementos, y en especial de este último ya que por lo general es el que trae más complicación por su conceptualización, debe hacerse de manera amplia, recurriendo a una interpretación que abarque los actos, procedimientos, entre otros, de carácter administrativo y no solo reducirlo a casos donde se esté discutiendo una pretensión, esto es, solo frente a la existencia de una *litis*

4.4 Jurisprudencia nacional

Si bien el desarrollo doctrinario de estos términos resulta ser escaso, en cuanto a pronunciamiento jurisprudenciales ha existido cierta controversia que pasaremos a describir.

La Suprema Corte, en el caso “Petroaudios”, señaló que el funcionario o servidor público que

ha de conocer el caso judicial o administrativo, debe tener facultad jurisdiccional en sentido lato (incluso fiscales), delimitando así su ámbito de subsunción de los procedimientos especiales, actos administrativos o actos de administración como “caso administrativo”.

En efecto, la Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad 677-2016-Lima, dejó asentado su posición, al sustentar que:

“(…) un proceso de selección es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos o hecho administrativo que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las entidades del Estado van a celebrar la contratación de áreas en la modalidad de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, y precisamente, se hace tal separación –acto administrativo, del procedimiento judicial, o procedimiento administrativo- para distinguir el tráfico de influencias de la Gestión de Intereses, si ellos es así, entonces llegamos a la conclusión que en el presente caso la imputación contra el encausado Rómulo Augusto León Alegría por delito de tráfico de influencias debe desestimarse por atípica (…)

Por otro lado, se encuentra el siguiente pronunciamiento jurisdiccional de la Resolución N.º 349, incidente N.º 37-2002, de fecha 4 de junio de 2003, mediante la cual interpretan el elemento normativo “caso judicial o administrativo” en sentido amplio, argumentando lo siguiente:

“QUINTO: Que el Presidente de la República tiene la facultad de conceder el Indulto, siempre y cuando la Comisión especializada al momento de formular la recomendación u opinión de conmutación de Pena, haya evaluado y calificado el pedido de indulto a los que se encuentren privados de su libertad, el mismo que se realiza teniendo en cuenta las características del procedimiento observado en su tramitación, la buena fe con la que el solicitante proporcionó la información requerida, entre otros; también lo es, que si bien, en el trámite correspondiente no existe contenido inter partes, ello no le quita el carácter Administrativo con que ha sido llevado el procedimiento de evaluación, calificación y propuesta para el otorgamiento del Indulto a favor del condenado Félix Pérez Ortega o José

Zamora Ortega; Significando, que el mismo se ha llevado a cabo conforme a las reglas y principios regulados por el Derecho Administrativo y las Leyes conexas.” (Citado por Barandiarán; Nolasco 2006: 1032).

Sumado al pronunciamiento anterior, el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima en su sentencia recaída en el expediente N° 00466-2011 del 22 de marzo de 2013, afirmó lo siguiente:

“(…) el tipo del artículo 400 del Código Penal al funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, está aludiendo en cuanto al caso administrativo a todos aquellos procedimientos administrativos que sean conocidos por funcionarios o servidores de la administración pública, toda vez que el delito tipificado en cuestión protege la administración pública [...] En este contexto el procedimiento administrativo que se seguía para la obtención de un crédito ante el Banco de Materiales S.A.C. no resultaba ser un simple trámite administrativo como pretende hacer ver el abogado del acusado y más bien constituía un procedimiento administrativo —caso administrativo, en el ámbito de la administración pública” (Montoya 2015: 146).

De lo anteriormente citado, se desprende que no existe un criterio uniforme respecto a este tema, y su vez, resulta más clara la necesidad de presentar una interpretación correcta acorde no solo al bien jurídico tutelado, ni solo a los tratados internacionales, sino también a los principios constitucionales pilares del Derecho penal enmarcado en un Estado Democrático y Social de Derecho.

4.5 Tráfico de influencias en el Derecho comparado:

A efectos de una mayor comprensión de los elementos del tipo penal objeto de investigación, tenemos que considerar cómo es que está regulado en otros países, especialmente en nuestra parte del continente.

En primer lugar, tenemos la regulación presentada en Colombia, la cual es la siguiente:

Artículo 411. Trafico de influencias de servidor público

El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Por otro lado, la regulación presentada en Chile es:

Artículo 240 bis. Las penas establecidas en el artículo precedente serán también aplicadas al empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en éste para obtener una decisión favorable a sus intereses. Las mismas penas se impondrán al empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos tercero y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses. En los casos a que se refiere este artículo el juez podrá imponer la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.

Hasta aquí podemos observar que no se hace mención alguna a casos judiciales o administrativos, sino que la esencia del injusto penal radica que es la ruptura del vínculo funcionario o servidor público (u otra denominación podría ser la de empleado público para otros países) con sus funciones encomendadas a través de la asunción de un cargo determinado.

V. Propuesta de interpretación y de *lege ferenda*

Tal como hemos desarrollado anteriormente, el elemento típico “caso judicial o administrativo” dentro del delito de tráfico de influencias, es uno que enmarcado en nuestra jurisprudencia nacional, ha traído cierta dificultad para unificar el sentido que debe dársele. A nuestro parecer, este elemento debe interpretarse de manera amplia, es decir, sin encasillarlo en casos restringidos como los puede ser en los que solo exista una *litis*. De manera más concisa, mencionamos que debido a que somos de la postura que considera que el tráfico de influencias contempla de manera más preponderante en su injusto las actuaciones desviadas de los funcionarios o servidores públicos, siendo estas las personas receptoras de la supuesta influencia, es que el ámbito de dichas actuaciones, sea a nivel judicial o administrativo, pasarían a un segundo plano. Por lo que al momento que los jueces nacionales identifican obstáculos interpretativos al elemento “caso judicial o administrativo”, la consecuencia inmediata que originan es la de dejar vacíos de impunidad de personas que vulneran el bien jurídico de la institucionalidad de la Administración Pública, pilar de cualquier Estado de Derecho como en el que nos encontramos.

Lo mencionado anteriormente, esto es, la de interpretar de manera amplia el sentido de “caso judicial o administrativo”, ampliando el radio a las actuaciones fiscales en el primer elemento de caso judicial, así como también en el segundo elemento de caso administrativo, ampliándolo a los actos administrativos, procedimientos, entre otros contemplados en las normas relativas a la materia administrativa, no debe equipararse con alguna vulneración del principio basilar del Derecho Penal como lo es el principio de legalidad pues, como bien señalamos, una de las manifestaciones de dicho principio es el de la *lex stricta* que si bien prohíbe cualquier analogía *in malam parte*, no prohíbe una interpretación acorde con el bien jurídico tutelable, esto es, una interpretación teleológica.

Por otro lado, si bien lo que hemos desarrollado líneas anteriores es una propuesta de interpretación a nivel de *lege lata*, lo ideal es que tal como regulan otras legislaciones extranjeras, y sin ir muy lejos, tomar en cuenta el Proyecto de Código Penal, este elemento de “caso judicial o administrativo” podría ser suprimido para evitar complicaciones a nivel

práctico pues, como repetimos, el núcleo del injusto en el tráfico de influencias, es que exista un funcionario o servidor público que será receptor de la influencia que vulnere el normal actuar que le corresponde a una persona con un determinado cargo y deber.

VI. Conclusiones

En el estudio del delito de tráfico de influencias, muchos autores han podido identificar, sin llegar a uniformizar este tema, diferentes bienes jurídicos tutelables a través de este tipo penal. A nuestro criterio, el bien jurídico protegido a través de este tipo penal es el de institucionalidad de la administración pública, asumiendo que lo que se busca es prevenir conductas que hagan ver a la Administración Pública como débil frente a actos de corrupción y, de esta manera, preservarla. Asimismo, este bien jurídico abarca tanto las modalidades de tráfico de influencia real y simulada.

En cuanto a los elementos objetivos conformantes del tráfico de influencias, mencionamos que estos son pasibles de diversas interpretaciones; sin embargo, la que más problemas trajo a nivel jurisprudencial es el de “caso judicial o administrativo”, además que a nivel doctrinario, no hay mucha diversidad de posiciones respecto a la interpretación de estos elementos objetivos.

Antes de dar una propuesta de interpretación a los elementos “caso judicial o administrativo”, se debe delimitar cuál será una interpretación pasible de no sobrepasar los límites del principio de legalidad, es por ello que una búsqueda de sentido acorde con el bien jurídico tutelable permite un análisis más amplio de la figura del caso judicial o administrativo.

Respecto al caso judicial, podría entenderse como no solo las actuaciones llevadas a cabo por jueces, sino también por fiscales; así como también que en el caso administrativo no solo bastaría reducirlo a un tema de *litis*, sino también actos, procedimientos administrativos, entre otros que engloben desde alguna solicitud de licencia, hasta contratos de obra con el Estado.

Una interpretación restringida de estos elementos lo único que provocaría es favorecer con dejar vacíos de impunidad frente a un delito de gran repercusión social en la actualidad como lo es el tráfico de influencias. Es por ello la importancia de una interpretación teleológica, así como también y sin dejar de ser importante, analizarlo acorde con legislaciones de otros países y también con el resto de instrumentos internacionales; solo de esta manera se efectivizará una correcta lucha contra este mal social como lo es la corrupción



VII. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra editores.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2010). “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”. En: Mir Puig (dir) *Constitución y principios del derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto Pacífico.

BACIGALUPO, Enrique. (1999). *Principios Constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

BARBERIS, Mauro. (2015) *Introducción al estudio del derecho*. Lima: Palestra Editores.

CASSAGNE, Juan Carlos. (1998). *Derecho administrativo*. Séptima edición actualizada. Lexis Nexis Abeledo-Perrot.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DONNA, Edgardo Alberto. (2011). *Delitos contra la administración pública. Tercera edición ampliada y actualizada con las leyes 26.683 y 27.401*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho administrativo. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4455-derecho-administrativo-coleccion-inehrm> [Revisado 1-11-18].

GORDILLO, Agustín. (2017). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte General*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

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.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. (1992). *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objetivo protegido por la norma penal)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. y HUARCAYA RAMOS, Betty S. (2018) *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica.

HURTADO POZO, José. (1992). “A propósito de la interpretación de la ley penal”. LANDA, César (director) *Revista Derecho PUCP*. Número 46, Lima.

HURTADO POZO, José. (2006). “Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú. Delito llamado de Tráfico de influencias”. En HURTADO, José (director). *Anuario de Derecho Penal 2005. Interpretación y aplicación de la Ley Penal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.

KUHLEN, Lothar (2012). *La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.

LEROUX DE BELAUNDE, Christine. *Jurisdicción Judicial y jurisdicción Administrativa*". En *Francia*. Disponible en: <file:///C:/Users/Samsung/Downloads/10510-41691-1-PB.pdf>.

MONTOYA VIVANCO, Yvan (coord.). (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP.

NOVOA CURICH, Yvana Lucía. (2016). "¿Son las convenciones de lucha contra la corrupción tratados de derechos humanos?" En: Themis 69 Revista de Derecho. Lima.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. (2013). "Estudio dogmático de los delitos de cohecho y perspectivas político criminales". En: *Delitos contra la administración pública*. Lima: Idemsa.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. (2008). *El bien jurídico en el Derecho penal*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

RAMOS MEJÍA, Enrique. (1963). *El delito de concusión. Exigencias de dádivas en el ámbito de la función pública*. Buenos Aires: De Palma.

ROJAS VARGAS, Fidel. (2007). *Delitos contra la administración pública*. 4ed. Lima: Grijley.

ROXIN, Claus. (1997). *Derecho penal Parte General*. Tomo I, Madrid: Editorial Civitas.

SALINAS SICCHA, Ramiro. (2016). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.

SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. (2002). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Juristas.

SARRABAYROUSSE, Eugenio C. (2012). "La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración". En: *La crisis del principio de*

legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución? Juan Pablo Montiel (ed.)
Madrid: Marcial Pons.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (2006). “Sobre la “interpretación” teleológica del derecho penal”. En GARCÍA., Juan, Miguel DÍAZ y COLLEDO, García (editores). *Estudios de filosofía del derecho penal*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia.

