

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**TRATAMIENTO DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL DEL BIEN
JURÍDICO AFECTADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS
SIMULADO EN EL PERÚ**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO PENAL

AUTOR

PERCY VILLEGAS BERNAOLA

ASESOR

HÉCTOR FIDEL ROJAS RODRÍGUEZ

ABRIL, 2019

RESUMEN

En el artículo 400° del Código Penal peruano aparece la regulación del tráfico de influencias en sus dos modalidades: real y simulado. Ambos supuestos están descritos en el mismo párrafo y reciben el mismo tratamiento (consecuencia), tanto en la modalidad básica (primer párrafo) como en los casos agravados en razón del agente, cuando el autor es un funcionario o servidor público (segundo párrafo), es decir, el legislador peruano da un tratamiento equivalente, en cuanto a la pena, al tráfico real y simulado, tanto en la modalidad básica como en la agravada. Este punto es el que da origen a la presente investigación.

Al respecto, en dogmática se discute la relevancia penal del tráfico de influencias simulado, considerando que el agente no llega a tener contacto ni relación con el funcionario o servidor público que va a interceder en el procedimiento o proceso, por lo que la controversia reside en si se afecta el correcto funcionamiento de la Administración pública, su prestigio, el patrimonio individual del sujeto que se aprovecha de la influencia simulada o si no existe ningún bien que merezca tutela penal dado que el tráfico no es real (“venta de humo”).

Entonces ¿cuál es el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simulado en el Perú? Este estudio aporta criterios para (re)definir el bien jurídico protegido (el prestigio de la Administración pública) y, a partir de esa (re)definición, delimitar cuándo dicho prestigio es afectado con la invocación de las influencias simuladas. Por otro lado, nos ocupamos de diferenciar el tráfico de influencias real del simulado, a partir de nuestra toma de postura sobre el bien jurídico protegido y, sobre esa base, planteamos una reevaluación de las consecuencias punitivas, a partir del principio de proporcionalidad.

Bajo este planteamiento, si bien resulta legítima la tipificación del tráfico simulado de influencias su protección, sería recomendable que el artículo 400° del Código Penal sea reformado y dicha figura se regule de manera autónoma y con una pena diferenciada respecto del tráfico de influencias reales.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
---------------------	----------

CAPÍTULO I

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADO EN EL PERÚ	8
------------------------------------------------------------------------------------	----------

1.- Aspectos preliminares sobre el delito de tráfico de influencias simulado en el Perú	8
1.1.- Evolución legislativa	8
1.2.- Sujetos (sujeto activo, sujeto pasivo de la acción, sujeto pasivo del delito)	16
1.3.- Conducta típica y agravantes	19
1.4.- Tipicidad subjetiva	29
1.5.- Pena prevista	29
2.- Posiciones doctrinarias nacionales sobre el bien jurídico	30
2.1.- Posiciones restringidas	30
2.2.- Posiciones amplias	32
2.3.- Posiciones eclécticas	33
3.- El prestigio de la Administración pública como bien jurídico protegido en nuestro Ordenamiento	34

CAPÍTULO II

LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADO EN EL PERÚ	36
----------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

1.- Protección de bienes jurídicos	36
2.- Legitimidad de los tipos penales de peligro abstracto	44
3.- ¿Proteger el prestigio de la Administración conlleva a una intervención penal excesivamente adelantada? Propuesta de delimitación material del bien jurídico “prestigio de la Administración”	53

- 4.- Criterios adoptados por la jurisprudencia nacional que permiten (re)definir el bien jurídico “prestigio de la Administración pública” _____ 56

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO PUNITIVO DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS REALES Y SIMULADAS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD _____ 62

- 1.- Contenidos y alcances del principio de proporcionalidad de las penas_ 62
- 1.1.- Conceptos de proporcionalidad _____ 62
- 1.2.- La relación entre lesividad y penas _____ 73
- 1.3.- La relación entre culpabilidad y penas _____ 76
- 2.- Tratamiento de las penas en los tipos penales de tráfico de influencias reales y simuladas _____ 78
- 2.1.- Justificación de trato similar ¿se justifica? _____ 79
- 2.2.- Justificación de trato diferenciado _____ 80
- 2.3.- Toma de postura: El tipo penal de tráfico de influencias simulado afecta _____ el _____ principio _____ de proporcionalidad _____ 83

CONCLUSIONES _____ 84

RECOMENDACIONES _____ 85

BIBLIOGRAFÍA _____ 88

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como fin dilucidar si en el delito de tráfico de influencias simulado, tal como está redactado en el artículo 400° de nuestro Código Penal, se afecta un bien jurídico merecedor de protección penal (un bien jurídico penal).

Nuestra investigación tiene como marco conceptual el debate jurídico hasta hoy no resuelto sobre la legitimidad del tipo penal de tráfico de influencias simulado en cuanto al bien jurídico protegido, así como el hecho de que no existe un tratamiento diferenciado entre la fórmula real o simulada de cara a la pena a imponer, considerando que los niveles de lesividad son distintos. Por ello proponemos revisar el contenido del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simulado en el Perú de acuerdo a la dogmática y jurisprudencia nacional, determinar si la protección brindada por el derecho penal en los casos de tráfico de influencias simulado es legítima y si debe existir un trato diferenciado en torno a la pena cuando se trata de tráfico de influencias simulado respecto del real.

Hemos realizado una investigación de carácter dogmático acudiendo al saber o conocimiento desarrollado por los juristas nacionales y extranjeros, pero además recurriendo a la jurisprudencia nacional y al derecho comparado cuando ha resultado necesario. El trabajo se divide en tres capítulos.

El Capítulo I es un análisis de *lege lata*, que indaga cómo se analiza actualmente el bien jurídico protegido en el tráfico de influencias real y en la modalidad simulada, revisando la evolución legislativa del precepto que rige hoy en nuestro país y las posiciones doctrinarias nacionales y extranjeras (pertinentes) que explican y delimitan el contenido del bien jurídico que se pretende proteger.

En el Capítulo II se desarrolla la legitimidad de la intervención penal en el tráfico de influencias simulado y se analiza si se justifica o no su punición a

partir de la protección de determinado bien jurídico, todo lo cual nos lleva a pasar revista sobre la legitimidad de los tipos penales de peligro abstracto, clasificación a la que adscribimos este tipo penal. El prestigio de la Administración pública como bien jurídico específico protegido por el tráfico de influencias simulado debe ser justificado mediante criterios materiales que delimiten su alcance habida cuenta de relatividad que hasta el momento se le ha brindado a este concepto. Se muestra en este capítulo que la jurisprudencia nacional justifica esta intervención sin mayor disquisición teórica y pretendemos cubrir ese vacío aportando tales criterios materiales.

En el Capítulo III se cuestiona el tratamiento similar que el legislador otorga al tráfico de influencias real y simulado desde el prisma del principio de proporcionalidad. Se revisan los alcances de este principio en el derecho penal, su relación con el criterio de lesividad, con la culpabilidad y la igualdad ante la Ley, concluyéndose con una propuesta de *lege ferenda* para modificar el artículo 400° del Código Penal a fin de que se diferencie la modalidad real de la modalidad simulada, para efectos de la pena impuesta, lo que haría compatible el tratamiento punitivo de ambas figuras (real y simulada) con los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad de las penas.

Capítulo I

El bien jurídico protegido en el tráfico de influencias simulado en el Perú

1. Aspectos preliminares sobre el delito de tráfico de influencias simulado en el Perú

1.1. Evolución legislativa

El delito de tráfico de Influencias fue introducido al ordenamiento jurídico peruano mediante el Decreto Legislativo N° 121, del 12 de junio de 1981, siendo posicionado en el artículo 153°-A del, entonces vigente, Código Penal de 1924. Como se conoce, la década de 1980 marcó en nuestro país el retorno a la democracia tras el fin de los gobiernos militares que rigieron entre 1968 y 1980.

Esta figura fue elaborada por una comisión *ad hoc* formada por el Poder Ejecutivo, aunque podemos ubicar dos juicios diferentes sobre las razones político criminales para su positivización: por un lado, el historiador Alfonso Quiroz dice, sobre el comienzo del segundo régimen de Fernando Belaúnde Terry (1980-1995): “Al inicio de su gobierno, Belaúnde no se dedicó a una campaña de ‘moralización’ ni tampoco inventarió las adversas condiciones financieras, sociales e institucionales que había heredado. Por el contrario, el nuevo régimen se apresuró a apaciguar a los todavía influyentes militares, declarando que no tenía intención alguna de buscar represalias ni restituciones. (...) A las fuerzas armadas se les garantizó la autonomía en cuestiones de profesionales internas e inmunidad por cualquier ofensa o delito previo, a

cambio de que el poder de los militares se limitara a la esfera puramente castrense”¹.

Sin embargo, y a pesar del contexto antes descrito, el profesor José Hurtado Pozo señala que el Decreto Legislativo N° 121 fue dictado por el Poder Ejecutivo en virtud de las facultades legislativas delegadas por el Parlamento mediante la Ley N° 23230, del 15 de diciembre de 1980, con la finalidad de que se revisen los diversos decretos leyes de la dictadura militar en materia penal y fue una expresión de la voluntad predominante de reprimir eficazmente a los funcionarios que habían cometido delitos contra los intereses del Estado durante el gobierno militar; vale decir, para disminuir las facultades que podrían surgir al momento de probar la comisión de los delitos contra la Administración pública². A criterio de este renombrado penalista nacional esta figura legal entroncaría con una voluntad política de represión de la corrupción durante el régimen militar y para acabar con la impunidad de los funcionarios o servidores públicos que mostraban dificultades para comprobarse.

Si bien ambas opiniones resultan válidas, lo cierto es que en virtud del principio de legalidad (prohibición de retroactividad) no podría admitirse una aplicación retroactiva del tráfico de influencias a sucesos ocurridos en la década de los 70, por lo que entendemos que la idea de tipificar esta figura surge como necesidad de poner fin de determinadas prácticas corruptas que no estaban tipificadas hasta ese momento y que se deseaba erradicar, aun cuando la pena que se previó para ese delito resultaba manifiestamente irrisoria.

El referido Decreto Legislativo N° 121 (1981) que introdujo el texto normativo al que hace referencia el precitado autor nacional modificó el Código Penal de 1924 mediante el siguiente texto:

Artículo 353°-A.- Tráfico de Influencias

¹ QUIROZ, Alfonso. *Historia de la corrupción en el Perú*. Segunda Edición. Lima: Instituto de Estudios Peruanos. Instituto de Defensa Legal, 2013. pág. 329.

² HURTADO POZO, José. *Interpretación y aplicación del Artículo 400° del Código Penal del Perú: Delito llamado de tráfico de influencias*. En José HURTADO POZO (Director). *Anuario de Derecho Penal 2005*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. pp. 273-274.

El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar, o prometer, para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja, con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte o cuarenta días.

Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27°, por doble del tiempo de la condena.

El mismo Hurtado Pozo explica que esta labor de los redactores de dicha disposición no fue creadora, ya que tuvieron en cuenta la manera en que el tráfico de influencias fue descrito en leyes extranjeras. Indica que hay que tener en cuenta que el artículo 147° del Código Penal de Colombia, vigente en el momento en que se modificó el código peruano, tiene la redacción más próxima al artículo 353°-A pues reprimía la invocación de influencias reales o simuladas, bajo condiciones similares a las que describía el tipo penal peruano, con la diferencia de que la disposición colombiana hacía referencia a “dinero o dádiva”, mientras que el texto peruano refería a “donativo, promesa o cualquier otra ventaja”; asimismo; el elemento subjetivo se reemplaza “con el ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público”; y, por último, se dice “haya conocido”³.

Posteriormente, casi diez años después, con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, el delito de tráfico de influencias fue redactado de manera idéntica a como se introdujo en 1981, pero con una modificación en cuanto a la pena que le brindaba cierto nivel de gravedad. Así, se redacta de la siguiente manera:

Artículo 400°.- Tráfico de Influencias

El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier

³ HURTADO POZO, José. *Ob. Cit.* pág. 274.

otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Como es sabido, entre 1990 y 2001 tiene lugar el gobierno de Alberto Fujimori, y es solo al final de dicho mandato que surgen los escándalos de corrupción generados principalmente por el develamiento de los vínculos del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres con una serie de jueces y fiscales que determinaban la influencia de dicho ex funcionario con el manejo ilícito de las decisiones jurisdiccionales. Es en este contexto, posterior a 2001, que el legislador encuentra la necesidad de modificar el artículo 400° mediante la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre del 2004, cuyo la redacción 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**.

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.

(Los destacados indican las modificaciones introducidas)

Fidel Rojas Vargas explica que la citada Ley N° 28355 reformas el delito de tráfico de influencias, incorporando junto a la acción de “invocar influencias reales o simuladas” el tenerlas; agregar el medio corruptor “beneficio” y ampliar las esferas de competencia del funcionario a quien se dirige la influencia para comprender el supuesto “que ha de conocer”, es decir, para incorporar el caso del funcionario que va a conocer en el futuro el caso para el cual se requieren

las influencias y no solo se limite a la punición de casos en los que el funcionario éste conociendo el caso o lo haya conocido; el precitado autor destaca asimismo la circunstancia agravante en consideración a la calidad del sujeto activo funcionario, y que la pena privativa de libertad sea incrementada⁴.

La reforma introducida por la Ley N° 28355 amplió el alcance de la tipicidad de la conducta del tráfico de influencias. Si bien el agregado de un medio corruptor (“beneficio”) resultó intrascendente, sí es de resaltar el aumento de la pena aplicado a la modalidad básica, convirtiéndolo en un delito de gravedad, aunado al aumento de la pena en los casos de concurrencia de la circunstancia agravante por razón de la condición de funcionario o servidor público del autor e inhabilitación, de manera conjunta a la pena privativa de libertad.

El 10 de junio del 2011, la Ley N° 29703, introduce una nueva modificación al artículo 400° del Código Penal de 1991, pero a contracorriente de lo ocurrido en el caso anterior, se reduce al alcance típico de la conducta, eliminando la figura de las influencias simuladas:

Artículo 400°.- Tráfico de Influencias

El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el **ofrecimiento real** de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

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

La publicación de la Ley N° 29703 generó una ola de críticas sobre las modificaciones realizadas. Si bien se reconocía algunas mejoras en la técnica

⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta Edición. Lima: Grijley, 2007. pág. 776.

de regulación de los delitos contra la administración pública⁵, en general se expresaba descontento sobre su redacción⁶. Así, a poco más de un mes de ser publicada dicha segunda modificación, se publicó la Ley N° 29758, del 21 de julio de 2011, que retoma la figura de la influencia simulada y con ello, toda la anterior redacción derogada el mes anterior:

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.

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.

Esta regresión no hace más que mostrar el valor del criterio político del legislador para la redacción de los tipos penales. Ante la ola de críticas surgidas, una modificación penal ya publicada es dejada de lado retomándose la redacción anterior como si se tratara de un asunto poco trascendente. Se supone que las reformas legislativas obedecen a una discusión democrática que precede a la formalización (publicación) de la Ley y no a la inversa.

La cuarta modificación fue introducida por la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013. El nuevo contenido que se dio al tipo penal del artículo 400° del Código Penal fue el siguiente:

⁵ Véase el comentario del profesor Pereira Chumbe, especialista en materia de corrupción de funcionarios, quien se pronuncia a favor de la reforma <https://www.proetica.org.pe/noticias/comentario-a-la-ley-29703/>

⁶ Véase, por ejemplo, el pronunciamiento de la Corte Suprema al respecto: <http://historico.pj.gob.pe/imagen/noticias/noticias.asp?codigo=18926&opcion=detalle>

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 puede apreciar en el texto acabado de transcribir, la modificación no amplía ni reduce en nada los alcances del tipo penal, sino que únicamente incide en el campo de la pena, añadiendo la pena de multa a las consecuencias jurídicas que se desprenden de la comisión del delito. En el caso del supuesto básico, la multa va de medio a un año y en el agravado de un año a dos (manteniéndose la inhabilitación solo para estos supuestos agravados).

La quinta y hasta el momento última modificación del artículo 400° del Código Penal vigente fue introducida por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1423 (publicado el 22 de octubre de 2016), con lo que el texto del citado artículo del Código ha quedado redactado de la siguiente manera:

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.

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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 **y 8** del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Como se aprecia nuevamente, el legislador no ha querido modificar los alcances del tipo penal, sino que el cambio operado se produce en la pena, agravándola. Así, se introduce una pena de inhabilitación adicional en el primer párrafo⁷; y en el segundo párrafo se añade un supuesto de inhabilitación (inciso 8 del artículo 36°) a los que el tipo ya preveía. Si se tiene en cuenta la regulación del segundo párrafo del artículo 38° del Código Penal⁸, por tener condición de pena **principal**⁹, la inhabilitación en estos casos se extiende de **cinco a veinte años**.

Esta es la evolución que ha sufrido la redacción del texto legal del artículo 400° del Código Penal desde su puesta en vigencia en nuestro Ordenamiento. Como se puede apreciar, la previsión del tráfico de influencias simuladas estuvo presente desde la redacción inicial (1981) y su vigencia solo fue puesta en tela de juicio por el legislador unas pocas semanas entre junio y julio del 2011. Luego de ello, la figura fue reintroducida y rige en nuestro ordenamiento. Como veremos oportunamente en este trabajo, además de las dudas del legislador anotadas, la previsión legal del tráfico de influencias simuladas no ha estado exenta de cuestionamientos por parte de la doctrina y su aplicación práctica

⁷ Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular (inciso 1); Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (inciso 2) y la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (inciso 8).

⁸ Texto modificado por el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1367, publicado el 29 julio 2018.

⁹ Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, fundamento 7.

deja dudas sobre su pertinencia para combatir delitos que afecten a la Administración pública.

1.2. Sujeto (activo y pasivo). Referencia al interesado.

En términos generales, el sujeto activo es quien comete el delito. El profesor Villavicencio Terreros explica que el sujeto activo es un concepto dogmático que describe los requisitos que debe reunir la persona al momento en que ejecuta la conducta delictiva y el tipo de lo injusto de los delitos dolosos describe al sujeto activo de una manera indeterminada, al que la doctrina suele denominar “agente” o “autor”¹⁰. El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal señala que la pena requiere la responsabilidad penal del autor, proscribiendo la responsabilidad objetiva, esto es, el agente no solo debe incurrir en un hecho antijurídico (previsto en una norma penal) sino que aquél le debe ser imputable de modo subjetivo (principio de culpabilidad).

Para Reátegui Sánchez, el artículo 400° no exige alguna cualidad especial del agente, por lo que se trata de un delito común, es decir, el autor puede ser cualquier persona y no se exige alguna característica que identifique o particularice al autor que lo comete; precisa el mismo autor que solo si el agente tiene la calidad de funcionario, la conducta se agrava y que es merecedora de mayor penalidad, tal como se prevé en el segundo párrafo del artículo 400° del Código Penal¹¹.

Cabe señalar que en su comentario al artículo 39° de nuestra Constitución¹², Valdivia Morón explica, sobre la calidad del funcionario público, que ésta se

¹⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Grijley, 2013. pp. 304-305.

¹¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista, 2014. pp. 531-532. Compartiendo este punto de vista, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Iustitia: Grijley, 2014. pp. 601 y 603; y PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 1996. pág. 227.

¹² Constitución Política de 1993

Artículo 39°.- Funcionarios y trabajadores Públicos

Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del

origina en el hecho de que una persona realice una función pública en alguna entidad de la Administración pública. Indica que todo aquel que desempeñe función pública en una entidad de la Administración Pública, independientemente del régimen laboral o vínculo contractual, inclusive aquellos referidos a cargos de confianza, debe de ser considerado un empleado público. Advierte que no toda vinculación con el Estado presupone el ejercicio de la función pública¹³. En ese sentido, la calidad de funcionario o servidor está determinada por la función que realice en la Administración, más no en su vínculo laboral. Este término incluye los cargos públicos de confianza y también los cargos por elección popular.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 425° del Código Penal incorpora en nuestra legislación una fórmula amplia que define la condición de funcionario público para efectos penales. En la doctrina nacional se señala que los elementos para sustentar la condición de funcionario público son las siguientes: la designación heterogénea en un cargo y la posibilidad cierta o concreta de ejercer un cargo¹⁴. León Vidal explica que en el artículo 425° del Código Penal recoge una concepción amplia de dicho concepto ya que lo que caracteriza al funcionario público para efectos penales es el acercamiento al bien jurídico protegido porque la atribución de un hecho delictivo conlleva el quebrantamiento de los deberes a su cargo; y que el sujeto activo tenga un deber especial derivado de dicho ejercicio y de su cercanía con el bien jurídico tutelado¹⁵.

Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

¹³ VALDIVIA MORÓN, José Ángel. *Funcionarios y Trabajadores Públicos. Comentario al Artículo 39° de la Constitución*. En GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (Director). *La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2015. pág. 123.

¹⁴ CHANJAN DOCUMET, Rafael H. "El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública", en *Revista Derecho Penal y Criminología*. Volumen 38, N° 104. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2017. pp. 143-144.

¹⁵ LEÓN VIDAL, Vladimir y otros. *El Funcionario Público: Las Sanciones Penales en los Delitos por Corrupción*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015. pp. 23-24. Véase MONTROYA VIVANCO, Yván (Coordinador). *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Open Society Foundations, 2015. pp. 46-49; y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública: Delitos cometidos por particulares*. Quinta Edición. Lima: Ediciones Legales, 2017. pp. 22.

En cuanto al sujeto pasivo, siguiendo al maestro nacional Felipe Villavicencio, en términos generales, es el titular del bien jurídico tutelado, puesto en peligro o lesionado por el delito, es decir, es el titular del bien jurídico tutelado, puesto en peligro o lesionado por el delito, es decir, es el sujeto perjudicado por el delito, pudiendo tratarse de una persona física, una persona jurídica, como también lo puede ser la sociedad o el Estado¹⁶. Salinas Siccha especifica que en esta clase de delito el sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico protegido¹⁷, al ser el perjudicado (titular del bien jurídico) en el delito de tráfico de influencias. Para preservar la sistemática del presente trabajo, dejaremos para un acápite posterior el análisis del contenido del bien jurídico protegido en el tráfico de influencias. Sin embargo, dejamos sentada desde ya nuestra postura de que, en efecto, el interés tutelado en el tráfico de influencias real y en el simulado es de titularidad del Estado, por lo que éste se constituye en sujeto pasivo del delito en cualquiera de las dos modalidades (real o simulada).

Es pertinente en este punto traer a colación la distinción hecha por la doctrina entre el sujeto pasivo **del delito** y el sujeto pasivo **de la acción**. El sujeto pasivo del delito, como ya se dijo, es el titular del bien jurídico y el sujeto **pasivo de la acción** es la persona que de facto soporta la acción típica del delito. A esta última se le llama también víctima.

En el caso del tráfico de influencias real o simulado, la persona sobre la que recae la acción del sujeto activo, esto es, la persona a quien se le vende la influencia no reúne los requisitos para ser víctima del delito, ya que, más bien se trata de un **interviniente necesario**, es decir, de un sujeto que con su intervención aporta en la lesión del bien jurídico protegido. La doctrina penal lo denomina “interesado”.

¹⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. Cit.* pág. 305.

¹⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pp. 605-606. También PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Ob. Cit.* pág. 227.

Sobre las discusiones que se dieron sobre este aspecto, García Cantizano sostiene que el interesado en el tráfico de influencias es el sujeto pasivo de la acción ya que la invocación requiere necesariamente que esa invocación vaya dirigida a una persona que identifica al titular del bien jurídico, que no tiene ninguna responsabilidad penal ya que al amparo del artículo 400° del Código Penal prevé la sanción al autor del delito y no al interesado¹⁸. Reaño Peschiera, explica que la configuración de la conducta típica de intervención en el tráfico de influencias es necesario el aporte del interesado ya que la aceptación que expresa el interesado ante el ofrecimiento de traficante de influencias es un riesgo jurídico relevante para lesionar los intereses generados en el artículo 400° del Código Penal vinculados a la credibilidad en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública. El precitado autor señala que el interesado si es que determina la invocación por parte del traficante solicitando su intercesión debe ser tratado como instigador¹⁹. Asimismo Rodríguez Delgado sobre el interesado explica que en su condición de partícipe no puede ser considerado como instigador o cómplice ya que su comportamiento es atípico además de que el legislador en el texto legal no ha castigado expresamente su comportamiento como punible como lo ha establecido de manera expresa en otra clase de delitos²⁰.

1.3. Conducta típica y agravantes

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), una definición de influencia es “poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otras personas o para intervenir en un negocio”²¹. La definición de la RAE se adapta de manera certera a la definición que hace el artículo 400° del Código penal de la conducta principal del delito de tráfico de influencias en

¹⁸ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunas consideraciones sobre el Delito de Tráfico de Influencias: Al amparo del principio de legalidad en materia penal*. En *Actualidad Jurídica: Información especializada para abogados y jueces*. Tomo 102. Lima: Gaceta Jurídica, Mayo 2002. pp. 17-18.

¹⁹ REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*. Lima: Jurista, 2004. pp. 72, 79 y 82.

²⁰ RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune!* En *Ius et Veritas*. Año XVI, N° 33. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. pág. 263.

²¹ Diccionario de la Real Academia Española. 24 edición (2014). Tomado del buscador ubicado en: www.rae.es (fecha de consulta: 16 de mayo de 2019).

nuestro Ordenamiento, pues el sujeto activo del delito ofrece su participación, su intermediación al sujeto pasivo de la acción, manifestándole que él (sujeto activo) tiene poder, valimiento o autoridad con un juez, fiscal o autoridad jurisdiccional para influir en su decisión.

El penalista colombiano José Francisco Ferreira Delgado entiende que el traficante vende el prestigio que dice tener frente al empleado oficial, afirmando que puede obtener acciones favorables al interesado que lo paga. Indica que ofrece su prestigio frente al empleado, no la función de este, puesto que el tipo advierte que se puede vender una influencia inexistente ante un funcionario. Precisa que el traficante vende prestigio, pero el interesado compra influencia real ante un funcionario, y, según su tipicidad, compra el resultado de su función, pues su finalidad al pagar, será la de obtener el beneficio de esa función²².

Con otra perspectiva sobre la invocación de influencias, Salinas Siccha explica que se debe verificar si, ante un tercero interesado, el sujeto activo invoca influencias dentro de la administración de justicia para lograr que sus funcionarios públicos se pronuncien en un sentido determinado en los procesos judiciales o administrativos, dejando anotado que **el sujeto activo evidencia tener dichas influencias de un modo objetivo** (esto es claro, por ejemplo, cuando el sujeto activo desempeña un cargo, como se prevé en los supuestos agravados); así, dice Salinas, la influencia nos remite a una sugestión ejercida en tercera persona (el interesado) en cuya decisión el sujeto activo incide²³. Como se ve en este supuesto, el agente aduce tener influencias con la finalidad de que el tercero interesado le entregue o le realice la promesa de entregarle un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio.

Por su parte, Rojas Vargas explica que al invocar influencias al sujeto activo se atribuye a sí mismo, facultades de poder determinar comportamientos de otros, que posibiliten la consecución del propósito del interesado; desde su

²² FERREIRA DELGADO, Francisco José. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Temis, 1995. pág. 117.

²³ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pp. 587-588. También PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Ob. Cit.* pág. 227.

perspectiva, entonces, sería **irrelevante** penalmente si la influencia que invoca el sujeto activo es **real** o **simulada**, pues en cualquier caso se configura la conducta típica con la sola invocación de influencias para lograr que el tercero interesado le entregue donativo u otra ventaja o le prometa hacerlo en un futuro cercano²⁴. Esta opinión cuenta con el apoyo de un importante sector doctrinal, como la del profesor Salinas Siccha para quien se trata de actos de aprovechamiento de una **situación de dominio o poder** (real o aparente), una especie de oferta al sujeto activo, a cambio de los beneficios que contempla la figura penal²⁵.

Este último autor citado aclara que se está ante una **influencia real** cuando se verifica que el agente realmente tiene contacto con los funcionarios de la administración de justicia y que tiene poder de orientar su voluntad hacia una dirección determinada por lo que el agente se vale de su superioridad jerárquica o de cualquier relación de la que se derive una **posición de ascendencia**, a cambio de recibir una ventaja y se está ante **influencias simuladas** cuando se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios públicos de la administración de justicia y por lo tanto **no tiene capacidad de orientar** su voluntad a una dirección determinada²⁶.

La influencia real o simulada invocada por el agente es la base de este delito que lo vincula con el interesado para proyectarse como influyente sobre un tercero que es parte de la Administración pública. Se está ante una influencia real cuando el agente está vinculado con los funcionarios de la Administración Pública, por lo que es capaz de orientar su voluntad hacia determinada dirección a cambio de recibir un beneficio y no es necesario la realización de lo prometido hacia el traficante. Estamos ante una influencia simulada cuando el agente no tiene esta vinculación con los funcionarios y no es capaz de orientar su voluntad hacia una dirección concreta.

²⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.* pp. 789-790.

²⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pp. 587-588. También YON RUESTA, Roger. *Tráfico de Influencias. Un análisis al contenido del tipo penal*. En *Thémis: Revista de Derecho*. Época II, N° 45. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiantes de la Facultad de Derecho, 2002. pp. 230-231, 234-235.

²⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pp. 588-589.

Ferreira Delgado comenta que en otros comportamientos típicos del tráfico de influencias están los verbos recibir, hacerse dar o prometer que forman parte del predicado de la acción típica y señalan el objeto material de este delito, que es lo que pretende el traficante al vender sus influencias y es a la vez el pago que hace el interesado para obtener el beneficio del funcionario. Recibir o hacerse dar son verbos que expresan ideas similares. Indica que con el primer verbo, a diferencia del segundo, fue que el dinero o la dádiva la puede recibir el traficante o hacérsela entregar a un tercero, quien resultaría un cómplice, y de todos modos no desvirtuaría el convenio indebido entre el traficante y el interesado para comprar una función mediante su influencia. Señala que el tráfico es como un cohecho en donde se metió un intermediario y antes de contar con el funcionario cuya función se pretende²⁷.

Los verbos típicos de recibir, hacerse dar o prometer forman parte de la conducta típica como predicado del tipo penal y expresan ideas similares. Se describe que la conducta forma parte del convenio ilícito entre el traficante y el interesado, similar al delito de cohecho, en donde hay un intermediario que es un tercero que figuraría como cómplice del delito.

La conducta típica del verbo recibir en el delito de tráfico de influencias es explicada por Salinas Siccha como otro elemento objetivo del delito que constituye el recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero un donativo o cualquier otra ventaja por parte del traficante, es decir, el agente invocando tener influencias reales o simuladas, logra que este le entregue o prometa entregar en el futuro un beneficio patrimonial o de cualquier naturaleza. Detalla que el recibir significa que el agente acepta, acoge el donativo u otra ventaja o beneficio que el interesado le entrega a cambio de las influencias que ofrece aquel. Precisa que el interesado está predispuesto a hacer la entrega a cambio de la promesa de influenciar. Indica que el uso del verbo 'recibir', el legislador ha pensado que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja. Señala que el acto de entregar es lo que da empuje al agente a

²⁷ FERREIRA DELGADO, Francisco José. *Ob. Cit.* pp. 116-117.

aceptar y recibir la ventaja, ocasión en que este último ofrece interceder para hacer lo que le pide el interesado²⁸.

Lo anterior significa que al invocar las influencias reales o simuladas hacia el interesado, el agente logra recibir un beneficio o una ventaja de este último sobre la influencia. El verbo recibir, como conducta típica, implica que el interesado tiene iniciativa para lograr la influencia y es mediante la entrega que le brinda el avance para interceder ante el funcionario público.

Salinas Siccha explica también otras conductas respecto al delito de tráfico de influencias, como el hacer dar significa que el agente logra convencer al interesado que le entregue el donativo u otra ventaja. Significa que el hacer dar que el traficante, invocando tener influencias, logra que el interesado le dé un donativo u otra ventaja o beneficio. Precisa que el agente no se limita a recibir, sino a hacer nacer en el interesado la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el traficante²⁹.

El verbo “hacer” implica que el interesado le dé al agente una ventaja o beneficio. Esto siempre será a cambio de la voluntad de entregar al traficante lo que se le prometió por su influencia en la Administración Pública.

Sobre la otra modalidad de “prometer” en el delito de tráfico de influencias, Salinas Siccha dice que el verbo prometer significa que el agente invocando tener influencias logra que el interesado le ofrezca la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole en un futuro cercano. Mayormente aparece cuando el agente logra que el interesado le ofrezca entregar donativo una vez que el funcionario de la administración pública se pronuncie en un determinado sentido. Precisa que el provecho económico percibido o hecho prometer por el sujeto activo del delito puede ser para él mismo o para un tercero. Detalla que el término ‘tercero’ es de significado amplio pues

²⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pp. 590-591.

²⁹ *Ibid.* pág. 591.

comprende tanto a familiares, amigos, allegados, otro funcionario público o el mismo funcionario influenciado³⁰.

Respecto al verbo “prometer”, implica que el agente le proponga al interesado un beneficio o ventaja cuando se concreta la influencia del traficante. El provecho económico es para el agente o para un tercero. El tercero puede ser cualquier persona, siendo de amplio espectro.

Fidel Rojas Vargas dice sobre la presencia de estos verbos rectores que cierra la tipicidad de la figura legal del tráfico de influencias. Indica que estos expresan el pacto entre el traficante y el interesado ha sido consumado al haberse producido la entrega del donativo, la promesa de donativo o cualquier otra ventaja para que este pueda interceder por este último a nivel de influencias ante los funcionarios señalados en la norma penal³¹.

Sobre el contenido del donativo en este delito, Salinas Siccha explica que en la conducta del agente, debe estar presente alguno de los medios corruptores del donativo, hacer dar o hacer prometer un beneficio patrimonial o cualquier otra ventaja o beneficio. Indica que el **donativo** es aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente. Señala que la calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete además de que se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico³².

El donativo es un obsequio o un regalo que se entrega al traficante de influencias. Es penalmente relevante por su capacidad de movilizar la conducta del agente y lograr la influencia deseada. Este donativo es de carácter económico y físico.

³⁰ *Ibid.* pp. 591-592.

³¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.* pág. 797; y; YON RUESTA, Roger. *Ob. Cit.* pp.235-236.

³² SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pp. 592-593.

En relación con el otro objeto corruptor, Salinas Siccha explica que la **promesa** se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediano o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. Indica que el delito se consuma con la verificación de la simple promesa además que el contenido de esta puede ser muy variada. Precisa que la modalidad de la promesa tiene que ser directa y que lo fundamental es el vínculo que une los actos del traficante con la promesa efectuada³³.

La promesa se entiende como un ofrecimiento hecho al traficante para un futuro cercano. Esta promesa debe ser posible material y jurídicamente, y su cumplimiento es irrelevante para la configuración del delito. La promesa puede ser variada, tiene que ser directa y vincula al agente con el interesado en el tráfico de influencias.

Salinas Siccha explica las otras ventajas o beneficios como objetos corruptores, que es la expresión "**Cualquier otra ventaja o beneficio**" que debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea considerado donativo. Indica que es una cláusula general que completa la lista de ventajas enumeradas en el tipo penal ya que comprende cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad supuesta de influenciar ante un funcionario público. Señala que esta expresión comprende cualquier beneficio patrimonial como no patrimonial, pero que implique una utilidad apropiada para que el agente convenga en recibirla o aceptarla como objeto de la promesa de parte del tercero interesado³⁴.

Cualquier ventaja o beneficio es un mecanismo subsidiario y complementario que cubre el donativo y completa las ventajas contenidas en el tipo penal del artículo 400° del Código Penal. Abarca cualquier beneficio o ventaja patrimonial o no patrimonial que solicita o acepta el traficante de influencias de parte del interesado.

³³ *Ibid.* pág. 593.

³⁴ *Ibid.* pp. 593-594.

Erick Guimaray Mori precisa que en el delito de tráfico de influencias la intercesión que el traficante promete en virtud de sus influencias puede versar sobre un objeto ilícito así como sobre una pretensión ilegal del interesado³⁵.

Desde otro punto de vista, Salinas Siccha explica que el ofrecimiento de interceder ante el funcionario es otro elemento de la tipicidad objetiva que consiste en el ofrecimiento que hace el agente al tercero interesado de interceder ante un funcionario público en la administración judicial o administrativa. Indica que la mediación puede verificarse con el empleo de terceras personas quienes se hallan en situación de mayor cercanía para influir sobre el funcionario público que administra justicia, lo que generará un contexto de traficantes en cadena que pueden formar parte de una asociación ilícita. Precisa que el contenido de esta intermediación puede versar sobre un petitorio lícito o ilícito pero que origine un efecto que favorezca al interesado o allegado o no le perjudique, o que perjudique a terceros³⁶. En este punto, García Cantizano dice sobre este aspecto que la acción que desencadena el desarrollo del delito ha de ser el acto de invocación porque ello es lo que constituye el verdadero objeto de tráfico en este delito y define el verdadero contenido de la antijuricidad material. Señala que consecuencia de esta invocación, es el ofrecimiento del ejercicio de las influencias que se dice disponer, acción a través de la cual es posible entender la tercera y última acción que define la conducta típica en este delito, la recepción de una ventaja, ya sea real, ya sea en forma de proceso de otorgamiento futuro, hecho que no sólo pone fin a la conducta típica, sino que constituye el punto culminante del delito, y que determina su consumación³⁷.

³⁵ GUIMARAY MORI, Erick. *Sobre el Bien Jurídico en el Delito de Tráfico de Influencias peruano*. En GOITE PIERRE, Mayda (Coordinadora). *Globalización, Delincuencia Organizada, Expansionismo Penal y Derecho Penal Económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Doctor Juan María Terradillos Basoco*. La Habana: Unión de Juristas de Cuba, 2015. pág. 243.

³⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pág. 594. También PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Ob. Cit.* pág. 228.

³⁷ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunas consideraciones sobre el Delito de Tráfico de Influencias: Al amparo del principio de legalidad en materia penal*. En *Actualidad Jurídica: Información Especializada para Abogados y Jueces*. Tomo 102. Lima: Gaceta Jurídica, Mayo 2002. pág. 13.

El ofrecimiento de interceder ante un funcionario que hace el traficante es un aspecto de la intermediación quien está con mayor vinculación para su influencia. El contenido de esta intermediación puede ser un petitorio lícito como ilícito con la salvedad de que beneficie al interesado, que no lo dañe y cause perjuicio a terceros en los asuntos administrativos o legales.

Respecto al caso administrativo o judicial que esté conociendo o haya conocido el traficante de influencias, Rojas Vargas dice que el funcionario sobre quien el traficante de influencias va a interceder tiene que tratarse de uno que tenga bajo su competencia el conocimiento de un caso judicial o administrativo. Indican que quedan fuera del tipo los funcionarios que carezcan de facultades jurisdiccionales así como en general todos aquellos otros funcionarios o servidores públicos. Detalla que la intercesión ofrecida puede referirse a cualquier etapa del proceso o a un período posterior³⁸.

El funcionario o servidor público funciona como traficante al interior de la Administración Pública en el campo administrativo o judicial que ha de conocer, éste conociendo o haya conocido un proceso de estos ámbitos que interesa a un tercero y afirma tener influencias. Si se comprueba que el agente no tiene alguna relación con los procesos que se lleva ante el tercero entonces no se verifica. Es importante esta vinculación cuando la conducta se halla en funciones en cualquiera de los dos procesos, excluyendo a otros funcionarios y a otros procesos.

Salinas Siccha explica al respecto que si el agente tiene la condición de funcionario o servidor público al momento de desarrollar la conducta punible, aparece la agravante tipificada en el último párrafo del artículo 400° del Código Penal. Señala que solo se exige verificar que el sujeto público, traficante al momento de cometer el delito, tenga la condición de funcionario público. Precisa que para determinar qué persona tiene estas cualidades, el operador jurídico tiene que recurrir al artículo 425° del Código Penal donde se indican los

³⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.* pág. 795. Asimismo MONTOYA VIVANCO, Yván. *Ob. Cit.* pp. 144-145; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pág. 595; y PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Ob. Cit.* pág. 228.

supuestos en los cuales a una persona se le considera funcionario o servidor público para el Derecho Penal nacional. Asimismo, señala la definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción que se entiende 'por funcionario público o servidor público a todo funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos'. Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público³⁹. Asimismo Reaño Peschiera dice que la definición de funcionario público adquiere relevancia en los delitos contra la administración pública a partir de la distinción entre tipos cometidos por 'particulares' y delitos cometidos por 'funcionarios públicos'. Precisa que en este último grupo de infracciones constituyen verdaderos delitos especiales, que en su estructura típica exige una cualidad en el sujeto activo para que sea considerado 'autor' del delito y que en términos generales, es funcionario aquella persona que ocupa un *status* especial y que tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, por lo que debe evitar la lesión de los intereses de la Administración Pública⁴⁰.

La agravante en el artículo 400° del Código Penal se aplica cuando el agente es funcionario o servidor público al momento de efectuar la conducta típica. Este delito solo exige que la conducta se verifica que el sujeto activo tiene la condición de tal al momento de realizar el delito. Esta agravante no se aplica los ex funcionarios públicos o al traficante particular que alega ante un tercero interesado. La condición de funcionario o servidor público se recurre al artículo 425° del Código Penal así como la Convención Interamericana contra la Corrupción como norma internacional. El funcionario o servidor público es la persona que ha sido seleccionada o elegida de forma permanente o temporal, remunerada u horaria, para desarrollar un cargo público aunque no haya juramentado y asumido funciones.

³⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pp. 596-597.

⁴⁰ REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?* En *Ius et Veritas*. Año XII, N° 23. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiantes de la Facultad de Derecho, Noviembre 2001. pág. 284. Véase también ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.* pp. 800-801.

1.4. Tipicidad subjetiva

Siguiendo el artículo 12° del Código Penal, las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente que infringe los delitos de naturaleza dolosa. Sobre este aspecto, Villavicencio Terreros explica que el dolo es conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos. Indica que el dolo puede abarcar los elementos que agravan o atenúan la pena, según sea el caso. Detalla que el dolo se presenta dentro del tipo cumpliendo una función reductora como una de las bases de la imputación subjetiva que impiden la responsabilidad objetiva⁴¹.

Para Fidel Rojas Vargas el delito de Tráfico de Influencias es doloso ya que las características de la construcción peruana del tráfico de influencias el dolo necesario para perfeccionar la tipicidad subjetiva es el dolo directo ya que el agente está dirigiendo intencionalmente su accionar hacia la puesta en peligro del bien jurídico y la obtención del provecho económico⁴².

El delito de tráfico de influencias se produce por dolo, no por culpa. El sujeto activo actúa con voluntad de invocar influencias, luego de ofertar al interesado e influir sobre determinado funcionario a cambio de un beneficio para sí o para un tercero. Este dolo se extiende a los instigadores o cómplices. La doctrina nacional admite el dolo directo, ya que el agente está direccionando su conducta hacia la puesta en peligro del bien jurídico y la obtención del provecho para obtener cualquier ventaja. No se presenta el dolo eventual ni el error de tipo, ya que el traficante de influencias conoce lo que quiere lograr.

1.5. Pena prevista

Según el artículo 400° del Código Penal, si el acusado es encontrado responsable penalmente del delito que se le atribuye, luego del debido proceso

⁴¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. Cit.* pág. 354.

⁴² ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.* pp. 798-799. Véase también REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Ob. Cit.* pp. 543-544; y SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pp. 606-607.

penal, será sancionado 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. En caso de que el agente sea 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.

2. Posiciones doctrinarias nacionales sobre el bien jurídico

2.1. Posiciones restringidas

Para Luis Alberto Bramont Arias el bien jurídico afectado es el normal desarrollo de la Administración Pública y la confianza del ciudadano en el ejercicio correcto de la función pública. Bramont Arias para explicar que el objeto específico de la tutela penal en el tráfico de influencias es el interés concerniente al honor y al prestigio de la Administración Pública, en cuanto conviene salvaguardar la función al servicio público del descrédito que puede derivarse del hecho de quien trafica pretendidas influencias ante algún funcionario público, haciendo creer que son corruptibles ante sugerencias ilícitas⁴³.

Según Bramont Arias, el normal desarrollo de la Administración Pública y la confianza del ciudadano en el recto funcionamiento de la función pública es el bien jurídico afectado.

Para Manuel Abanto Vásquez, el bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser ningún “prestigio” de la Administración Pública, pues este concepto no armoniza con un Estado de Derecho sino que existe un atentado contra la

⁴³ BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. *Temas de Derecho Penal*. Tomo 4. Lima: SP Editores, 1988. pág. 70. Concuere con este punto de vista HUGO ALVAREZ, Jorge. *Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública: Análisis Sistemático de los Tipos Delictivos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000. pp. 210-211.

imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función; y en el supuesto de la “influencia simulada”, el “patrimonio individual”⁴⁴.

Abanto Vásquez considera que el bien jurídico afectado en el tráfico de influencias es la imparcialidad del funcionario público, aunque de forma remota, mientras que el bien jurídico afectado en el tráfico de influencias simulado es el patrimonio individual del interesado.

José Hurtado Pozo afirma que en el delito de tráfico de influencias el bien jurídico es afectado cuando el vínculo está dado por el hecho de que la Administración Pública requiere gozar de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente sus actividades, en beneficio del tratamiento igual de todos los que recurran a ella. Señala que invocar influencias con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario público supone hacer comprender al tercero que es corruptible, y se menoscaba la credibilidad de la Administración Pública. Indica que este hecho ha sido considerado por el legislador como un factor que puede crear un ambiente desfavorable para el buen funcionamiento de la administración.⁴⁵

Hurtado Pozo considera que el bien jurídico afectado es la confianza de los administrados hacia la Administración Pública cuando se invoca las influencias reales o simuladas. Este bien jurídico, si es afectado, daña su credibilidad hacia la ciudadanía y afecta las decisiones de los funcionarios o servidores públicos.

Para Moisés Paz Panduro, el bien jurídico afectado es la “imparcialidad” y el “correcto funcionamiento de la administración pública” como los bienes jurídicos protegidos por el tráfico de influencias ya que se halla ubicado dentro del título en el que se regulan los delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios públicos y entre los llamados delitos de corrupción de funcionarios⁴⁶.

⁴⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2003. pp. 524-525.

⁴⁵ HURTADO POZO, José. *Ob. Cit.* pág. 288.

⁴⁶ PAZ PANDURO, Moisés. *Aproximación al delito de tráfico de influencias*. En *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año VIII, N° 64. Trujillo: Normas Legales, Junio 2006. pp. 7-8.

Paz Panduro limita el bien jurídico afectado a la imparcialidad y el correcto funcionamiento de la Administración Pública de todos los delitos en este título del Código Penal, la principal afectada es la Administración Pública como bien jurídico.

Fidel Rojas Vargas resalta que se debe considerar que el bien jurídico protegido que resulta comprometido en el delito de tráfico de influencias es el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública, específicamente la administración de justicia jurisdiccional o administrativa. Indica que como bien jurídico genérico, no toda la administración pública es la que se ve puesta en peligro sino solamente a los taxativamente contemplados en la norma penal. Indica que el objeto de la tutela penal es preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública específicamente en sus ámbitos jurisdiccional y administrativo, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descrédito con el comportamiento del agente, el cual hace creer a los particulares que la administración pública se mueve por medio de intrigas, protecciones y dinero⁴⁷.

Para Rojas Vargas, el bien jurídico afectado en el delito de tráfico de influencias es el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública en los ámbitos judicial y administrativo. Especifica que nuestro modelo normativo no abarca todos los otros aspectos de la administración pública, sino solamente lo indicado por el artículo 400° del Código Penal.

2.2. Posición amplia

Para Reátegui Sánchez, el delito de tráfico de influencias tal como está tipificado en el Código Penal, es uno de los llamados delitos *pluriofensivos*, con el que se trataría de proteger la transparencia e independencia de la función pública y la situación de igualdad de los ciudadanos frente a ésta. Asimismo es

⁴⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.* pp. 785-786.

protegido el valor de la incorruptibilidad funcional, que resulta lesionada por la acción del tráfico de influencias por medio de un beneficio económico⁴⁸.

Esta posición es importante, ya que el daño a la Administración Pública es diverso no solamente mediante el daño al prestigio y la imparcialidad de la Administración Pública, sino también debido a la desigualdad de trato en perjuicio de los ciudadanos que utilizan los servicios de los funcionarios y servidores públicos. Es de esta manera que el delito de Tráfico de Influencias daña específicamente la Administración Pública en el que las lesiones se observan en los distintas facetas de la Administración Pública.

2.3. Posición ecléctica

Salinas Siccha tiene una posición ecléctica sobre el bien jurídico afectado en el delito de tráfico de influencias en el que especifica que el bien jurídico genérico lo constituye el recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y administrativa. Indica que la materialización de cualquiera de las conductas prohibidas no pone en peligro o riesgo, ni lesiona toda la administración pública, sino el espacio que corresponde a los funcionarios públicos que han de conocer, estén conociendo o hayan conocido un proceso judicial o administrativo. Señala que el bien jurídico específico que se pretende proteger es el prestigio y el regular desenvolvimiento de la justicia jurisdiccional y administrativa, toda vez que la materialización de alguna de las conductas delictivas recogidas le desacreditan ante el conglomerado social hasta el punto que se puede hacer creer que aquellos ámbitos de la administración pública solo funcionan por medio del provecho económico. Indica que el prestigio de la administración pública se convierte en bien jurídico específico relevante de este delito y que este debe cautelarse en todo sentido, caso contrario se deslegitima y pierde la confianza de los ciudadanos⁴⁹.

En el delito de tráfico de influencias, Salinas Siccha divide el bien jurídico afectado entre el bien jurídico genérico y el específico. El bien jurídico genérico

⁴⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Ob. Cit.* pág. 526.

⁴⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.* pp. 597-598.

es el recto funcionamiento de la administración pública en el campo jurisdiccional y administrativo en el que es afectado por las conductas de los funcionarios o servidores públicos que han de conocer, estén conociendo o hayan conocido estos procesos. El bien jurídico específico que se protege es el prestigio de la administración en la justicia jurisdiccional o administrativa porque puede afectarse cuando lo desacreditan ante la sociedad o cuando el interesado da beneficios al traficante de influencias para que se mueva a su provecho, por lo que se puede perder la confianza de los ciudadanos ante ella.

3. El prestigio de la Administración Pública como bien jurídico protegido en nuestro ordenamiento

Como se desarrolló en este capítulo; Rojas Vargas y Salinas Siccha en la doctrina nacional y Rodríguez en el ordenamiento penal español consideran que el bien jurídico afectado en este tipo de delito es el prestigio de la Administración Pública en el que está se ve comprometida con la sociedad al dar los funcionarios una imagen de venalidad y corrupción por el provecho económico que el traficante conlleva a influenciar sobre determinado funcionario o servidor público en un caso de ámbito jurisdiccional o administrativo abarcando los ámbitos del artículo 400° del Código Penal que protege su desenvolvimiento.

El rol del funcionario público es actuar con imparcialidad en los casos administrativos o judiciales por lo que es específicamente el garante de este prestigio frente a la sociedad a pesar de que pueda cometerse también por un particular. El desprestigio que causa este delito queda impresa en la ciudadanía significa ya que la ve con desconfianza al no actuar con transparencia e imparcialidad en el ámbito judicial o administrativo cuando el traficante invoca influencias reales o simuladas al tercero interesado conllevando el menoscabo de esta. En nuestra sociedad proclive a la venalidad de los funcionarios, este es un medio de proteger la Administración resguardando el prestigio de esta frente a la ciudadanía.

Si bien en el presente trabajo nos adscribimos a esta postura y entendemos que el bien jurídico que se protege en el delito de tráfico de influencias es, en efecto, el prestigio de la administración pública, es de mencionar que somos de la opinión de que dicho bien jurídico debe tener un contenido material que nos permita identificar sus alcances y le permita al bien jurídico desplegar su función interpretativa. En el siguiente capítulo nos abocamos a esbozar dicho contenido material del bien jurídico “prestigio de la administración pública”.



Capítulo II

Legitimidad de la intervención penal en el tráfico de influencias en el Perú

1. Protección de bienes jurídicos

Miguel Polaino Navarrete explica el origen del bien jurídico en el Derecho Penal que la concepción técnica del contenido material del injusto delictivo, sobre la base de la lesión o peligro de un bien jurídico, experimenta su origen entre los siglos XVIII a XIX debida al impulso doctrinal de la Ciencia Penal alemana. Indica que el desarrollo experimentado en el siglo XVIII por el pensamiento penal, se advierten los preliminares de la delimitación del concepto de bien jurídico, configurándose una 'prehistoria' de la formulación de esta teoría, sobre la que ha de gravitar el centro del Sistema Penal. Especifica que la fundamentación de la pena se asienta en la desvaloración de una previa lesión jurídica, cuyo reconocimiento se determina en los presupuestos ideológicos liberales propios de la 'época de las luces' y en los principios jurídico-filosóficos del pensamiento kantiano⁵⁰.

La doctrina del bien jurídico tiene su origen en la época de la Ilustración entre los siglos XVIII y XIX, especialmente en Alemania. En esta etapa, el bien jurídico se basa en la desvaloración de la lesión jurídica determinado por los principios liberales y los fundamentos filosóficos de Kant.

En relación con la historia del bien jurídico en el Derecho Penal a partir del siglo XIX, Hans Heinrich Jescheck explica que en la historia de la dogmática el concepto de bien jurídico ya tuvo entrada a principios del siglo XIX. Señala que la influencia de la teoría del contrato social, la doctrina penal de la Ilustración entendió al delito como infracción de derechos subjetivos; por este motivo,

⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal: Parte General*. Lima: Grijley, 2005. pp. 211-212.

Feuerbach verificó la existencia en cada infracción penal de un derecho subjetivo del individuo o del Estado como objeto de protección. Por el contrario Birnbaum, el fundador de la nueva teoría del bien jurídico, divisó en el bien jurídico un bien material garantizado por el poder del Estado que podía corresponder al individuo o a la colectividad y susceptible de ser lesionado en un sentido natural. Con Binding la concepción del bien jurídico es una situación valorada por el legislador ('todo en lo que el legislador ha pensado como condición de una vida sana de la comunidad jurídica y es para esta digna de valor'). También Von Liszt traslado el peso específico del concepto del bien jurídico al 'interés protegido jurídicamente' y vio en él el concepto central de la estructura del delito⁵¹.

Los cambios de la doctrina del bien jurídico en el siglo XX es explicado así por Jescheck que el gran proceso de transformación de la Dogmática Penal en los años 20 de nuestro siglo [Siglo XX] condujo a que el bien jurídico dejara de ser entendido como un interés concreto preexistente a la norma; el bien jurídico se convirtió más bien en un simple medio de auxilio de la interpretación, en una 'abreviatura de la idea del fin'; en el 'fin en su forma más concisa'. Indica que la crítica que la Escuela de Kiel dirigió al fundamento 'materialista' del concepto del bien jurídico trajo consigo un traslado del acento en la concepción básica del delito que, de la lesión del bien jurídico, pasa a convertirse en la infracción de un deber. Señala que el concepto del bien jurídico y su función son discutidos sobre todo bajo un punto de vista de la justificación político-criminal de las disposiciones penales ya que el bien jurídico no es idéntico al resultado típico. Indica que la lesión de aquél significa el menoscabo de la pretensión de validez de un valor ideal mientras que el injusto del resultado consiste en la lesión o puesta en peligro del objeto material del delito. Especifica que el concepto menoscabo del bien jurídico ideal en la tentativa reside de un modo exclusivo en el injusto de la acción, aun cuando el injusto del resultado no llegue a materializarse⁵².

⁵¹ JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares, 2002. pág. 274.

⁵² JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. *Ob. Cit.* pág. 275.

Como sostienen Polaino Navarrete y Jescheck, desde el siglo XIX se desarrolla de forma sistemática el concepto de bien jurídico. Feuerbach explicó que el bien jurídico es la infracción penal de un derecho subjetivo del individuo o del Estado como objeto de protección, mientras que Birnbaum considera que el bien jurídico es un bien material protegido por el Estado, sea individual o colectivo, que es lesionado de forma natural. Para Binding, el bien jurídico es una situación valorada por el legislador como condición de una vida sana en la comunidad jurídica. Con Von Liszt, el bien jurídico, es desde el punto de vista del derecho subjetivo, el interés protegido jurídicamente, y es el concepto central de la estructura del delito. En el siglo XX, el bien jurídico es analizado desde la óptica político-criminal en el que reside en lo injusto de la acción, aun cuando el resultado no se materializa.

Respecto a la doctrina dominante sobre el bien jurídico en la Dogmática Penal Comparada, Polaino Navarrete sostiene que existe la necesidad de una configuración sustantivo-material del bien jurídico protegido, frente a las concepciones históricas y metódico-formales, que son superadas desde distintos puntos de vista y definitivamente desechadas en aras a una configuración sustantiva del mismo. Innumerables formulaciones doctrinales delimitan la esencia sustantivo-material del concepto de bien jurídico desde distintas perspectivas⁵³.

En la actualidad, las concepciones del bien jurídico están influenciadas por la fundamentación funcionalista y normativista de la doctrina penal conectadas con el delito, la norma y el bien jurídico protegido en el que la sociedad funciona por medio del rol y la infracción del deber.

La legitimidad de la intervención penal se aprecia en el Título Preliminar del Código Penal al consagrar en el artículo IV el principio de ofensividad o de lesividad, en virtud del cual, se justifica la intervención penal por la protección de un bien jurídico que precisa ser afectado por una lesión o por una puesta en peligro. Pimentel Cruzado explica con este principio consagrado en el Título

⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Ob. Cit.* pp. 227-230.

Preliminar del Código Penal que el principio de lesividad es conocido como principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Indica que el Derecho Penal de un Estado social ha de justificarse como un sistema que busca la protección de la sociedad y los intereses sociales que por su importancia merecen la protección del Derecho se denominan 'bienes jurídicos'. Señala que la expresión 'bien jurídico' se utiliza en su sentido político-criminal de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su sentido dogmático, que alude a los objetos que de hecho protege el Derecho Penal vigente⁵⁴. Manuel Abanto Vásquez explica que la creación del concepto 'bien jurídico' se atribuye al alemán Birnbaum, quien, durante la primera mitad del siglo XIX, quería oponerse a la concepción individualista de la 'lesión de derechos' de Feuerbach y ofrecer un concepto natural del delito. Indica que contra la concepción de Feuerbach que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, Birnbaum quería resaltar aquello que sería realmente 'lesionado' por el delincuente que es el interés de la colectividad. Señala que esta idea de la protección de 'bienes jurídicos' como tarea del Derecho Penal fue el punto de partida para el desarrollo del llamado principio de 'lesividad' u 'ofensividad': el ejercicio del *ius puniendi*, a través del Estado que solamente se vería legitimado por medio del objetivo de proteger bienes jurídicos⁵⁵.

El autor anteriormente citado, agrega que constituye una idea sumamente interiorizada que si el Derecho Penal procura proteger bienes jurídicos, el delito constituye la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Indica que esa idea explica la exigencia de cierta lesividad de la conducta delictiva para fundamentar la imposición de una pena. Señala que la finalidad garantista del bien jurídico es esencial para poder cautelar los límites de la política criminal del Estado ya que en un Estado social y democrático de Derecho, la intervención punitiva solo puede justificarse respecto de conductas

⁵⁴ PIMENTEL CRUZADO, Dante. *El adelantamiento de la barrera de punibilidad en el delito de tráfico de influencias: a propósito del Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116*. En *Gaceta Penal & Procesal Penal: Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales*. Tomo 87. Lima: Gaceta Jurídica, Septiembre 2016. p. 65. También HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: El objeto protegido por la norma penal*. Lima: IDEMSA, 2005. pp. 159-160.

⁵⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2014. pp. 13-14.

trascendentes para los demás y que afecten las esferas de libertad ajenas, siendo contrario al principio de ofensividad el castigo de una conducta inmoral, antitética o antiestética⁵⁶.

El principio de lesividad es una de las bases del ordenamiento penal para la protección de la sociedad. Todo interés que merece este resguardo es conocido como el bien jurídico que protege el Derecho Penal. El aludido principio defiende bienes jurídicos, ya que el delito constituye su lesión o puesta en peligro.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2012-AI/TC, el Tribunal Constitucional peruano explica que el bien Jurídico está relacionado con el principio de necesidad:

“(…) en el Estado constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad individual, entre otros derechos, sólo debe ser utilizado cuando ya no funcionen otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, etc.). Antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas”. (Fundamentos Jurídicos 40-43).

Los fundamentos de esta sentencia son importantes en la medida en que limitan la intervención del derecho penal para la protección de los bienes jurídicos cuando no hay otra medida para limitar la libertad individual.

⁵⁶ PIMENTEL CRUZADO, Dante. *Ob. Cit.* pág. 65.

Hay que agregar lo que explica Juan Bustos Ramírez sobre el origen del bien jurídico que en un Estado social y democrático de derecho tiene su origen en la base social y es el producto de los procesos interactivos que tienen lugar en su seno. Indica que los objetos de protección, los bienes jurídicos, surgen de la base social, y están sujetos a su rediscusión democrática por lo que tienen un carácter dinámico ya que el derecho con la norma quiere regular comportamientos. Indica que se trata con las prohibiciones y mandatos de evitar situaciones lesivas de bienes jurídicos, que las personas no los lesionen y que la lesión de un bien jurídico sólo puede provenir de una conducta humana⁵⁷.

Sobre la relación del bien jurídico con la consideración que se tiene de él en la sociedad, Bustos Ramírez explica que los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas por el que la vida, la libertad y la salud en cuanto bienes jurídicos son protegidos frente a conductas humanas por lo que el comportamiento personal del hombre en sociedad no debe lesionar bienes jurídicos; sino que debe abstenerse de realizar conductas que signifiquen un peligro para los bienes jurídicos. Señala que son relaciones sociales concretas que adquieren significación de bien jurídico cuanto son confirmadas por la norma ya que esta conceptualización de los bienes jurídicos como relaciones sociales concretas implica identificar la posición de las personas dentro de la relación social. Indica que los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática ya que son dinámicos pues están en permanente discusión y revisión. Especifica que la determinación de los objetos a ser protegidos penalmente implica una decisión política del Estado que no es neutral y que lo hará respondiendo a criterios que representen los intereses estructurales de la sociedad que organiza. Detalla que esta selección está condicionada en un Estado social y democrático de derecho por el respeto de la libertad y dignidad de las personas y de sus necesidades y que de ningún modo por encima del

⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas*. Tomo I. Lima: ARA, 2004. pág. 538.

individuo puede haber otros intereses de grupo o de conservación o funcionamiento del sistema social⁵⁸.

En mi opinión, siguiendo la postura de Bustos Ramírez, la Administración Pública si está considerada legítimamente como bien jurídico protegido. La Administración Pública es producto de la sociedad donde nace, además de que entre ésta y los ciudadanos existe una interacción social por lo que su protección parte en la norma, especialmente en el derecho penal, de los legisladores y de la sociedad. Esta protección responde su sujeción a un Estado de Derecho, a una discusión democrática sobre sus alcances.

Puesto que el objeto de estudio de la presente investigación es el bien jurídico de los delitos de tráfico de influencias, conviene advertir que Quispe Aquisé señala que hay que delimitar el bien jurídico en este delito previsto en el artículo 400° del Código Penal y desarrollado en el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CJ-116 que en cuanto al bien jurídico protegido en la modalidad de tráfico de influencias reales al que hace referencia el Acuerdo [Plenario N° 3-2015/CJ-116] señala que el Derecho Penal, con respecto a los bienes jurídicos cumple la función de protegerlos de determinadas formas de ataque y conforme con criterios de coherencia y orden sistemático, para lo cual se delimitan las diversas conductas delictivas a través del diseño de los tipos penales en la parte especial del Código Penal; teniendo en cuenta que no resulta adecuada la posición que se adopta en el Acuerdo. Señala que la configuración de la conducta de tráfico de influencias no exige que el funcionario público concernido tenga conocimiento del accionar del traficante; razón por la cual corresponde afirmar que el aspecto de la Administración Pública protegido en las 'influencias reales' sería el mismo que las 'influencias simuladas', esto es, el prestigio y buen nombre de la Administración Pública. Precisa que con relación al tráfico de influencias simuladas, que algún sector de la doctrina cuestiona la legitimidad de dicha conducta delictiva, no puede soslayarse que tiene base constitucional y convencional y que para la consumación de las 'influencias simuladas' –y también para las 'influencias reales'- se exige, como mínimo,

⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Ob. Cit.* pp. 538-539.

promesa de ventaja del interesado mediando ofrecimiento de intercesión por parte del traficante; y no resulta suficiente la 'solicitud de beneficio indebido'. Indica que resulta legítimo comprender como bien jurídico protegido en las 'influencias simuladas', al igual que las 'influencias reales', al prestigio y buen nombre de la Administración Pública, el cual es lesionado o se desacredita frente a terceros (incluido el propio interesado) al momento en que el agente recibe del interesado, le hace dar o prometer una determinada ventaja, ofreciéndole intercesión favorable a sus intereses, ante el agente público competente del caso que se trate⁵⁹.

En la modalidad del tráfico de influencias reales, el bien jurídico afectado está configurado con el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Esta característica se refiere a que el intermediario hace valer sus influencias ante un funcionario o servidor público del caso judicial o administrativo que le importa al interesado. Esta conducta de la primera modalidad no exige que el servidor o funcionario influido tenga conocimiento del accionar del agente. En este caso, el bien jurídico protegido en esta modalidad es el prestigio y buen nombre de la Administración Pública. En cuanto al tráfico de influencias simulado, se relaciona con el artículo 18° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el que se acepta y promueve la tipificación con la promesa o la solicitud de un beneficio que redunde en su provecho o en una tercera persona, sea esta influencia real o supuesta. En este caso, la consumación de la conducta, sea de la influencia real o supuesta, exige la promesa de ventaja del interesado mediando intercesión por parte del traficante. Las influencias simuladas como las influencias reales en el tráfico de influencias es el prestigio y buen nombre de la Administración Pública, el cual es lesionado o se desacredita frente a terceros al momento en que el agente recibe, hace dar o prometer una determinada ventaja, ofreciéndole una intercesión beneficiosa a sus intereses ante el funcionario o servidor público al que le compete el caso judicial o administrativo.

⁵⁹ QUISPE AQUISE, Iván. *Los otros "finales" de la historia: el "interesado" como instigador en el delito de tráfico de influencias. Consideraciones críticas a partir del Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116*. En *Gaceta Penal & Procesal Penal: Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales*. Tomo 87. Lima: Gaceta Jurídica, Septiembre 2016. pp. 44-46.

2. Legitimidad de los tipos penales de peligro abstracto

En relación con el bien jurídico, los delitos se clasifican en delitos de lesión y delitos de peligro. A su vez, estos últimos se subclasifican en delitos de peligro concreto y peligro abstracto, y puesto que el delito materia de esta investigación protege la Administración Pública, se le considera de peligro abstracto. Por ello, trataremos aquí la legitimidad de este tipo de delitos.

Para Ferrando Mantovani, el peligro se considera como elemento típico de muchos hechos ilícitos, aunque en relación a la causalidad adecuada y humana, sobre ciertas causas de justificación, sobre la tentativa y la culpa además que debe subyacer a los criterios racionales, capaces de verificación empírica. Respecto al momento del juicio no debe tratarse el diagnóstico ex post que hace inconcebible el juicio de peligro, porque sobre estas cosas ocurridas el evento lesivo no es más probable, sino si se ha verificado o no, por lo que debe tratarse el pronóstico ex ante, debiéndose retroceder el juicio al momento en que asegura la mayor eficacia preventiva de los hechos ilícitos de peligro. Indica: a) Al momento de la conducta en los hechos ilícitos con conducta peligrosa o equivalentes, en los cuales, el peligro califica la conducta o el presupuesto o el objeto material de ella; y b) Al momento, entre el final de la conducta y del evento típico, más favorable al pronóstico sobre el peligro en los hechos ilícitos de evento de peligro, en los cuales el peligro constituye el mismo evento o un atributo de ello. Respecto a la base del juicio, ella es constituida por la base total ex ante, es decir, por todas las circunstancias existentes, en los indicados momentos, aunque sí conocidas sucesivamente. Respecto a la medida del juicio, la probabilidad del evento se determina según la mejor ciencia y experiencia del momento histórico, siendo la única idónea para establecer lo que es peligroso y lo que no lo es. Respecto al grado necesario de probabilidad, se da por la probabilidad relativa, no siendo suficiente la mera posibilidad, ni necesaria la certeza o la probabilidad absoluta⁶⁰.

⁶⁰ MANTOVANI, Ferrando. *Los Principios del Derecho Penal*. Lima: Legales Ediciones, 2015. pp. 172-173.

El peligro es un elemento típico de muchos delitos relacionado con la causalidad adecuada y humana, la justificación, la tentativa y la culpa, matizado con el criterio del juez. El peligro tiene como esencia la probabilidad entre la conducta y la comprobación del daño. En el momento del juicio se debe hacer un pronóstico anterior a los hechos para la prevención de los delitos de peligro en el que se debe basar todas las circunstancias existentes que son conocidas sucesivamente. La medida del peligro se basa en la ciencia y en la experiencia para fundamentar el peligro. La probabilidad es en base a la probabilidad relativa.

En relación con los hechos ilícitos de peligro abstracto, Mantovani señala que en estos el peligro no es requisito típico, pero se da como innato en la misma conducta, considerada peligrosa, y el juez se limita a buscar la conformidad de la conducta concreta al tipo legal. Indica que cuando se trata que por su naturaleza obstruyen cualquier posibilidad, ex ante y, a veces ex post, de controlar la existencia o no de las condiciones por la probable verificación del elemento lesivo⁶¹.

En los delitos de peligro abstracto, el peligro no es requisito típico, pero se da como parte de la conducta ilícita considerada peligrosa y en el que el magistrado se encarga de conformar la conducta con el tipo legal. En este tipo de delito, por su naturaleza, se verifica el peligro con diagnósticos anteriores y posteriores al hecho ilícito.

Abanto Vásquez explica así la legitimidad de los tipos penales de peligro abstracto en el que la afección al bien jurídico se produce a través del 'menoscabo' de alguno de sus 'objetos de protección'; tal menoscabo puede darse 'naturalísticamente' o en el sentido de 'desorganización' de sistemas; en ambos casos se trata de 'lesiones reales' en el mundo social que, en el mundo de los bienes jurídicos, expresan 'negación de vigencia' (afección). Señala que en el caso de los delitos de peligro concreto y de 'tentativa', la 'afección' existe debido a la acción dirigida hacia un 'menoscabo' que incluso ha llegado

⁶¹ MANTOVANI, Ferrando. *Ob. Cit.* pp. 173-174.

producir modificaciones en el mundo exterior, la conducta delictiva ya ha tendido a 'negar valor' al bien jurídico. Precisa que en los casos-límite de delitos de 'peligro abstracto', la 'afección' se produce con la conducta potencialmente dirigida a poner en peligro, y luego menoscabar, el 'objeto de protección'; en ese sentido debe también interpretarse tipos que aparentemente sólo abarcarían una mera 'exteriorización de la conducta' negadora de vigencia del bien jurídico, tal como ocurre en muchos delitos de mera actividad o de emprendimiento o también en algunos casos de delitos de 'peligro abstracto'. Señala que en todos estos casos tendría que constatarse que la 'lesividad' al bien jurídico es posible siempre como una 'afección' en sentido normativo de 'disminución de valor', o de 'vigencia' de las normas encarnadas en él. Una 'afección' que por cierto es 'real' aunque no 'causalísticamente' demostrable: la negación de la vigencia del bien jurídico se ha producido con la conducta típica⁶².

El aludido autor explica su punto de vista sobre el peligro abstracto que el límite político-criminal debería estar constituido por la cercanía de la acción en relación con el 'objeto protegido': si la 'lesión' constituye el atentado más grave y si tal lesión se produce contra 'objetos' de bienes jurídicos de primer orden en la escala valorativa constitucional, la 'puesta en peligro' más cercana a la 'lesión' es la del 'peligro concreto', y las acciones más graves son las que se dirijan contra bienes jurídicos fundamentales. Indica que los auténticos casos de 'peligro abstracto' quedarían demasiado 'lejos' de la 'lesión' y por lo tanto carecerían de legitimidad. Precisa que los tipos de peligro abstracto en el sentido tradicional son reinterpretados en el sentido de un tipo de 'peligro abstracto-concreto' para el objeto del bien jurídico, o deben ser declarados ilegítimos. Detalla que en los casos de tipos que expresen una mera 'tendencia peligrosa' no puede haber lesividad alguna y que en muchos de estos casos la interpretación de los tipos no ha sido correcta⁶³.

Es fundamental graficar las diferencias entre los delitos de peligro concreto y abstracto, que a continuación desarrollo en el siguiente cuadro:

⁶² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Ob. Cit.* pp. 40-41.

⁶³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Ob. Cit.* pp. 41-42.

Afección del bien jurídico en el peligro concreto	Afección del bien jurídico en el peligro abstracto
Acción dirigida por la conducta del agente que niega valor al bien jurídico. Conducta que llega a producir modificaciones en el mundo exterior.	Conducta potencialmente dirigida a poner en peligro y luego menoscabar el objeto de protección. Exteriorización de la conducta negadora del bien jurídico realizada en la conducta típica.

Elaborado en base a ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2014. pp. 40-41.

Con la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, la afección o lesión al bien jurídico es causado por el comportamiento potencial de poner en peligro a dicho bien. Estas conductas se deben exteriorizar sobre la exteriorización de la conducta que niega el bien jurídico, como son los delitos de mera actividad o del delito de emprendimiento, así como también en algunos casos de delitos de peligro abstracto. Como se aprecia, en estos delitos tendría que comprobarse si la lesividad al bien jurídico es siempre posible en el sentido normativo. La afección es concreta cuando se niega la vigencia del bien jurídico debido a su origen por la conducta típica. Los delitos de peligro abstracto deben entenderse en el sentido tradicional de potencialidad de daño, en el sentido de los tipos de peligro abstracto-concreto, si fuera posible, o ser declarados ilegítimos.

Pedro Patrón Faura y Pedro Patrón Bedoya ofrecen una visión de Administración Pública desde el punto de vista del Derecho Administrativo para que el Estado pueda cumplir sus fines esenciales de lograr el bienestar de la colectividad, es precisa e indispensable la acción dinámica y permanente de un conjunto de entidades con múltiples acciones, adecuada y técnicamente coordinadas entre sí. Señalan que este complejo se denomina 'Administración Pública', identificada dentro del sistema constitucional con el Poder Ejecutivo, que comprende al gobierno nacional y a la administración. Precisa que es la maquinaria operativa del Estado. Señala que la Administración Pública vinculada a las acciones que señala la Constitución, no desenvuelve estrictamente sus funciones en el Poder Ejecutivo, aunque es el Poder

Administrador por excelencia y, sin embargo, se encuentran actividades administrativas en los otros Poderes⁶⁴.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, el Estado, para cumplir sus fines esenciales del bienestar colectivo en la sociedad, necesita de una entidad que junte a otras entidades para realizar estas acciones, como la Administración Pública, como la maquinaria operativa del Estado. La Administración Pública comprende el Sector Público Nacional encargado de operar la maquinaria del Estado. La Administración está vinculada con la Constitución para el desempeño de sus funciones y de sus competencias de acuerdo a ley.

Para Reátegui Sánchez, el concepto jurídico de Administración Pública puede entenderse en dos sentidos: Un objetivo: Administración Pública implica ejercer la función administrativa que es aquella función estatal encargada de aplicar y cumplir las leyes (mediante su ejecución), pero también en dictar disposiciones (función de reglamentación) y en resolver reclamaciones (función de solución de controversias); y uno subjetivo que lo identifica como aquel complejo encargado de ejercer la función administrativa. Señala que el concepto de Administración Pública es un sistema vivo y dinámico, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos y que evidencia que en el interior del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios sino que comparte la regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias que puede ser afectado por terceros. Indica que la Administración Pública es toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines⁶⁵.

⁶⁴ PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro. *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*. Lima: Grijley, 2004. pp. 65-66. Véase también CERVANTES ANAYA, Dante. *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Rodhas, 2013. pág. 25.

⁶⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Ob. Cit.* pp. 55-56. Véase también LEÓN VIDAL, Vladimir y otros. *Ob. Cit.* pág. 52.

En esta acotación, compartiendo la visión de Patrón Faura y Reátegui Sánchez, la Administración Pública implica, en sentido objetivo, las funciones que ejerce, como las ejecuciones de leyes, reglamentar disposiciones y resolver controversias. En sentido subjetivo, la Administración Pública se identifica con los órganos que ejercen las funciones administrativas. Asimismo, la Administración Pública debe entenderse como un sistema dinámico, con participación en la vida social, y establece relaciones con otros organismos de la Administración, como la ciudadanía. Por último, la Administración Pública es el cumplimiento de toda actividad que pone en desarrollo el Estado para el cumplimiento de sus fines y sometidas a una jerarquía.

Según Jaime Lombana Villalba, la legislación penal española entiende de esta manera el bien jurídico de la Administración Pública que ha pasado de tutelar los deberes del cargo a proteger el correcto funcionamiento de la Administración pública y ha encontrado en la desviación de intereses cometida dolosamente el núcleo de estas conductas punibles. Indica que para poder utilizar este concepto para la solución de problemas dogmáticos concretos es necesario darle un contenido al correcto funcionamiento de la Administración pública analizando los criterios de conducta de los funcionarios públicos. Señala que normativamente existen cuatro criterios fundamentales para la determinación de las normas de conducta de los funcionarios públicos: los principios constitucionales, los deberes consagrados en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, los deberes consagrados en normas especiales y los deberes específicos de los funcionarios públicos. Precisa que los delitos contra la Administración Pública no pueden estar basados en la mera infracción de deberes ya que en este sentido, la infracción del deber es fundamental para la determinación de la responsabilidad pero no es suficiente para la misma, pues si así lo fuera no podría pensarse a los *extraneus* los delitos de infracción de deber⁶⁶.

⁶⁶ LOMBANA VILLALBA, Jaime. *La Tipificación del Tráfico de Influencias y del Cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la Corrupción Pública*. Tesis de Grado de Doctor en Derecho Penal. León: Universidad de León. Facultad de Derecho, 2013. pp. 495-496.

La legislación penal española, su legislación administrativa y su propia Constitución, consideran fundamental que el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública es la infracción del deber desde una óptica institucional, es decir, vinculado con el funcionario en sus cargos en la Administración Pública, por lo que es fundamental para la autoría y la responsabilidad penal de los funcionarios o servidores públicos.

Rojas Vargas explica que la Administración Pública como objeto jurídico genérico de tutela penal implica los siguientes elementos: a) Un profuso marco de previsiones legales que regulan las funciones públicas y los servicios; b) Un conjunto de principios rectores que vinculan la administración pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto, racionalizando y dotando el marco legal y la actividad funcional; c) Ejercicio de funciones y servicios públicos de conformidad a las atribuciones y competencias establecidas en las leyes y reglamentos, bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, que confirman la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la Nación. Detalla que la puesta en peligro o lesión del bien jurídico 'administración pública' supone la vulneración de los dos últimos componentes y un trastocamiento del primero al alterarse el sentido de las funciones y servicios públicos. Señala que los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos son la negación de los deberes funcionales asumidos por dichos sujetos al acceder a la función⁶⁷.

Lo anterior quiere decir que la Administración Pública, como objeto jurídico de la tutela penal, está sujeta a regulaciones y reglamentaciones para el ejercicio de sus actividades, principios rectores que regulan su funcionamiento, y estos servicios deben ser ejercidos a favor de la ciudadanía de conformidad con sus atribuciones y competencias establecidas por leyes. La puesta en peligro o lesión del bien jurídico de la administración pública se realiza cuando se vulneran estos componentes que son la negación de los deberes asumidos por los funcionarios y servidores públicos.

⁶⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.* pág. 15.

El contenido material del bien jurídico de la Administración Pública, según Rojas Vargas, supone la confluencia de numerosos intereses vitales que el derecho penal protege y que determinan la totalidad tutelable en el que esta disgregación en objetos específicos con vinculación institucional de protección le confieren a la administración pública, en tanto bien jurídico-penal, su carácter supraindividual, lo que motiva que cada vez que se señale el bien jurídico genérico 'correcto funcionamiento de la administración pública' se tenga que precisar acto seguido el objeto específico de tutela vulnerado o puesto en peligro con el comportamiento del sujeto público. Precisa que dichos objetos puntuales cohesionan el bien jurídico 'administración pública' en sentido amplio y que interesa al derecho penal. Señala que los delitos contra la administración pública lesionan o ponen en peligro cualesquiera de dichos valores institucionalizados que el Estado ha considerado valiosos y que constituyen las **condiciones ideales** de funcionamiento del sistema de la administración pública para el logro de los fines del Estado y que ha dispuesto que sean protegidos subsidiariamente por el derecho penal a través de la creación de numerosas figuras legales que salvaguardan normativamente el bien jurídico 'administración pública'⁶⁸.

Sobre el bien jurídico de la Administración Pública, Rojas Vargas considera que se trata de un bien jurídico colectivo, genérico e institucionalizado y en la medida que sea posible y dependiendo de la regulación establecida debe propenderse a que todos estos valores públicos se hallen fundados a nivel constitucional. Indica que la administración pública como bien jurídico integrador de múltiples intereses valiosos puede ser lesionada o sólo puesta en peligro ya que lo primero se produce cuando se altera la regularidad de su funcionamiento y lo segundo cuando si bien no existe un resultado lesionador, se coloca al bien jurídico en una situación de probable lesión⁶⁹.

Compartiendo el planteamiento de Rojas Vargas, el contenido material del bien jurídico de la Administración Pública integra diversos intereses que el Derecho

⁶⁸ *Ibid.* pp. 15-16.

⁶⁹ *Ibid.* pp. 16-18.

Penal protege, ya que en su naturaleza es un bien jurídico supraindividual, esto es, un bien jurídico colectivo como objeto de tutela jurídica genérica para posteriormente precisar el bien jurídico específico de tutela vulnerado. El Estado considera estos bienes jurídicos valiosos ya que forman las condiciones ideales del funcionamiento de la Administración Pública que utiliza para el cumplimiento de sus fines. Estos bienes jurídicos tienen su propia regulación y se encuentran de forma directa o indirecta en la norma constitucional. La lesión del bien jurídico de la Administración Pública se produce cuando se altera su funcionamiento, mientras que la puesta en peligro del bien jurídico de la Administración Pública se origina cuando se le sitúa en un estado de probable lesión.

Hay tres posiciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias. La posición restringida, que es mayoritaria en la doctrina nacional, se afecta un único bien. En este caso puede afectarse la imagen y prestigio que se tiene de la Administración Pública para su correcto funcionamiento como bien jurídico protegido frente al descrédito de la sociedad, como lo sustenta Hugo Álvarez y Rojas Vargas; posición compartida por la doctrina penal extranjera española y colombiana. Abanto Vásquez y Paz Panduro considera que el bien jurídico que debe ser protegido es la imparcialidad del funcionario o servidor público frente a los administrados. Una postura casi similar tiene Hurtado Pozo, quien considera que el bien jurídico protegido es la confianza de los ciudadanos frente a la Administración Pública cuando los funcionarios o servidores públicos invocan las influencias reales o simuladas.

La posición amplia, representada por Reátegui Sánchez, considera que el daño que se comete en este delito es pluriofensivo, ya que no solamente se afecta la imparcialidad y el óptimo funcionamiento de la Administración Pública, sino también la incorruptibilidad de los funcionarios o servidores públicos frente a los administrados.

La posición ecléctica, representada por Salinas Siccha, divide el bien jurídico afectado en el delito de tráfico de influencias. El bien jurídico genérico afectado es el correcto funcionamiento de la Administración Pública en las áreas

jurisdiccional y administrativa. El bien jurídico específico afectado es el prestigio de la Administración Pública cuando un funcionario o servidor público invoca influencias reales o simuladas.

3. ¿Proteger el prestigio de la Administración conlleva a una intervención penal excesivamente adelantada? Propuesta de delimitación material del bien jurídico “prestigio de la Administración”

Siguiendo la doctrina y la legislación penal española sobre el prestigio y buen nombre de la Administración Pública que es afectado por el delito de tráfico de influencias, Lombana Villalba dice que concentra el bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico de influencias en la integridad de las Administraciones públicas, pese a hacer referencia también a la imparcialidad y conecta este objeto de tutela con los servicios del Estado. Indica que desde una perspectiva político – criminal supone dotar el bien jurídico que podría denominarse integridad de las Administraciones públicas como elemento asegurador de la capacidad prestacional de servicios de un Estado social y democrático de Derecho⁷⁰.

La doctrina penal española considera que el buen nombre y prestigio de la Administración Pública está vinculado con su Constitución por la integridad de la Administración Pública caracterizada en la imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos. La integridad de la Administración Pública se vincula con la tutela de los servicios del Estado como elemento de un Estado social y democrático de Derecho. Desde mi punto de vista, este bien jurídico también lo entiendo como la imagen que se proporciona a la ciudadanía sobre las personas que laboran en la Administración Pública cuando cumplen su función social.

En los puntos anteriores se observó que en el Perú se considera que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simulado es el prestigio y buen nombre de la administración pública, lo que ha dado lugar a la discusión

⁷⁰ LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Ob. Cit.* pág. 198.

sobre si dicha intervención resulta excesiva o no, sobre este punto también se ha pronunciado la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N° 3-2015.

Respecto a la intervención excesiva en el delito de tráfico de influencias simuladas, Pimentel Cruzado explica que las influencias simuladas son aquellas inexistentes, irreales o fingidas, y que implican una serie de conductas que permiten al agente enrostrar al comprador de humo una supuesta relación con el funcionario público. Indica que el agente haga aparecer como existente lo que en realidad no existe para que se configure el delito. Precisa que el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116 defiende la relevancia jurídico-penal del tráfico de influencias simuladas, señalando que es acorde con el principio de lesividad ya que en las influencias simuladas, el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la Administración Pública, que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Señala el referido Acuerdo que nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el referido bien jurídico protegido, por cuanto el sujeto activo logra hacer, dar o comprometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la Administración Pública que se resalta que con la criminalización del tráfico de influencias simuladas por lo que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción y el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con su persecución penal⁷¹.

En este punto, la modalidad del tráfico de influencias simulada está conformada para aquellas influencias que invoca el funcionario o servidor público que son inexistentes, pero que las hace valer ante el interesado para cometer el delito. En la doctrina penal nacional se alega que este delito no hay peligro para el funcionamiento de la Administración Pública y se debe medir el medio idóneo que le cause lesión al bien jurídico tutelado. Por esto, la doctrina penal nacional considera que se debe optar por la impunidad en esta modalidad al no darse los requisitos suficientes. Sin embargo, el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CJ-116 señala que esta modalidad concuerda con el principio de lesividad y que el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la Administración Pública

⁷¹ PIMENTEL CRUZADO, Dante. *Ob. Cit.* pp. 68-69.

que se ve dañada por el agente que lucra a costa de ella. Este Acuerdo señala que el aludido delito lesiona el bien jurídico, por cuanto el sujeto activo logra hacer, dar o comprometer una ventaja económica cuando sostiene que tiene influencia en la Administración Pública; además, con este Acuerdo se cumple con la Convención contra la Corrupción de las Naciones Unidas suscrita por el Perú.

También se puede tomar como referencia interpretativa la tipicidad de los delitos de patrocinio ilegal y negociación incompatible con el cargo respecto del tráfico de influencias simulado. Según el artículo 385° del Código Penal⁷², el patrocinio ilegal requiere que el agente del delito en su calidad de funcionario público se aproveche de su cargo para patrocinar intereses particulares ante la administración pública. Como puede visualizarse, en este caso, el solo patrocinio de intereses particulares ante la Administración determina un nivel de afectación del bien jurídico administración pública. Se trata de un ámbito de protección similar al tráfico de influencias simulado⁷³ toda vez que se protege o privilegia el prestigio o la imagen de la administración frente a los ciudadanos, toda vez que si dicha conducta se normalizara (esto es, si todos los particulares requirieran de un patrocinio funcional para relacionarse con la administración) el ciudadano perdería confianza en la objetividad de la administración (verificación de una causalidad hipotética para validar la imputación objetiva del resultado).

Si tomamos como base la tipicidad del delito de patrocinio ilegal y la comparamos con el tráfico de influencias simulado, de cara a la pena prevista para este último, puede concluirse que el legislador entiende que en el tráfico de influencias simulado existe un mayor disvalor de la acción (pues la pena es mayor), de lo cual podemos interpretar que el legislador requiere o prevé una tipicidad penal más intensa en el tráfico de influencias. Así, la venta de humo tiene que ser de una entidad superior -al menos- a la que desencadena el

⁷² Patrocinio ilegal Artículo 385°.- El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

⁷³ Opina también que en el patrocinio ilegal protege el prestigio y buen nombre de la administración: ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.* pág. 434.

patrocinio de intereses particulares por parte de un funcionario en el Artículo 385° CP; es decir, el desprestigio que genera a la Administración, para adquirir relevancia penal, debe ser, al menos hipotéticamente (imputación objetiva), más lesivo. Ahora bien, teniendo en cuenta que el tráfico de influencias no es cometido por un funcionario público sino por cualquier persona resulta particularmente sintomático poder identificar conductas de particulares que cumplan con este nivel de lesividad. Más adelante aclararemos esto, pero por ahora quede anotada esta especial cercanía que requiere el tipo penal entre el particular y el bien jurídico administración pública, de modo tal que su “venta de humo” resulte de mayor lesividad que el patrocinio de interés de quien sí es funcionario público.

Respecto a la negociación incompatible con el cargo, el artículo 399° del Código Penal⁷⁴ castiga al funcionario público que indebidamente de forma directa o indirecta o por acto simulado que en provecho propio o de un tercero se interesa en cualquier operación u contrato del Estado en el que interviene por razón de su cargo. Este caso, a diferencia del anterior, marca un parámetro de semejanza “horizontal” entre afectaciones a la administración pública en razón de la similitud de las pena con el tráfico de influencias simuladas; es decir, la ilicitud generada o castigada por este tipo penal, debe indicarnos un parámetro de comparación (similar o aproximativo) con el tipo penal que venimos analizando en la tipicidad de este delito encontramos al funcionario interesado en una negociación incompatible con su cargo de lo que podemos inferir, nuevamente, que el tráfico de influencias simulado requiere que la compraventa de humo sea equiparable al interés ilícito del funcionario por el negocio incompatible.

4. Criterios adoptados por la jurisprudencia nacional que permiten (re)definir el bien jurídico “prestigio de la Administración pública”

⁷⁴ Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo Artículo 399°.- El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Sobre el caso en particular, hay poca jurisprudencia sobre el tema. La Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Resolución R. N° 76-2010-Lambayeque de fecha 03 de marzo del 2011 emitida por la Sala Penal Permanente sostiene que solo basta aducir la invocación de las influencias para comprobar el delito de tráfico de influencias específicamente corroborado mediante el testimonio de una testigo⁷⁵:

“Que, en el caso de autos, se advierte la existencia de suficiente prueba de cargo para acreditar no solo la materialidad del delito de tráfico de influencias previsto en el artículo cuatrocientos del Código Penal, sino también la responsabilidad penal de la encausada GM; que, en efecto, se cuenta con la versión reiterada y uniforme de la testigo AC, quien en su declaración de fojas doce, en presencia del señor representante del Ministerio Público, señaló que la citada encausada se comprometió ayudar a su esposo a cambio de diversas sumas de dinero; que esta información incriminatoria fue reiterada en su declaración testimonial de fojas veintinueve, en la cual narró en forma detallada el modo, forma, y circunstancias en las que la imputada le solicitó dinero para ayudar a su esposo que estaba detenido, aduciendo que tenía vínculos con efectivos policiales y Magistrados, por tanto su declaración se tornó persistente; que, dicha sindicación resulto verosímil, pues se corrobora con la declaración testimonial de JFJO esposo de la testigo AC –véase fojas nueve y treinta y tres-, quien señaló que la encausada GM le indicó a su esposo que como conocía al personal judicial y policial lo sacaría libre a cambio de que le entregue ciertas sumas de dinero y, además, fue a visitarlo al lugar donde se encontraba detenido y le ofreció ayuda dada las relaciones que tenía con la Policía y el Poder Judicial; que, a ello debe aunarse la propia declaración instructiva de la encausada GM –véase fojas treinta y cinco-, pues admitió que acompañó a la testigo AC a la Comisaría de San Ignacio e incluso aceptó haber sido alojado en el hotel ‘El Olivar’

⁷⁵ TUCTO RODIL, Carlos y FRANCIA ARIAS, José Luis. *Código Penal: Notas y Jurisprudencia*. Lima: Jurista, 2015. pág. 765.

de San Ignacio, hechos y circunstancias que fueron narrados por la testigo AC, de donde se infiere que la información incriminatoria que brindó fue lo que realmente aconteció, tanto más si el descargo que formuló frente a las contundentes imputaciones formuladas en su contra resultó contradictorio; que, por consiguiente, al haberse desvirtuado la presunción de inocencia de la encausada Guevara Martínez su condena se encuentra arreglada al mérito de lo actuado y a ley”.

En este recurso se aprecia que una de las razones principales para comprobar el delito de tráfico de influencias es la ascendencia que tiene el agente activo sobre los efectivos policiales y el juez que tiene la imputada para recibir el dinero de la testigo. Este es uno de las conductas principales del sujeto activo al invocar influencias reales o simuladas.

En esta resolución hay que tomar en cuenta la verosimilitud del ofrecimiento por parte de la imputada a la interesada al ser persistente su actitud de tener influencias sobre policías y magistrados por lo que fue verosímil su ofrecimiento de interceder por su esposo con sumas de dinero⁷⁶. Esta verosimilitud en el tráfico de influencias simuladas es fundamental ya que el traficante que las aduce le hace ver al interesado lo cercano de su relación con los funcionarios que aduce tener influencias lo que da hincapié para que el interesado lo torne como verdad y por consiguiente se concrete el ilícito.

La Sala Penal Especial B de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante el Expediente N° 017-2001 de fecha 9 de julio del 2003, explica que sola basta la

⁷⁶ Véase la Sentencia del Expediente N° 017-2001 expedida por la Sala Pena Especial B de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 25 de junio del 2004: “Que, de otro lado, también ha quedado acreditado que Montesinos Torres, se ofreció a interceder ante el Jurado Nacional de Elecciones para que se resolviera a favor de la Agrupación Chim Pun Callao, liderada por el procesado Kouri Bumachar, la apelación a la tacha interpuesta por la agrupación política Somos Perú; como el propio Montesinos Torres lo manifiesta, aunque precisa que no llegó a materializar su influencia, lo cual resulta irrelevante para que esta conducta sea sancionada penalmente, no solo porque el tipo hace referencia que la influencia puede ser simulada, sino por que de ser real, no exige la concretización del ofrecimiento”. BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto. *Jurisprudencia Penal generada en el Subsistema Anticorrupción: Corrupción Gubernamental*. Tomo I. Lima: Palestra, 2006. pág. 62

contraprestación del delito de tráfico de influencias, sean reales o simuladas, para que se materialice el delito hasta su consumación⁷⁷:

“No es suficiente para que se materialice el delito que el agente solo se limite a invocar sus influencias, sean estas reales o simuladas, ni que el vendedor de influencias las ejerza a fin de configurarse el ilícito; resulta indispensable que se haya obtenido o entregado efectiva o potencialmente la contraprestación. María del Carmen García Cantizano sostiene ‘que en el tráfico de influencias se requiere una solicitud de ventaja y un compromiso del traficante de interceder ante un funcionario público; pero no basta con la simple solicitud; por cuanto el legislador sanciona este hecho cuando ya el traficante ha obtenido la ventaja, bien de manera efectiva, o bien de manera potencial a través de una promesa’.

Agrega además que para admitir la existencia de este delito es preciso demostrar que el traficante ha recibido efectivamente una ventaja o la promesa de recibirla por cuanto de lo contrario, no solo no se habría consumado el delito, sino que ni siquiera se habría llegado al grado de tentativa”.

En este fallo de la Sala Penal Especial basta la sola invocación de las influencias reales o simuladas del funcionario o servidor público para que se configure el acto delictivo. Además, para la consumación del delito es necesario que se haya recibido la ventaja o promesa de recibir algo a cambio de esta.

La posición personal que asumo es que el autor del delito de tráfico de influencias simuladas debe mantener una relación cercana con el bien jurídico. Esa cercanía se compone de un ámbito concreto de actuación que si bien puede no significar la condición de funcionario del sujeto activo, sí lo sitúa en una actividad específica (desempeño de una labor o un rol) que al ser ejercida y ofrecida se traduce en credibilidad frente al interesado (apariencia de dominio

⁷⁷ TUCTO RODIL, Carlos y FRANCIA ARIAS, José Luis. *Ob. Cit.* pág. 766.

sobre la lesión del bien jurídico). Aun cuando esta estructura lo asemeja al delito de estafa, la diferente lesividad de la venta de humo con respecto a dicho delito patrimonial, se sustenta en que el interesado pretende afectar la administración pública mediante un acto de corrupción y, en su conocimiento, se vale del traficante para lograr dicho objetivo; adicionalmente, según venimos exponiendo, el traficante resulta ser, en este esquema, un instrumento aparentemente idóneo, útil para lograr dicho objetivo.

No cualquier sujeto, por más que no sea un funcionario público, puede afectar el bien jurídico para la comisión de este delito, pues el autor debe ostentar una especial posición frente al bien jurídico, es decir, debe estar en una especial capacidad de lesionarlo. Es importante para ello tomar como referencia los desarrollos doctrinales que sitúan al objeto jurídico concreto que se protege en este delito, como un interés vinculado con el correcto funcionamiento de la labor jurisdiccional ya sea de la administración o del Poder Judicial, pues tal encuadramiento nos permite apreciar que los sujetos capaces de llevar adelante las conductas simuladas, tienen que tener la capacidad de generar alguna credibilidad en su ofrecimiento. En tal sentido, tienen que ser personas que de alguna u otra manera ostenten una vinculación con los distintos aspectos que se ponen en marcha para un pronunciamiento judicial.

Es importante aquí hacer referencia al caso Pastor Valdivieso, a quien se le imputó cometer un delito de tráfico de influencias, debido a que al reunirse con una eventual cliente de su estudio, le dijo que podía participar en su defensa y que a él (Pastor) los magistrados que iban a conocer la causa lo iban a escuchar porque eran sus amigos.

Al margen de las diferencias que podrían comenzar a tejerse sobre un ofrecimiento a “interceder” versus un ofrecimiento de ejercer la defensa legal de una persona, lo cierto es que el caso reitera la necesidad de una “idoneidad” del ofrecimiento y del sujeto que lo realiza y a la vez permite discutir acerca de la idoneidad de los abogados para cometer delitos de tráfico de influencias (simulados) cuando el cliente recurre al abogado en el entendido de que su prestigio y notoriedad van a influir en la decisión del juez o funcionario decisor.

“En el caso del tráfico de influencias simuladas (...) no hay un peligro real de afectar la imparcialidad, objetividad o independencia del funcionario, tampoco existe un acto de corrupción, que sancione otros tipos penales. Dependiendo del ofrecimiento que se haga, solo podría existir una apariencia de corrupción de la Administración Pública. Por ello, y en atención a que existen diversos grados de afectación al bien jurídico, debe analizarse la forma en que se cometió el ilícito, la modalidad típica utilizada, la alarma social, entre otros criterios; de ahí que el profesional en Derecho podría alegar que actuó dentro del ejercicio de sus funciones, si es que las influencias simuladas que ofrece implican el uso legal de los medios y recursos para defender un derecho o permitir una actuación, pues la afectación será mínima al prestigio de la Administración Pública, por lo que, ante esa lesión menor, el interés que contiene el ejercicio de la abogacía (...) prevalecerá”⁷⁸.

El centro de gravedad en este extremo del análisis debe trasladarse al propio concepto de “influencias” es decir de factores que den lugar a que el juzgador (en sentido amplio) modifique su decisión. Las influencias simuladas, en ese entendido, tendrían que ser definidas como ofrecimientos necesariamente ilegales, es decir, factores que, contra ley, se invoquen como mecanismos para torcer la decisión del juzgador.

⁷⁸ Cfr.: Casación N° 374-2015-LIMA, de fecha 13 de noviembre del 2015, expedida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de la República.

Capítulo III

Proporcionalidad de las penas entre tráfico de influencias real y simulado

1. Contenido y alcances del principio de proporcionalidad

1.1. Conceptos de proporcionalidad

De manera general, Guzmán Dalbora considera que el principio de proporcionalidad es un límite a la actuación estatal en la imposición de sanciones y otras medidas que impliquen restringir las libertades personales, principio considerado general del ordenamiento jurídico, aplicable a la preservación y restricción de los derechos fundamentales. Indica que este principio implica la idoneidad del medio empleado respecto al fin perseguido, necesidad o mínima injerencia del medio sobre otras alternativas, una ponderación sobre la intervención del medio proporcionado al interés que se trata de proteger y por último, la proporcionalidad en sentido estricto de la relación de la pena con el delito así como la ponderación de los bienes en conflicto⁷⁹.

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal consagra el principio de proporcionalidad de la siguiente manera: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. En relación con este principio, García explica que la doctrina penal nacional entiende que el artículo VIII reconoce, en cuanto a las penas, el principio de proporcionalidad que exige que el establecimiento de las conminaciones penales y la imposición de penas tengan una relación valorativa con el hecho delictivo contemplado en la

⁷⁹ GUZMÁN DALBORA, José Luis. *La idea de proporción y sus implicaciones en la dogmática penal*. En *Política Criminal*. Volumen XII, N° 24. Talca: Universidad de Talca, Centro de Estudios Penales, 2017. pp. 1239-1240.

globalidad de sus aspectos además el límite de la responsabilidad por el hecho⁸⁰.

El principio de proporcionalidad recogido en el artículo VIII del Título Preliminar de nuestro Código Penal reconoce que las penas tengan relación valorada con el hecho delictivo en el que se debe observar todos sus aspectos, especialmente con la responsabilidad del sujeto activo por la comisión u omisión en la que se le involucra.

Desde el punto de vista constitucional, Huamán explica el principio de proporcionalidad de la pena debe encontrarse ajustada a los parámetros que la Constitución Política fija en tal sentido y que en la limitación de derechos fundamentales, debe ajustarse a los principios establecidos en la norma fundamental, en materia penal (intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad, legalidad), para que dicha afectación sea legítima. Indica que el parámetro que recoge dichos principios constitucionales y sirve para determinar si la medida a aplicar es o no legítima, es el principio de proporcionalidad ya que a través de este, tanto el legislador al momento de crear la norma (proporcionalidad en sentido abstracto) como el Magistrado al momento de aplicarla (proporcionalidad concreta), legitiman la afectación de un derecho fundamental del ciudadano, a través de los tres filtros (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)⁸¹.

Complementando esta explicación, el renombrado penalista español Santiago Mir Puig explica que el principio de proporcionalidad es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales como un límite material a toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales. Así, si toda intervención penal limita derechos, el principio de proporcionalidad en sentido amplio es un límite constitucional material fundamental que condiciona la

⁸⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. *Principio de Proporcionalidad de la Pena y de Interés Público de la Medida de Seguridad. Comentarios al Artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal*. En CASTILLO ALVA, José Luis (Coordinador). *Código Penal Comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. pp. 211-212.

⁸¹ HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim. *El Principio de Proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales*. En CALSÍN QUISPE, Néstor (Coordinador). *Derecho Penal y Procesal Penal: Delitos de Crimen Organizado*. Lima: Grijley, 2014. p. 24.

legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad. Precisa que otros límites materiales, además de la exigencia de proporción entre delito y pena, son los principios de necesidad de pena, de subsidiariedad, última ratio, fragmentariedad e intervención mínima, de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, los cuales se integran en el principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio⁸². Agrega Mir Puig que dos exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas que es la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito y que la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho. Indica que la necesidad de la proporción se funda en la conveniencia de una prevención general capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva y que esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que las que son menos. Señala que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la 'nocividad social' del ataque al bien jurídico⁸³.

El principio de proporcionalidad tiene como límite de aplicación los derechos fundamentales de la persona garantizada por la Constitución Política del Perú y también los principios constitucionales de la intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad y legalidad en norma penal legítima en su aplicación. Su aplicación, al crearse la norma (proporcionalidad abstracta), en la administración de justicia (proporcionalidad concreta), en el derecho fundamental del ciudadano es legítima a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Según Andrew Von Hirsch hay dos criterios de proporcionalidad: La Proporcionalidad Ordinal que se refiere a la comparación de penas en el que se configura con que las personas condenadas por delitos de gravedad semejante deberían recibir castigos de gravedad también semejante y que las personas

⁸² MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. En FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (Coordinadora). *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pp. 73-74.

⁸³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Décima Edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016. pág. 139.

condenadas por delitos de distinta gravedad deberían recibir castigos también graduados de acuerdo a su severidad. Indica que la exigencia de la proporcionalidad ordinal se fundamenta en la reprobación del castigo ya que castigar a uno de forma más drástica que a otro expresa una mayor desaprobación que es posible cuando el delito es más grave. Mientras que la Proporcionalidad Cardinal se basa en que existen límites a la severidad del castigo que se expresa a través de la desaprobación y que son los límites de esta además de que en este principio las convenciones sociales nos permiten decidir qué clase de castigos son admisibles y cuáles no además de que clase de sistema penal se elige por su severidad. Von Hirsch explica que manteniendo la proporcionalidad ordinal, la cardinal, esto es, el punto de anclaje de la escala penal, debe limitarse a las necesidades de prevención del sistema⁸⁴.

Huamán explica que el test de proporcionalidad está subdividido en subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Sobre el primer subprincipio de idoneidad, dice que debe verificarse si la intervención que ha de realizar el Estado es adecuada para lograr un objetivo que goza de validez constitucional. Indica que dentro de este análisis, tienen que superarse dos exigencias claras: La identificación de un fin constitucionalmente legítimo que es la razón por la cual la restricción del derecho fundamental no se encuentre prohibida por la Constitución; y tiene que verificarse que la intervención estatal es adecuada para llevar a cabo el fin legítimo propuesto que la medida a aplicar debe contribuir a la realización del fin. Precisa que en la norma penal, la superación del principio de idoneidad es casi un hecho y no reviste mayor problema ya que el fin constitucionalmente legítimo, el fin de la intervención penal es la protección de vigencia de las normas, fin que no se encuentra prohibido; y que analizando si la norma penal puede servir como un medio para lograr la protección de bienes jurídicos, la respuesta es clara si ya que se considera los efectos preventivos que la norma penal puede generar⁸⁵.

⁸⁴ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y Castigar*. Madrid, Trotta, 1998. pp. 45-46 y 83.

⁸⁵ HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim. *Ob. Cit.* pp. 26-27.

Mediante el subprincipio de idoneidad se examina si la intervención del Estado es adecuada y tiene validez en la norma constitucional. Esta intervención para la restricción de los derechos fundamentales no está prohibida o restringida por nuestra Constitución. El fin de la intervención penal es la protección de vigencia de las normas como fin legítimo y que el medio para lograr tal protección de los bienes jurídicos es para los fines preventivos de la norma penal tanto en lo social como en lo individual. En el delito del tráfico de influencias, el principio de idoneidad de la intervención del Estado es adecuada en la norma penal al proteger el bien jurídico de la Administración Pública, toda vez que se restringe un derecho fundamental como la libertad.

Sobre el segundo subprincipio de necesidad, Huamán explica que ha de entenderse que la medida por la cual el Estado se encuentra interviniendo, será la más benigna entre todas aquellas que son idóneas para alcanzar el fin propuesto. Detalla que en la norma penal se ha de determinar si la conducta penal cumple con el principio de mínima intervención en la que no todo bien jurídico precisa de una protección penal, sino que al tratarse de bienes jurídicos no tan relevantes puede prescindirse de una norma penal. Señala que dentro del principio de intervención mínima existen otros dos subprincipios, cuya comprobación es precisa de realizarse para determinar la necesidad de la conducta: El principio de subsidiariedad en el cual sólo ha de acudir a la norma penal cuando sea estrictamente necesario, siendo el último recurso al cual debe llegar el Estado para lograr la protección del bien jurídico; y el principio de fragmentariedad, el cual exige que la criminalización de una conducta penal solo ha de realizarse cuando la afectación al bien jurídico protegido sea intensa o su puesta en peligro sea grave⁸⁶.

El subprincipio de necesidad se aplica cuando el Estado interviene, es decir, para determinar si la medida adoptada por este es necesaria para alcanzar el fin propuesto. En la norma penal, esta medida se da con el principio de mínima intervención, ya que al ser bienes jurídicos irrelevantes o afectaciones leves al bien jurídico se puede excluir la norma penal. El subprincipio de necesidad se

⁸⁶ HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim. *Ob. Cit.* pp. 27-28.

subdivide a su vez en dos principios: el principio de subsidiariedad, en el que solo se acude a la norma penal cuando sea estrictamente necesaria y como último recurso para lograr la protección del bien jurídico; y el principio de fragmentariedad, en el cual la criminalización de una conducta ilícita solamente se hace cuando la afectación al bien jurídico sea intensa o su puesta en peligro sea grave. En relación con el delito de tráfico de influencias, el principio de necesidad es adecuada a este tipo de delito porque el bien jurídico a proteger es la Administración Pública en general, mientras que el bien jurídico específico es el prestigio de esta administración frente a la actuación de los funcionarios o servidores públicos que estén conociendo casos judiciales o administrativos. También hay que tomar en cuenta que en este delito se pone en peligro el bien jurídico Administración Pública.

Respecto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, Huamán explica que tiene tres fases: la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Precisa que una vez realizada la valoración de las tres fases es que se podrá crear lo que vendrá a ser la regla de procedencia condicionante. Indica que el primer paso es definir el grado de afectación de los derechos fundamentales en tres niveles: 'afectación leve', 'afectación media' y 'afectación intensa'; el segundo es acudir a la fórmula de los pesos que ella asigna un determinado valor a la afectación de los derechos fundamentales, siendo que existirían tres factores fundamentales para poder realizar la ponderación: el peso abstracto del principio (cuánto vale el principio en la sociedad concreta), el peso concreto del mismo (cuál es el peso de la afectación: intensa 3, media 2, y leve 1), y la seguridad de la afectación del principio (certeza de que el principio será afectado); y el tercer paso es la carga argumentativa, que se da cuando existe una igualdad en los resultados numéricos producidos en la fórmula de los pesos. Considera que este paso podría reformularse, siendo reemplazado por un ejercicio argumentativo (la obtención de un mayor beneficio para la sociedad) sino que opta por una fundamentación basada en la consecuencia de la resolución del conflicto de derechos⁸⁷.

⁸⁷ HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim. *Ob. Cit.* pp. 28-31.

Huamán concluye sobre el principio de ponderación que el análisis de ponderación para el conflicto de derechos fundamentales se realizará de la siguiente forma: i) Se ha de determinar las magnitudes que han de ser ponderadas, con lo cual se ha de verificar la importancia del derecho fundamental restringido y la importancia del fin que se busca con la intervención (Determinación del grado de afectación del derecho fundamental). ii) El segundo punto es comparar ambas magnitudes, a efectos de determinar si la importancia del fin perseguido es mayor a la importancia de la intervención en el derecho fundamental (Análisis económico de los efectos). Señala que sobre estos resultados del segundo punto se ha de construir una regla de precedencia condicionada, es decir, que la magnitud más importante se coloca sobre la segunda, pero con efectos para el caso concreto⁸⁸.

El tercer subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto está formado por tres etapas. La primera etapa es definir el grado de afectación de los bienes jurídicos en leve, media e intensa. La segunda etapa es la fórmula de los pesos, en el que se asigna un determinado valor a la afectación de los derechos fundamentales sobre la base de la existencia de tres factores: el peso abstracto del principio, el peso concreto del mismo y la seguridad de la afectación del principio. La última etapa es la carga argumentativa, mediante la que se adopta dar una fundamentación basada en la consecuencia de la resolución del conflicto de derechos. Las magnitudes han de ser ponderadas con la examinación del derecho fundamental restringido y la importancia de la intervención en el que posteriormente se tiene que hacer la comparación de ambos si el fin es mayor a la intervención del derecho fundamental para efectos en el caso particular. En relación al delito de tráfico de influencias, el principio de proporcionalidad tiene en cuenta que en este delito se afecta el bien jurídico de forma intensa como es la Administración Pública, que el bien jurídico Administración Pública tiene peso en base al valor que se determina en detrimento de los valores fundamentales del individuo y que el bien jurídico de la Administración Pública es la comparación que hay entre el derecho fundamental y la intervención que se tiene al proteger el bien jurídico.

⁸⁸ *Ibíd.* pp. 31-32.

García explica así el principio de proporcionalidad y la función del derecho penal que la gravedad de la pena no puede atender únicamente a la mayor o menor probabilidad de realización de un delito, sino que debe tener en consideración otros aspectos. Señala que la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho cometido constituye precisamente uno de estos aspectos que permiten salvaguardar a la persona de los excesos de la sociedad. Precisa que las posibilidades de justificación del principio de proporcionalidad de las penas no se limitan a puntos de partidas preventivos, sino que también dan cabida a una comprensión restabilizadora del Derecho Penal. Detalla que la pena tiene la función de devolver la vigencia social a una expectativa normativa de conducta defraudada⁸⁹.

García Cavero concluye que para cumplir esta función restabilizadora, el efecto comunicativo de la pena debe ajustarse al hecho que transmitió el mensaje de que la expectativa normativa no regía y en esta relación comunicativa aparece la proporcionalidad de la pena con el hecho. Señala que la cantidad de pena necesaria para restabilizar la expectativa defraudada se encuentra determinada por la gravedad de la defraudación lo que no impide reducir tal cantidad por otras razones sociales atendibles. Indica que la redacción del artículo VIII permite este proceder, en tanto establece el límite de la proporcionalidad solamente hacia arriba y que en cualquier caso no puede admitirse es que se restabilice una expectativa defraudada con un mecanismo que no guarda ninguna relación comunicativa con el hecho que motivó la defraudación. Detalla que la pena debe no solo ser cualitativamente una comunicación penalmente relevante sino que cuantitativamente debe ajustarse al hecho defraudador⁹⁰.

La función del principio de proporcionalidad en el derecho penal es trascendental, ya que la pena tiene que restaurar la vigencia de la norma social que ha sido afectada por la conducta delictiva. Esta conducta debe corregirse mediante el principio de proporcionalidad respecto a la relación de la pena con el hecho. La pena debe ajustarse cualitativamente a una sanción penalmente

⁸⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Ob. Cit.* pp. 215-216.

⁹⁰ *Ibid.* pp. 216-217.

relevante y cuantitativamente con el hecho que debe ajustarse a la conducta delictiva cometida por el sujeto activo.

Villavicencio explica la importancia del principio de proporcionalidad en que jerarquiza las lesiones y establece un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas relacionadas a cada conflicto criminalizado, además que mantiene una adecuada relación con el fin preventivo. Indica que sirve para impedir penas superiores a dicha proporción, pero debe permitirse siempre al juez la posibilidad de reducir la pena e incluso sustituir las penas de prisión por otras más leves, o llegar a prescindir de la pena como tal⁹¹.

La importancia del principio de proporcionalidad radica en que establece la importancia de las lesiones ocasionadas al bien jurídico y establece una magnitud establecida con las penas relacionadas a cada conducta criminal para establecer un fin preventivo.

Por lo que se refiere a la vigencia del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, García dice que la proporcionalidad de la intervención del Estado en la solución de conflictos no se encuentra recogida de manera expresa como principio general en la Constitución Política peruana y que se hace mención de ella en el artículo 200° a propósito de las acciones de garantía en la que se establece que en caso de derechos restringidos o suspendidos, el órgano judicial competente examinará la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. Señala que el Tribunal Constitucional ha derivado de la idea del debido proceso material recogido en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, la necesidad de una razonabilidad y proporcionalidad entre el hecho y la sanción, aunque en el marco de un proceso disciplinario. Considera que no ve razones que impidan extrapolar esta conclusión al ámbito del Derecho Penal, por lo que puede decirse que el principio de proporcionalidad en el Derecho Penal se encuentra comprendido en las reglas del debido proceso constitucionalmente protegido⁹².

⁹¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. Cit.* p. 117.

⁹² GARCÍA CAVERO, Percy. *Ob. Cit.* p. 217.

En nuestra Constitución Política se hace mención a este principio en los artículos 139° numeral 3 y 200°. En el caso del artículo 200° sobre las acciones de garantía constitucional, dicho artículo establece que la autoridad jurisdiccional debe examinar los derechos restringidos o suspendidos con razonabilidad y proporcionalidad. Por su parte, el numeral 3 del artículo 139° señala que debe haber una razonabilidad y proporcionalidad entre el hecho y la sanción en el marco del derecho administrativo disciplinario. Por mi parte, comparto la posición de García, es decir, en el que estos supuestos de aplicación de los artículos 139° numeral 3 y 200° se debe extrapolar en el derecho penal.

García explica que hay parámetros para determinar los parámetros de la proporcionalidad, como la gravedad del hecho delictivo y la gravedad de la pena. Sobre la gravedad del hecho delictivo dice que la percepción naturalista de las cosas llevó a que la proporcionalidad con el hecho delictivo se entendiera como una igualdad matemática del daño producido por el delito y el daño infligido como castigo al autor. Indica que posteriormente con el desarrollo del pensamiento originó la relación entre el autor y su hecho. Señala que la previsibilidad del resultado, la intención y las condiciones sociales en las que se encontraba el sujeto, empezaron a ser tenidos en cuenta para precisar la gravedad del hecho además que ha pasado a depender de una valoración social del mismo. Precisa que el hecho debe apreciarse en todos sus aspectos socialmente relevantes, pero debe precisarse que esta valoración debe configurarse objetivamente y no estar afectada por situaciones de miedo y ansiedad de la población. Indica que sobre la gravedad de la pena se acepta cada vez más que la gravedad de la misma tiene claros condicionamientos culturales ya que en la sociedad moderna existe una tendencia que, bajo el llamado principio de humanidad de las penas, intenta excluir del espectro de reacciones penales del Estado, penas especialmente denigrantes o desintegradoras. Detalla que la privación de la libertad se ha constituido en la forma de reacción penal que se ajusta a los delitos más graves⁹³.

⁹³ GARCÍA CAVERO, Percy. *Ob. Cit.* pp. 221-222.

Complementando esta explicación, el penalista venezolano Núñez explica que las implicaciones y el contenido del principio de proporcionalidad, debe partirse de la siguiente idea: la libertad es un valor fundamental del ordenamiento jurídico, el cual se enmarca en un modelo de Estado social, democrático, de Derecho y de justicia, así como también constituye un derecho fundamental y que el Estado tiene el deber de asegurar el máximo nivel de libertad y bienestar de sus ciudadanos, protegiendo los bienes jurídicos de estos frente a las agresiones más lesivas. Indica que para tal función, debe acudir a mecanismos coactivos, entre los cuales se encuentra el Derecho penal, el cual impacta en la esfera de libertades de los sujetos. Señala que para proteger las libertades de los ciudadanos, utilizando al mínimo posible el Derecho penal, ello en virtud de esta aflicción que ocasiona a las libertades⁹⁴.

En relación con la gravedad del hecho delictivo, debe tomarse en cuenta la previsibilidad del resultado, la intención y las condiciones sociales del sujeto, así como la valoración social de este para la proporcionalidad de la pena para poder configurarse objetivamente, por lo que si es afectada por situaciones de alarma social y por razones políticas se estaría transgrediendo este principio. En cuanto a la gravedad de la pena, está condicionada culturalmente, por lo que en el Estado de Derecho que vivimos la privación de la libertad es la pena que se ajusta a los delitos más graves porque se ajusta al principio de humanidad de las penas.

Villavicencio explica el principio de proporcionalidad desde una perspectiva político-criminal ya que tiene otras acepciones: proporcionalidad abstracta (sólo pueden ser objeto de sanción penal conductas que constituyen violaciones a derechos humanos) y principio de proporcionalidad concreta (los costos sociales que origina la pena son elevados, entendido no en su contenido económico, sino en sus consecuencias sociales para el procesado). Indica que estos aspectos deben ser observados para distinguir el principio de proporcionalidad de las penas, en dos sentidos: la necesidad misma que la

⁹⁴ NÚÑEZ SÁNCHEZ, Jorge. *Incidencias del principio de proporcionalidad en la individualización de la pena*. En *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas*. N° 29. Mérida: Universidad de Los Andes. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Enero-diciembre 2010. p. 172.

pena sea proporcionada al delito y la exigencia que la medida de la proporcionalidad de la pena se fije en función a la importancia social del hecho⁹⁵.

El principio de proporcionalidad tiene dos significados para la política criminal: la proporcionalidad abstracta, según la cual solo pueden ser objeto de la sanción penal las conductas que se constituyen ilícitas en el ordenamiento jurídico; y la proporcionalidad concreta, en el que los costos sociales que origina la pena son elevados para el imputado. Estos aspectos se utilizan para diferenciar el principio de proporcionalidad de las penas, en el que la necesidad de la pena sea proporcional al delito, y la exigencia de que la proporcionalidad de la pena se ajuste a la importancia social del hecho.

1.2. La relación entre lesividad y penas

Meini nos explica que la legitimidad de la pena no se termina en la legitimidad de la norma de conducta, sino abarca también su determinación. Indica que el principio de proporcionalidad, deberá admitir que la pena debe responder conjuntamente a la gravedad del injusto cometido (responsabilidad por el propio hecho) y a las necesidades sociales de pena que puedan existir al momento de su imposición y durante su ejecución por lo que afirma que la pena es retributiva si el presupuesto de la norma de sanción es la infracción de la norma de conducta, y todos los aspectos para su determinación encuentran ahí su origen. Precisa que la pena es una reacción coercitiva y desvalorada que se impone al responsable de dicho acto que es el delincuente que sigue estando obligado como ciudadano a contribuir en el proyecto común de convivencia pacífica a costa de padecer la imposición de la pena⁹⁶.

La legitimidad de la pena está relacionada con el principio de proporcionalidad, ya que cuando el agente realiza la comisión de un presunto delito este es retribuido con una pena acorde con la conducta realizada. La pena está

⁹⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. Cit.* p. 118.

⁹⁶ MEINI MÉNDEZ, Iván. *La Pena: Función y Presupuestos*. En CALSÍN QUISPE, Néstor (Coordinador). *Derecho Penal y Procesal Penal: Delitos de Crimen Organizado*. Lima: Grijley, 2014. pp. 124-125.

relacionada con la magnitud del injusto cometido vinculado con la responsabilidad del delincuente y las necesidades sociales que conlleva esta para la armonía en la sociedad. Hay que tomar en cuenta que la pena es la reacción coercitiva del Estado para castigar conductas catalogadas como delitos en el ordenamiento legal.

Vilajosana dice que esta legitimidad tiene que ver con la justificación retribucionista de la pena ya que quien la propugne la justificación tendrá que defender los principios de proporcionalidad y de igualdad por lo que cada delincuente deberá ser retribuido penalmente en función de la gravedad de su delito, dado que eso constituye justicia y que es el principio de proporcionalidad. Indica que el principio de igualdad supone tratar de igual modo a los que han realizado actos similares, lo cual significa que las penas correspondientes tienen que ser aplicadas con independencia del estatus social o personal tanto de los delincuentes como de las víctimas; a igual delito, igual pena⁹⁷.

Se reafirma que la pena es la medida proporcional e igualitaria que tiene el Estado para retribuir a los ciudadanos que cometan delitos en el ordenamiento legal en función de la gravedad de los crímenes cometidos. Es resaltante que se aplique el principio de igualdad para que las penas sean aplicadas independientemente de la clase social o condición personal tanto de los delincuentes como de las víctimas a razón de “a igual delito, igual pena”.

La relación entre la lesividad y la pena está relacionada con el principio de proporcionalidad, ya que este se relaciona con la retribución de la pena según el delito cometido por el agente en cualquier ordenamiento legal. Todo esto conlleva a una armonía con la sociedad y las necesidades sociales debido a que se encuentra legitimada por la misma sociedad. Esta última está encaminada por el Estado en los diversos comportamientos que figuran como delito y a la magnitud del daño que es apreciado por la sociedad.

⁹⁷ VILASOJANA, Josep María. *Las Razones de la Pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. pág. 32.

Respecto al delito de tráfico de influencias, la relación entre lesividad y penas tiene que ver con el principio de proporcionalidad en relación a la conducta cometida en este tipo de delito. El bien jurídico protegido es la Administración Pública, que es un bien de carácter colectivo regulado en el artículo 400° del Código Penal. Este artículo, como todos los artículos del Código Penal, relaciona la responsabilidad del agente por el injusto cometido y la necesidad de la armonía social en retribución de la pena. La pena en este delito puede variar cuando el agente es funcionario o servidor público.

Echando mano del concepto de proporcionalidad ordinal de Von Hirsch, reseñado previamente, debemos tener presente que la pena del tráfico de influencias simulado requiere que sea reprimido de acuerdo al daño causado por la conducta ilícita ya que de allí su represión es menor que el tráfico de influencias real. Al respecto, ya hemos dejado sentado que la lesividad del tráfico de influencias requiere, comparativamente hablando de una mayor lesividad que el delito de patrocinio ilegal y de una lesividad similar a la negociación incompatible. Asimismo, es un delito cuya ilicitud es de mayor intensidad que una simple estafa, aunque también es de verse que se trata de una suerte de tentativa inidónea de un delito de corrupción de funcionarios. Claro está que, al parecer, en este caso, el legislador penal ha preferido sancionar la tentativa inidónea, a contracorriente de lo que establece el Artículo 17° del CP. En este caso específico, la previsión de la parte especial ha de primar sobre la regla de la parte general, claro está, inaplicándola para este supuesto concreto.

¿Es justificado este tratamiento (intensidad) punitivo del tráfico de influencias simulado en relación con otros tipos penales?

En mi opinión, está justificado este tratamiento punitivo que se le da al tráfico de influencias simulado al causar menor lesión al bien jurídico del prestigio de la Administración Pública que el que invoca tener influencias reales porque se considera que el agente al invocar estas influencias simuladas al interesado daña al encontrarse más cercano al círculo en el que está cercano a él en los casos judiciales o administrativos. Por lo que su relación con las figuras

penales de patrocínio ilegal y negociación incompatible con el cargo están relacionados a que se protegen en estos el bien jurídico de la Administración Pública.

1.3. La relación entre culpabilidad y penas

Jescheck considera que la pena solo debe estar basada en la constatación judicial de que el hecho puede reprocharse al autor ya que de dicho principio resulta que la pena requiera de la existencia de culpabilidad de manera que quien actúa sin ella resulta impune (culpabilidad como base de punibilidad) y que la pena no deba resultar desproporcionada en relación con la culpabilidad (culpabilidad como límite de la punibilidad). Precisa que en cuanto a la determinación de la pena, el principio de culpabilidad supone que la misma debe ser proporcional a la culpabilidad del autor además que debe tenerse en cuenta otros factores como los efectos de la pena en la integración del autor en la sociedad (prevención especial) o la repercusión que la pena produce en la sociedad (prevención general)⁹⁸.

La relación de la culpabilidad y las penas es explicada así por Righi como la responsabilidad del autor de un hecho antijurídico, cuando le falta la disposición para motivarse conforme a la norma correspondiente, y éste déficit no se puede hacer entendible sin que afecte la confianza general en la norma. Indica que la culpabilidad por un comportamiento antijurídico, es definida como responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, por lo que supone falta de fidelidad al derecho. Señala que sobre la base de que la pena se limita a asegurar el orden social, en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si existe para la imputación del autor, una alternativa de organización que sea preferible ya que la inexistencia de una alternativa de organización, determina que se asigne al autor una alternativa de comportamiento, y se le reproche que no la haya utilizado. Precisa que este

⁹⁸ JESCHECK, Hans Heinrich. *El Principio de Culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el Derecho Alemán y Español*. En *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. N° 9. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, Diciembre 1995. pág. 26,

concepto de culpabilidad configurado funcionalmente conforme a determinados principios derivados de la teoría de la prevención general positiva⁹⁹.

La responsabilidad del autor de un delito calificado como hecho antijurídico afecta la confianza general en la norma, ya que la culpabilidad es definida como un déficit de motivación en el ordenamiento jurídico dominante. La función de la pena es asegurar el orden social y la culpabilidad: según la configuración funcional la pena es producto de la regulación conforme a los principios de la teoría de la prevención general positiva, base sobre la que está construida la sociedad.

Demetrio dice que la función de la culpabilidad reside además, en cuanto a la concreta pena a imponer, en fijar el límite superior que en ningún caso puede ser rebasado por motivos preventivos. Precisa que partir de una visión preventiva (protección de bienes jurídicos) del Derecho Penal del hecho, en el marco de la culpabilidad por el hecho, supone admitir que sí es posible rebasar el supuesto límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad pero que a partir de otras concepciones (hegeliano-retributivas) conduce a afirmar lo contrario ya que algo así no se movería en el marco de lo necesario para la estabilización de la norma¹⁰⁰.

La pena no debe ser rebasada y se debe adecuar a la culpabilidad del autor por el delito cometido. Sin embargo, existe el peligro, por razones de prevención general, que se agrave debido a que se extralimita con el límite mínimo de la pena adecuada a la culpabilidad. Este tipo de concepción está relacionado con la protección de los bienes jurídicos, como son en los casos de delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la libertad sexual y contra la Administración Pública.

En el delito del tráfico de influencias, la pena se agrava, incluyendo la inhabilitación, conforme al artículo 36° del Código Penal cuando el agente es

⁹⁹ RIGHI, Esteban. *Teoría de la Pena*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. pp. 116-117.

¹⁰⁰ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Culpabilidad y Fines de la Pena: Con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Lima: Grijley, 2008. pp. 101-102.

funcionario o servidor público, por la calidad del agente en razones de prevención general para la protección del bien jurídico de la Administración Pública. La pena es distinta cuando el aludido delito es cometido por cualquier persona.

Ahora bien ¿es adecuado desde el punto de vista de la proporcionalidad que venimos analizando que el tráfico de influencias simulado tenga una pena igual que el tráfico de influencias real? Desde el punto de vista del conocimiento de las circunstancias concretas que rodean al hecho del interesado, la respuesta sería que no. Independientemente de que el traficante venda influencias reales o simuladas, el interesado las compra con la finalidad de verse beneficiado en el trámite en el que se encuentra incurso. Desde esa perspectiva, no habría justificación para un diferente tratamiento en la consecuencia punitiva.

Es más bien en la valoración de la conducta del vendedor de humo donde se aprecia un tratamiento diferente. Mientras que en el tráfico de influencias reales las razones por las que el traficante no concreta el acto de corrupción son diversas, en el tráfico de influencias simuladas es claro que el vendedor de humo ha birlado al interesado. Ya hemos explicado que no es una conducta cuya lesividad se agote en la mera estafa, pues existen intereses públicos que rodean a la conducta típica, pero es indudable que el nivel de cercanía con la afectación a la administración pública es menor que respecto de las influencias reales.

Creemos por ello, que en el caso de las influencias simuladas, desde el punto de vista de la proporcionalidad, debe hacerse un balance global de la lesividad la conducta del interesado en su encuentro con la del vendedor de humo y comparar dicha lesividad con la que se genera entre el encuentro del interesado y el traficante de influencias reales. Al comparar ambos supuestos desde el prisma de la proporcionalidad, se aprecia el menor impacto del primero respecto del segundo, sobre el bien jurídico administración pública.

2. Tratamiento de las penas en los tipos penales

2.1. Justificación de trato similar ¿se justifica?

Según el artículo 400° del Código Penal, se entiende que el delito de tráfico de influencias puede ser cometido por cualquiera que tenga influencias reales o simuladas, por lo que se tipifica dos tipos de modalidades de la pena. La pena privativa de libertad es no menor de cuatro años ni mayor de seis; inhabilitación según los numerales 2, 3, 4 y 8 del artículo 36° del Código Penal; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. En el tipo base, el agente es una persona particular y el delito puede ser cometido por cualquiera.

La modalidad agravada es cometida por el funcionario o servidor público cuando conoce un caso judicial o administrativo y alega tener influencias reales o simuladas. La pena privativa de libertad es no menor de cuatro años ni mayor de ocho; inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 8 del artículo 36° del Código Penal; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa en el tipo agravado.

Se nota que en este artículo las dos modalidades de alegar influencias reales o simuladas tienen la misma pena. En este aspecto, la pena no es acorde al principio de proporcionalidad de las penas conforme a los autores que se han citado en la presente investigación, ya que sobrepasa la responsabilidad por el hecho delictivo, por lo que en la segunda modalidad, aunque este afectando al bien jurídico de la Administración Pública, no está lesionando realmente como la primera modalidad de las influencias reales. La modalidad de las influencias simuladas tiene menos lesividad que la modalidad de las influencias reales.

Es importante entender que el Recurso de Nulidad del Expediente N° 1280-2011-Huancavelica, emitida por la Sala Penal Permanente de fecha 10 de mayo del 2012 dice sobre la naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias en cuanto al cargo del agente:

“(…) [E]l modelo peruano de tráfico de influencias es una expresión jurídico-penal de corrupción sin vinculación funcional que contempla el esquema de la modalidad de corrupción relevantes, por tanto

respecto a la vinculación funcional, la norma penal no requiere que el autor del delito, en este caso de ser éste funcionario o servidor público, se halle en una especial colocación con la administración pública, por lo que permite extender el círculo de autores a cualquier funcionario o servidor público que invoque influencia y reciba cualquier medio corrupto de ofrecimiento de interceder, la cual el traficante no viola obligaciones en función al cargo o sus atribuciones, sino que está simplemente buscando una posición de ventaja que le da su *status* (...). Por tanto, es de indicar que el delito en estudio es de mera actividad en la cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de su conducta, sin importar el resultado material, ni el hecho que las influencias sean reales o simuladas”.

La Sala también indicó que el trato de la modalidad real o de la modalidad simulada sanciona el comportamiento del sujeto activo cuando dicho comportamiento es de mera actividad sin importar el resultado material de su ejecución. En pocas palabras, la pena está determinada por la ejecución de la conducta del agente, sea cualquier persona o funcionario público, y sin importar la modalidad al que se adecúa este delito en el artículo 400° del Código Penal.

2.2. Justificación de trato diferenciado

El trato diferenciado tiene que ver con la calidad del agente, ya que el que alega tener influencias reales o simuladas es el funcionario o servidor público, conducta que está tipificada en el segundo párrafo del artículo 400° del Código Penal según el cual la pena privativa de libertad es no menor de cuatro años ni mayor, por lo que es una circunstancia agravante cualificada. En este caso, el funcionario o servidor público es el principal agente del delito al no proteger la imparcialidad en los casos judiciales o administrativos de sus funciones, es idónea porque quien lo comete es una persona inmersa en la Administración Pública en su calidad de circunstancia agravante cualificada y es estrictamente proporcional porque la agravante cualificada se debe a que el agente es funcionario o servidor público.

En el artículo 400° de nuestro Código Penal no está reflejado el principio de igualdad ante la ley porque las dos modalidades indistintamente castigan al sujeto activo con la misma pena por el delito de tráfico de influencias en sus modalidades reales o simuladas. En este aspecto se aprecia la peligrosidad social de este delito en la sociedad, pero no hay una equivalencia cuando se considera que el daño al bien jurídico es menor en las influencias simuladas que en las influencias reales.

El principio de proporcionalidad de las penas en el artículo 400° de nuestro Código Penal debe ser equivalente al daño que ha causado el agente activo de acuerdo a la modalidad. Ya hemos explicado que una valoración global de la ilicitud generada por la venta de influencias simuladas es comparativamente menor que cuando se trata de influencias reales.

Respecto a la calidad del agente, el Recurso de Nulidad del Expediente N° 4166-2004-Lima emitida por la Primera Sala Penal Permanente de fecha 27 de abril del 2005 dice sobre el principio de igualdad ante la ley en los delitos contra la administración pública relacionado con el trato diferenciado en estos delitos:

“[La] participación de los *particulares* en los delitos especiales de infracción del deber se fundamenta en virtud de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico administración pública, es decir, en la infracción del *deber de no dañar*, esto es, que la administración puede ser dañada no sólo por los *intraneus* que se encuentran en una situación prevalente en relación al bien jurídico, sino también por los particulares que se encuentran fuera del sistema administrativo; de ahí que ambos responden como partícipes por haber generado riesgos prohibidos; de este modo es como se materializa el principio constitucional de igualdad ante la ley, y por ende a ser sancionados sin prelación alguna: los funcionarios públicos como autores y los segundos como partícipes; que, tampoco se violenta el *principio de legalidad*, pues, si bien ello impide que los particulares sean considerados autores de delitos especiales (por que los tipos solo se

dirigen a los funcionarios, salvo la corrupción del artículo 400° del Código Sustantivo en que puede ser cometido por cualquiera), *no restringe la participación* de ambos en la comisión de un delito especial; que la *calidad de agente no tiene relevancia en las reglas de participación*; el estatus de *intrañeus* sólo es importante para los efectos de la autoría, en cambio, en la *participación lo que determina la imputación es la creación de riesgos de peligro o de lesión sobre el bien jurídico*".

Complementando esta acotación, el Recurso de Nulidad del Expediente N° 4097-2008-Santa emitida por la Sala Penal Transitoria de fecha 28 de enero del 2018 detalla sobre la modalidad del delito de tráfico de influencias en cuanto al peligro abstracto lo siguiente:

"[Corresponde] puntualizar que la no verificación de lo afirmado, ostentado y prometido por el encausado no permite concebir los hechos resultantes como atípicos, pues recuérdese que el delito de tráfico de influencias previsto en el artículo 400° del Código Penal, (...) es un delito de peligro abstracto, pues no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo; es pues un delito de mera actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material; de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas (...)"

El principio de lesividad no se cumple en el artículo 400° del Código Penal cuando se trata de modalidades diferentes. El daño al bien jurídico es menor en la modalidad de las influencias simuladas, por lo que la pena debe estar acorde con la lesión causada al bien jurídico.

Mi posición sobre este aspecto es que debe hacerse una nueva reforma al artículo 400° de nuestro Código Penal para que se distinga las modalidades de influencias reales o simuladas y sobre la base del principio de proporcionalidad

de la pena y la lesividad en cuanto a la pena a ejecutarse en las modalidades de este delito.

2.3. Toma de postura: El tipo penal de tráfico de influencias simulado afecta el principio de proporcionalidad

Como se desarrolló en este capítulo, el tipo penal de tráfico de influencias simulado afecta el principio de proporcionalidad al tener este la misma pena que el tráfico de influencias simuladas. Esto no debe ser así ya que de esta manera no se está ponderando adecuadamente la magnitud del daño ocasionado, además de que la conducta no es la misma ya que si bien el tráfico de influencias simulado afecta o pone en peligro el prestigio de la Administración Pública esta le causa menor dañosidad que el tráfico de influencias reales.

Es por este motivo que el artículo 400° del Código Penal, como está redactado actualmente, tiene que ser reformado distinguiéndose cada uno de los comportamientos delictivos de tráfico de influencias y teniendo en cuenta que el tráfico de influencias reales tiene mayor lesividad que el tráfico de influencias simuladas por lo que el principio de proporcionalidad en este delito se debe realizar con las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto por lo que el trato de este delito se debe realizar de manera diferenciada.

Conclusiones

- La posición ecléctica de la doctrina nacional sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias es la más adecuada, en tanto permite diferenciar entre la modalidad de tráfico de influencias reales con la modalidad de tráfico de influencias simuladas puesto que la primera afecta el recto funcionamiento de la Administración Pública en su forma genérica, mientras que la segunda, de manera específica, el prestigio e imagen de la Administración Pública.
- En esa misma línea se encuentra la jurisprudencia orientada por los criterios establecidos por el Acuerdo Plenario N° 3-2015, que asume que el bien jurídico a proteger en el delito de tráfico de influencias simulado es el prestigio de la Administración Pública que, de acuerdo a las circunstancias y el contexto actual, es un bien jurídico valioso para mantener el orden y la institucionalidad.
- En el delito de tráfico de influencias simuladas la intervención se encuentra legitimada en la medida en que protege un valor jurídico relevante como es el prestigio de la Administración Pública. En caso de que el accionar del traficante fuese simulado, tiene la potencialidad de dañar la imagen de las instituciones estatales, por lo que adquiere las características de un tipo de peligro abstracto.
- Debe existir un trato diferenciado en el delito de tráfico de influencias. El daño al bien jurídico es mayor cuando el agente que las invoca ostenta estas influencias de modo real. El daño al bien jurídico en el delito de tráfico de influencias simuladas es de menor lesividad que en la anterior modalidad, lo que debería conducir a un tratamiento punitivo diferenciado.

Recomendaciones

- Modificar el artículo 400° del Código Penal sobre el delito del tráfico de influencias. Esta modificación se hará de acuerdo a la modalidad empleada por el agente al realizar la conducta ilícita. Al respecto, se propone el artículo 400°-A sobre la modalidad del tráfico de influencias simulado. Se aplicará los principios de proporcionalidad y lesividad por el daño causado al bien jurídico protegido, que no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración Pública de manera general, y de forma específica que es el prestigio de esta que tiene en la ciudadanía. Hay que acotar que esta modificación debe ser acorde con los instrumentos internacionales de la represión contra la corrupción.
- El costo para el cambio de este proyecto de ley será agregar el artículo 400°-A partiendo del artículo 400° para así diferenciar la modalidad del tráfico de influencias reales de las simuladas. El beneficio constituye el dar una respuesta punitiva proporcional a la naturaleza del delito, puesto que el tráfico de influencias real no podría tener la misma sanción que el tráfico de influencias simulado. Con dicha modificación, además, se logrará hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley, puesto que situaciones diferentes deben tener también una respuesta o sanción distinta.

Proyecto de Ley

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS: Conforme a que el Perú es signatario de la Convención contra la Corrupción de las Naciones Unidas y en armonía con la Constitución y el Código Penal, se expone que esta modificación es para una óptima sistematización acorde a las dos modalidades en el tráfico de influencias, como son la invocación por parte del agente de las influencias reales y de las influencias simuladas. La modalidad del tráfico de influencias reales va a mantenerse en el artículo 400° manteniendo las penas, la inhabilitación y el agravante cuando lo comete el funcionario público. La modalidad del tráfico de influencias simuladas se agrega al artículo 400°-A en el que por su menor dañosidad se reduce la pena, la inhabilitación y el agravante conforme a los principios de igualdad ante la ley, lesividad y proporcionalidad.

ARTÍCULO ACTUAL

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.

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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

ARTÍCULO MODIFICADO

Artículo 400°.- Tráfico de Influencias Reales

El que, invocando o teniendo influencias reales, 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.

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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Artículo 400°-A.- Tráfico de Influencias Simuladas

El que, invocando influencias 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 tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36°; y con ciento cincuenta a doscientos 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 siete años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos a setecientos días-multa.

Bibliografía

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2003.
2. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2014.
3. BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto. *Jurisprudencia Penal generada en el Subsistema Anticorrupción: Corrupción Gubernamental*. Tomo I. Lima: Palestra, 2006.
4. BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. *Temas de Derecho Penal*. Tomo 4. Lima: SP Editores, 1988.
5. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas*. Tomo I. Lima: ARA, 2004.
6. CERVANTES ANAYA, Dante. *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Rodhas, 2013.
7. CHANJAN DOCUMET, Rafael H. "El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública", en *Revista Derecho Penal y Criminología*. Volumen 38, N° 104. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2017.
8. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Culpabilidad y Fines de la Pena: Con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Lima: Grijley, 2008.
9. FERREIRA DELGADO, Francisco José. *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Temis, 1995.
10. FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública: Delitos cometidos por particulares*. Quinta Edición. Lima: Ediciones Legales, 2017.
11. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunas consideraciones sobre el Delito de Tráfico de Influencias: Al amparo del principio de legalidad en materia penal*. En *Actualidad Jurídica: Información Especializada para Abogados y Jueces*. Tomo 102. Lima: Gaceta Jurídica, Mayo 2002.
12. GARCÍA CAVERO, Percy. *Principio de Proporcionalidad de la Pena y de Interés Público de la Medida de Seguridad. Comentarios al Artículo VIII*

- del Título Preliminar del Código Penal*. En CASTILLO ALVA, José Luis (Coordinador). *Código Penal Comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
13. GUIMARAY MORI, Erick. *Sobre el Bien Jurídico en el Delito de Tráfico de Influencias peruano*. En GOITE PIERRE, Mayda (Coordinadora). *Globalización, Delincuencia Organizada, Expansionismo Penal y Derecho Penal Económico en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Doctor Juan María Terradillos Basoco*. La Habana: Unión de Juristas de Cuba, 2015.
 14. GUZMÁN DALBORA, José Luis. *La idea de proporción y sus implicaciones en la dogmática penal*. En *Política Criminal*. Volumen XII, N° 24. Talca: Universidad de Talca, Centro de Estudios Penales, 2017.
 15. HORMÁZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: El objeto protegido por la norma penal*. Lima: IDEMSA, 2005.
 16. HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim. *El Principio de Proporcionalidad y la legitimación de las instituciones penales*. En CALSÍN QUISPE, Néstor (Coordinador). *Derecho Penal y Procesal Penal: Delitos de Crimen Organizado*. Lima: Grijley, 2014.
 17. HUGO ALVAREZ, Jorge. *Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública: Análisis Sistemático de los Tipos Delictivos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.
 18. HURTADO POZO, José. *Interpretación y aplicación del Artículo 400° del Código Penal del Perú: Delito llamado de tráfico de influencias*. En José HURTADO POZO (Director). *Anuario de Derecho Penal 2005*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
 19. JESCHECK, Hans Heinrich. *El Principio de Culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el Derecho Alemán y Español*. En *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. N° 9. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, Diciembre 1995.
 20. JESCHECK, Hans Heinrich y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares, 2002.
 21. LEÓN VIDAL, Vladimir y otros. *El Funcionario Público: Las Sanciones Penales en los Delitos por Corrupción*. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.

22. LOMBANA VILLALBA, Jaime. *La Tipificación del Tráfico de Influencias y del Cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la Corrupción Pública*. Tesis de Grado de Doctor en Derecho Penal. León: Universidad de León. Facultad de Derecho, 2013.
23. MANTOVANI, Ferrando. *Los Principios del Derecho Penal*. Lima: Legales Ediciones, 2015.
24. MEINI MÉNDEZ, Iván. *La Pena: Función y Presupuestos*. En CALSÍN QUISPE, Néstor (Coordinador). *Derecho Penal y Procesal Penal: Delitos de Crimen Organizado*. Lima: Grijley, 2014.
25. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Décima Edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.
26. MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. En FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia (Coordinadora). *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
27. MONTOYA VIVANCO, Yván. *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Open Society Foundations, 2015.
28. NÚÑEZ SÁNCHEZ, Jorge. *Incidencias del principio de proporcionalidad en la individualización de la pena*. En *Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas*. N° 29. Mérida: Universidad de Los Andes. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Enero-diciembre 2010.
29. PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro. *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*. Lima: Grijley, 2004.
30. PAZ PANDURO, Moisés. *Aproximación al delito de tráfico de influencias*. En *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año VIII, N° 64. Trujillo: Normas Legales, Junio 2006.
31. PIMENTEL CRUZADO, Dante. *El adelantamiento de la barrera de punibilidad en el delito de tráfico de influencias: a propósito del Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116*. En *Gaceta Penal & Procesal Penal: Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales*. Tomo 87. Lima: Gaceta Jurídica, Septiembre 2016.

32. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal: Parte General*. Lima: Grijley, 2005.
33. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 1996.
34. QUISPE AQUISE, Iván. *Los otros “finales” de la historia: el “interesado” como instigador en el delito de tráfico de influencias. Consideraciones críticas a partir del Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116*. En *Gaceta Penal & Procesal Penal: Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales*. Tomo 87. Lima: Gaceta Jurídica, Septiembre 2016.
35. QUIROZ, Alfonso. *Historia de la corrupción en el Perú*. Segunda Edición. Lima: Instituto de Estudios Peruanos. Instituto de Defensa Legal, 2013.
36. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del “caso Montesinos”. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?* En *Ius et Veritas*. Año XII, N° 23. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiantes de la Facultad de Derecho, Noviembre 2001.
37. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*. Lima: Jurista, 2004.
38. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista, 2014.
39. RIGHI, Esteban. *Teoría de la Pena*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
40. RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune!* En *Ius et Veritas*. Año XVI, N° 33. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
41. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta Edición. Lima: Grijley, 2007.
42. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Iustitia: Grijley, 2014.
43. TUCTO RODIL, Carlos y FRANCIA ARIAS, José Luis. *Código Penal: Notas y Jurisprudencia*. Lima: Jurista, 2015.
44. VALDIVIA MORÓN, José Ángel. *Funcionarios y Trabajadores Públicos. Comentario al Artículo 39° de la Constitución*. En GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (Director). *La Constitución Comentada: Análisis*

- artículo por artículo*. Tomo II. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
45. VILASOJANA, Josep María. *Las Razones de la Pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
46. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Grijley, 2013.
47. VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y Castigar*. Madrid, Trotta, 1998.
48. YON RUESTA, Roger. *Tráfico de Influencias. Un análisis al contenido del tipo penal*. En *Thémis: Revista de Derecho*. Época II, N° 45. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiantes de la Facultad de Derecho, 2002.

