

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la
Corrupción

**Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de
influencias simuladas**

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

Autor:

Katia Milagros Diaz Caballero

Asesor:

Carlos Abel Villarroel Quinde

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CARLOS ABEL VILLARROEL QUINDE, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas", del autor(a) KATIA MILAGROS DIAZ CABALLERO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 06/12/2023.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 06 de febrero del 2024

VILLARROEL QUINDE, CARLOS ABEL	
DNI: 42529192	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0009-0006-2882-5655	

RESUMEN

El presente artículo analiza como problema principal a la legitimidad de las influencias simuladas en el delito de tráfico de influencias. Por lo tanto, en la primera sección describimos las principales características del delito, como la conducta típica y la consumación del delito. Asimismo, conceptualizamos y se diferencian sus modalidades; y posteriormente, se elabora un detalle de las posturas más importantes respecto a cuál es el bien jurídico protegido.

En el segundo apartado comenzamos por brindar alcances del principio de lesividad, continuamos con el principio de mínima intervención y con lo explicado analizamos la jurisprudencia y doctrina en relación a la legitimidad de las influencias simuladas para tomar una postura al respecto de si superan el riesgo penalmente permitido.

Palabras clave

Tráfico de influencias, debida motivación, corrupción, lesividad.

ABSTRACT

This article analyzes the legitimacy of simulated influences in the crime of influence peddling as the main problem. Therefore, in the first section we describe the main characteristics of the crime, such as typical behavior and the consummation of the crime. Likewise, we conceptualize and differentiate its modalities; and subsequently, a detail of the most important positions is elaborated regarding which is the protected legal asset.

In the second section we begin by providing scope of the principle of harm, we continue with the principle of minimum intervention and with what has been explained we analyze the jurisprudence and doctrine in relation to the legitimacy of simulated influences to take a position on whether they overcome the criminal risk permitted.

Keywords

Influence Peddling, due reasoning, corruption, injury.

A mis padres, Flor y Manuel, mi mayor motivación.



INDICE

Introducción.....	4
1. El bien jurídico protegido del delito de tráfico de influencias simuladas..	4
I.1. Principales características del delito de tráfico de influencias	5
a. Sujeto activo.....	6
b. Sujeto pasivo.....	8
c. Conducta típica	8
d. Consumación del delito	10
e. Tipicidad subjetiva.....	11
I.2. Conceptualización y diferenciación de los tipos de influencias.....	12
I.2.1. Influencias reales.....	14
I.2.2. Influencias simuladas.....	15
I.3. Bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simuladas ..	17
I.3.1. Prestigio o buen nombre de la Administración Pública	18
I.3.2. Correcto funcionamiento de la Administración Pública	19
I.3.3. Imparcialidad u objetividad de la función pública	21
I.3.4. Institucionalidad de la Administración Pública	22
I.3.5. Vigencia de los principios del ejercicio de la función pública	24
I.3.6. Posición de la autora	24
2. Legitimidad de la intervención penal ante influencias simuladas	26
2.1. Principio de lesividad.....	27
2.2. Principio de mínima intervención.....	29
2.3. Estado de la cuestión	31
2.3.1. Doctrina	31
2.3.2. Jurisprudencia	34
2.4. Posición de la autora.....	38
Conclusiones.....	40
Bibliografía.....	42

Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas

Introducción

Mientras en un Estado prime la posición e intereses de aquel que posee mayores recursos, tanto económicos como sociales y se combine con la fragilidad del funcionamiento de la Administración Pública y de sus colaboradores, el desarrollo y progreso de sus ciudadanos y del Estado mismo es improbable.

Este artículo surge de las críticas aún existentes a la tipificación del delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la modalidad de influencias simuladas. Así, para desarrollar este último extremo analizamos que los principios involucrados son el principio de lesividad y mínima intervención penal; por lo cual, antes de explicar los mismos y dicha vinculación, primero señalamos el contenido de este delito, sus principales características, conceptualizamos sus modalidades para evidenciar sus diferencias y con ello finalizar el primer apartado tomando posición acerca del bien jurídico protegido del delito de tráfico parte de influencias y si difieren al analizar cada una de las modalidades.

Con lo explicado, proseguimos con desarrollar los principios mencionados en el párrafo anterior enfocándonos en las influencias simuladas; asimismo, proseguimos con las posiciones más relevantes a nivel doctrinal y jurisprudencial al respecto para concluir en el cuestionamiento central de si las influencias simuladas en el delito de tráfico de influencias gozan de legitimidad.

1. El bien jurídico protegido del delito de tráfico de influencias simuladas

El delito de tráfico de influencias se encuentra dentro de los delitos contra la Administración Pública conforme al Capítulo II del Título XVIII del Código Penal peruano. De acuerdo a Paz Panduro, la finalidad de su regulación se centró en evitar la influencia de factores externos o extraños en la toma de decisión de los operadores de justicia pertenecientes al Estado; por lo tanto, se buscaba proteger elementos como la independencia de la función jurisdiccional y administrativa, la imparcialidad y objetividad de sus servidores, y la labor

desempeñada en todos sus ámbitos como componentes fundamentales de la confianza que se deposita en la administración pública¹.

De acuerdo a lo mencionado, a manera de contextualización, en el presente artículo, se detalla en una primera parte características principales del delito de tráfico de influencias para con dicho contexto proseguir a una segunda parte que analiza en un primer momento aquella finalidad mencionada en el párrafo anterior, la invocación de influencias, las cuales pueden ser reales o simuladas, conforme a lo señalado en el tipo penal. Dicho análisis se centrará en la conceptualización y diferenciación de las mismas prestando mayor énfasis en las influencias simuladas; para con dicha precisión desarrollar la tercera parte de la sección, enfocada en identificar las posturas a nivel jurisprudencial y doctrinal del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simuladas.

I.1. Principales características del delito de tráfico de influencias

Tipificado en el artículo 353 del antiguo Código Penal de 1924 y en el artículo 400 del Código Penal peruano actual; el delito de tráfico de influencias no ha tenido un reconocimiento pacífico. A su alrededor han concurrido diversos debates a nivel doctrinario y jurisprudencial, siendo uno de ellos la precisión de si la modalidad simulada lesiona realmente el bien jurídico protegido del delito; así como, cuáles son criterios respecto a la conducta “influenciar”².

Así, su vigencia normativa ha hecho necesario que se precise sus alcances respecto a su configuración y delimitación; incorporándose, diversas, modificaciones en el tipo:

¹ PAZ Panduro, Moisés (2006). Pág.6

² CERNA, David (2020) pág. 11 y 35

NORMATIVA	FECHA	MODIFICACIÓN
Decreto Legislativo 121	12 de junio de 1981	Modificación y ampliación de varios artículos del Código Penal de 1924: Se estableció adicionar el artículo 353 - A.
Ley N° 28355	6 de octubre de 2004	Incorporación de algunos elementos objetivos como "teniendo", "beneficio", y el "ha de conocer"
Ley N° 29703	10 de junio del 2011	Se añade el verbo rector "solicita" y se modifica la redacción a "por el ofrecimientos real de interceder(...)"
Ley N° 29758	21 de julio del 2011	Modificación en la redacción: "El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, (...)". Retomando a la redacción incorporada por la Ley N° 28355.
Ley N° 30111	26 de noviembre del 2013	Se adicionó como sanción la pena multa en delitos contra la administración pública
Decreto Legislativo N° 1243	22 de octubre de 2016	Se incorporaron ampliaciones a los plazos de duración de las penas de inhabilitación.

Tabla: elaboración propia³

Como se puede apreciar, la última modificación incorporada vinculada a este delito fue la establecida en el Decreto Legislativo N° 1243 que incluyó cambios respecto al apartado de inhabilitación⁴, teniendo al presente la siguiente redacción:

"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."⁵

Con ello, es posible señalar las características principales de este delito, con el fin de sentar las bases del injusto penal y analizar a mayor detalle en el apartado siguiente al bien jurídico protegido.

a. Sujeto activo

³ Información recopilada de CERNA, David (2020) pág. 29

⁴ PAZ Panduro, Moisés (2006). Pág.1-6

⁵ CÓDIGO PENAL DEL PERÚ. Artículo 400. La cursiva es nuestra.

Conforme al inicio del artículo 400 citado, se desprende que el tipo penal requiere de la existencia de un único sujeto activo, que puede ser cualquier persona, ya que no establece una cualidad especial para el autor en su modalidad básica⁶. En cambio, se configuraría la modalidad agravada de ser el autor un funcionario o servidor público distinto a quien se esté encargando del proceso de interés del comprador de la influencia⁷.

La diferenciación descrita ha sido señalada por ser un delito común y no especial en su modalidad base, al no exigir ninguna cualidad o condición alguna y encontrarse dentro de la sección referente a delitos contra la administración pública. Autores como Cerna establecen que el bien tutelado no puede ser lesionado por cualquier persona, el delito de tráfico de influencias requiere de un mínimo de requisitos como la disposición de confianza antecedente hacia el sujeto activo por la cual el Estado le otorga funciones y medios a determinados individuos⁸.

Debido a ello, Manuel Rosso concluye que este delito es un delito especial impropio⁹. Entendiendo que cuando se hace mención a los delitos especiales son aquellos en los cuales es exigida una calidad especial para ser autor, por lo que es un elemento que fundamenta la pena; en cambio, un delito especial impropio se centra en que, de presentarse una calidad especial en el autor, dicha calidad no sustentan la pena, sino que la agravará¹⁰.

Es decir, los delitos especiales propios dependen de sí mismos y de la condición especial del autor. Márquez y González establecen que su descripción es autónoma porque no tiene correspondencia con un delito de naturaleza común, debido a que su esencia se centra en el sujeto¹¹.

⁶ PAZ Panduro, Moisés (2006). Pág.6

⁷ Recopilado de GACETA JURÍDICA (2022) Exp. 00033-2018-50. Res. 5, Considerando 7. Pág. 316

⁸ CERNA Ravines, Cristhian (2022) pág. 352

⁹ ROSSO, MANUEL (2022)

¹⁰ GARCÍA, Percy (2021). LP DERECHO.

¹¹ MARQUEZ, Alvaro y GONZALES, Orlando. (2008) Pág. 36

Por ello, concordando con la postura de Manuel Rosso el delito de tráfico de influencias se acerca mucho más a la definición de un delito especial impropio conforme con su tipificación actual ya que el comportamiento delictivo común se transforma en especial a raíz de una condición específica en el sujeto, la cual es ser un funcionario público; y como menciona Márquez y Gonzales, este tipo de delito posee el comportamiento tipificado subordinado a uno de naturaleza común y la cualificación será aplicable en relación al atenuante o agravante descrito¹².

b. Sujeto pasivo

La Primera Sala Penal de Apelaciones especializada en delitos de corrupción de funcionarios estableció que el sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias es la Administración Pública ¹³. De ello, podemos señalar que el sujeto pasivo de los delitos contra la Administración Pública como es el caso del tráfico de influencias tienen como titular del bien jurídico protegido al Estado.

,En este sentido, Reyna Alfaro detalla que la administración pública en el Perú está basada en la protección de un Estado de derecho ya que implica un conjunto de instrumentos y medios destinados al cumplimiento y realización de los fines políticos de un gobierno con el objetivo de satisfacer los intereses de sus ciudadanos¹⁴.

c. Conducta típica

La Corte Suprema establece que el delito de tráfico de influencias es uno de desvinculación, llamando así porque su tipificación se centra en el desvalor de la conducta, Es decir, es un delito que con el comportamiento desarrollado por sujeto activo se pone en duda el correcto funcionamiento de la Administración

¹² Ídem Pág. 40

¹³ . Recopilado de GACETA JURÍDICA (2022) Exp. 00033-2018-50. Res. 5, Considerando 7. Pág. 317

¹⁴ REYNA Alfaro, Luis Miguel (2009) Pág. 248-250

Pública, y le resta credibilidad como una institución social orientada a cumplir un rol fundamental en la sociedad¹⁵.

Así, la Sala Penal Permanente de dicha Corte menciona que la conducta que se realiza en este delito es de intermediación entre dos personas, sin que sea necesario que el sujeto activo sea un funcionario público, pero sí que la acción vaya direccionada a influir sobre uno; y no cualquier funcionario sino que de acuerdo al elemento teleológico, el ofrecimiento se centre en interceder ante el cual conozca, haya conocido o este conociendo un caso judicial o administrativo entendido en sentido amplio¹⁶.

En consideración a lo expuesto, hemos recopilado que dicho Tribunal especifica que el tipo penal en cuestión considera necesario lo siguiente:

1	MEDIOS	que el sujeto activo afirme ante el tercero interesado, o éste lo deduzca en función al cargo que aquél desempeña en la Administración, que tiene capacidad para interceder ante un funcionario o servidor público o evidencie notoriamente tenerla.
2	CONDUCTA	que el agente delictivo reciba, haga dar o prometer –el tercero interesado le entrega a cambio de las influencias ofrecidas por el traficante de influencias un donativo o ventaja determinada.
3	OBJETO CORRUPTOR	que se trate de un donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, como precio o retribución del ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público.
4	ELEMENTO TELEOLÓGICO	que se ofrezca interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer o esté conociendo el caso judicial o administrativo, al punto que la invocación puede circunscribirse a una causa justa o ilícita, que favorezca al interesado o no le perjudique, o de ser el caso que perjudique a terceros.
5	ÁMBITO	que las influencias estén referidas al funcionario o servidor público respecto del cual ejerza funciones en la administración o en la justicia y que además que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido dicho caso.

Tabla: elaboración propia¹⁷

De lo señalado en la tabla anterior, podemos interpretar que la conducta típica del delito de tráfico de influencias surge de los verbos “invocando” “recibir” “hacer” “haga prometer” por lo que es un delito compuesto por varios actos¹⁸.

¹⁵ CORTE SUPREMA (2021) Apelación N°2-2021/San Martín. Pág. 6

¹⁶ . Recopilada de GACETA JURÍDICA (2022). Exp. 1959-2011/Arequipa. Considerando 3 Pág. 321.

¹⁷ Información recopilada de CORTE SUPREMA (2021) Apelación N°2-2021/San Martín. Pág. 6

¹⁸ CERNA, David (2020) pág. 40 -42

En esta línea de ideas, Mori señala que el tipo penal del delito de tráfico de influencia posee diversos verbos rectores de la conducta como invocar, recibir o hacer dar; pero para que concurra el delito es necesaria la vinculación entre los mismos: “es decir, se requiere que el sujeto activo haga dar o prometer o reciba del partícipe necesario, con la previa proposición ante el concurrente necesario de ejercer sus influencias; así como, que la recepción o la promesa responda a una contraprestación de mencionado ofrecimiento”¹⁹

d. Consumación del delito

Teniendo en consideración lo señalado en el apartado anterior, la Corte Suprema ha señalado que este delito es un delito de peligro abstracto²⁰. Postura que es interpretada por Moisés Paz basado en dos puntos: que no se requiere de la realización de la conducta punible y que su tipificación sanciona actos preparatorios²¹.

Pese a ello, adicionalmente han surgido autores como San Martín, Caro y Reaño que afirman que lo que la consumación del delito exige es una respuesta afirmativa “pues de otro modo el traficante no recibiría la dádiva o la promesa de ventaja a la que se refiere el artículo 400 del Código Penal nacional”.²² Dicha línea argumentativa hace referencia al acuerdo de intercesión por el cual no bastaría con el solo ofrecimiento debido a que no revestiría de suficiente idoneidad conforme al principio de lesividad²³. Postura con la que nos encontramos de acuerdo porque consideramos que el solo ofrecer sin una aceptación no implica una puesta en peligro considerable que sustente la intervención penal.

¹⁹ MORI, Alejandra (2022) Tesis. Pág. 40

²⁰ CORTE SUPREMA (2021) Apelación N°2-2021/San Martín. Pág. 6

²¹ Información extraída de VILLEGAS, Saúl. (2022). Pág. 187

²² YON, Roger (2019) Pág. 235-236

²³ IDEHPUCP (2019)

Asimismo, Moises Paz señala tres actos consumativos que son el “hacer dar para sí o para un tercero un donativo o cualquier ventaja”, “al recibir directamente el donativo” y “hacer prometer para sí o para un tercero un donativo o ventaja”²⁴, actos que implícitamente involucran una aceptación por parte del interesado, ya que el recibimiento, el hacer dar o hacer prometer implican que el comprador de la influencia realiza la entrega del donativo o ventaja o se compromete a la misma, en conformidad con lo ofrecido con el sujeto activo.

Así, en la Casación N°683-2018 se respalda esta posición al afirmar que la consumación de la conducta típica se centra más que en la sola invocación de la influencia a cambio de algo; puesto que, además, se hace indispensable como parte de la compensación que establece el tipo penal, que exista una aceptación de la ventaja o beneficio solicitado²⁵.

Entonces, aunque parezca contradictorio la mención de actos consumativos en un delito que en esencia a sido definido como un delito de peligro abstracto, esto último implica que la conducta es peligrosa en general para el bien jurídico protegido del delito aunque no se solicite una lesión inminente para la sanción sino el solo hecho de poner en riesgo el interés que es tutelado. Así, los actos consumativos, como los señalados, se direccionan a diferenciar conductas irrelevantes para el derecho penal por su falta de afectación en virtud de los principios de lesividad y mínima intervención.

e. Tipicidad subjetiva

El tipo penal del delito de tráfico de influencias exige dolo y de acuerdo a la interpretación de Rodríguez, dicho dolo debe ser entendido como conciencia y voluntad de realizar la conducta típica²⁶.

Siguiendo lo anterior, Villegas explica que el dolo en este delito es directo, pero que además debe de existir un ánimo de lucro. Profundizando, se tratará de un provecho en sentido amplio debido a que “quien pide u ofrece las influencias, lo

²⁴ VILLEGAS, Saúl. (2022). Pág. 187

²⁵ CORTE SUPREMA (2018) Casación N°683-2018/Nacional Pág. 6

²⁶ RODRIGUEZ, Julio (2015) Pág. 263

hace con el objetivo de generar alguna ventaja”²⁷, postura con la que concuerda Rodríguez que menciona que la motivación del sujeto activo en el delito de tráfico de influencias se centra en la obtención de un beneficio por lo que su actuar se encuentra direccionado a alcanzar un provecho ilegítimo²⁸.

Con lo mencionado, Villegas afirma que es muy difícil formular un error de tipo ya que no se puede aceptar la idea de que una persona crea que el tráfico de influencias no se encuentra prohibido²⁹.

Al respecto, no queda claro si el autor hace referencia realmente al error de tipo o al error de prohibición, pero su apreciación nos hace poner en contraste el conocimiento de los límites de una conducta en un país como el Perú, centralizado, intercultural, con altos índices de analfabetismo y desigualdad, y con entidades públicas desprestigiadas e ineficaces; es decir, con contextos tan diversos en el que existen circunstancias normalizadas a tal extremo que es muchas veces la dificultad se centra en establecer los límites de aquello que es permitido y no.

Sin embargo, de lo mencionado surgen cuestionamientos del tipo penal y posturas que buscan considerar la conducta de este delito en faltas que han de ser tratadas en procesos disciplinarios; pensamiento que se acrecienta cuando la conducta versa sobre influencias simuladas.

I.2. Conceptualización y diferenciación de los tipos de influencias

Cuando analizamos los tipos de influencias en el delito de tráfico de influencias nos centramos en la conducta típica del injusto penal. Sin embargo, recordando lo señalado en el apartado de la conducta típica, debemos precisar que si bien es un delito compuesto por varios comportamientos que se encuentran descritos dentro del tipo, y que a su vez son parte de diversos tipos penales de infracción de deber con verbos rectores como el recibir, hacer dar o prometer, siguiendo a Villegas, consideramos que la singularidad y diferenciación del delito en cuestión

²⁷ VILLEGAS, Saúl. (2022). Pág. 187

²⁸ RODRIGUEZ, Julio (2015) Pág. 263

²⁹ VILLEGAS, Saúl. (2022). Pág. 187

con otros delitos contra la administración pública es que se usa la escritura de “invocando o teniendo influencias reales o simuladas” ya que, para dicho autor, ello lo convertiría en un delito de dominio del hecho más que un delito de infracción³⁰.

Asimismo, López Romani señala que verbos como “recibir, hacer, prometer, son verbos rectores que configurando modalidades delictivas definen la consumación del delito, no expresan sin embargo la singularidad de ilícito penal del tráfico de influencias” para el autor la frase invocando o teniendo influencias reales o simuladas con el ofrecimiento de interceder en realidad la que constituye lo característico de esta modalidad en el delito³¹.

Igualmente, dicho autor, citando a Rojas Vargas, explica que este delito está compuesto por varios actos pero que inicia o parte de los actos de invocar o tener influencias, considerándolo entonces como el acto inicial de tres etapas distintas:³²

ACTOS PREPARATORIOS	Invocación de influencias reales o simuladas
ACTOS EJECUTIVOS	Ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que vaya a conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.
ACTOS CONSUMATIVOS	Actos destinados a recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja

Tabla: elaboración propia³³

Entonces, conforme señala David Cerna “el primer elemento objetivo que el operador jurídico debe verificar es si el sujeto activo ante un tercero interesado, ha invocado (...) tener influencias al interior de la administración de justicia”, ello

³⁰ VILLEGAS, Saúl. (2022). Pág. 184

³¹ LÓPEZ, Eduardo (2022) Pág. 160

³² Cita recopilada de LÓPEZ, Eduardo (2022) Pág. 160

³³ Información recopilada de LÓPEZ, Eduardo (2022) Pág. 160-161

con el objetivo de lograr que el funcionario direcciona su pronunciamiento o actuar en un sentido determinado en procesos que son de interés del tercero³⁴.

Por lo cual es necesario tener en cuenta por un lado a qué se hace referencia con la palabra invocar y con influencias. Así, el vocablo invocar puede ser entendido como el citar, alegar o aducir tener influencias y dicha acción puede darse en concomitancia o con anterioridad al acto de recibir o hacerse prometer un donativo o cualquier ventaja. En cambio, la influencia será aquella capacidad o posibilidad que permite orientar la conducta del funcionario o servidor público; por lo cual, la influencia se convierte en el objeto central del intercambio y acuerdo que configura el injusto penal, las cuales podrán ser reales o simuladas, pero que en ambas situaciones evidencian la intención del agente de interceder³⁵.

I.2.1. Influencias reales

La primera modalidad delictiva por la cual se puede configurar el delito de tráfico de influencias es mediante la invocación de influencias reales; empero, si el delito en cuestión es de peligro abstracto, la interrogante que se presenta es cómo se puede considerar una influencia real como tal.

Al respecto, Chanjan explica que las influencias reales son aquellas en las que la influencia es efectiva y existente debido a que el sujeto activo posee el poder para influir sobre la voluntad del funcionario público³⁶.

Alejandra Mori desarrolla más este punto explicando que las influencias reales surgen en un escenario en el que el autor realmente tiene un contacto, cercanía o vinculación con el funcionario por lo cual tiene existe un poder sustancial de dirigir su voluntad hacia la dirección ofrecida al tercero interesado³⁷.

La Corte Suprema por su parte ha referido que “cuando se trata de “influencia real” el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública”³⁸. Por otro lado, en el Acuerdo Plenario N° 3-

³⁴ CERNA, David (2020) pág. 43-44

³⁵ Idem pág. 44

³⁶ CHANJAN, Rafael (2020) Pág. 8

³⁷ MORI, Alejandra (2022) Pág. 523

³⁸ CORTE SUPREMA (2018) Casación N°683-2018/Nacional Pág. 6

2015 afirma que se corrompe al funcionario porque las influencias reales logran determinar su voluntad³⁹.

Para mayor detalle, nos parece interesante la propuesta de Salinas Siccha que hace referencia a dos supuestos en las influencias reales; en primer lugar, el supuesto en el que el traficante de la influencia se encuentra en una posición de superioridad jerárquica o de cualquier forma o tipo de vinculación que implique una posición de ascendencia, como una amistad o familiar cercano, y se pueda valer de esta, por lo cual la invoca, la cita, la aduce o alega ante el tercero interesado⁴⁰.

En el segundo supuesto en cambio, no necesita que el sujeto activo aduzca o alegue sus influencias en la Administración Pública, sino que de forma automática se evidencian por circunstancias o calidad que posee como el cargo que desempeña⁴¹.

De acuerdo a como establece el tipo, aunque estemos ante el escenario de influencias reales no es necesaria la verificación de su materialización. Sin embargo, concordando con Cerna, lo importante y que marcará la diferencia entre una influencia real y una simulada será la verificación de su veracidad. Es decir, si el sujeto activo realmente poseía algún tipo de vínculo con el funcionario público que tiene a cargo el proceso judicial de interés⁴².

I.2.2. Influencias simuladas

Roger Yon recuerda que se debe tener presente, y que además es materia de análisis del presente artículo, que conforme con la redacción del tipo penal, no solo se sanciona la invocación de influencias reales sino también las influencias simuladas. Dicho autor critica al respecto que de acuerdo al tipo penal se le estaría otorgando la misma pena a ambos tipos de influencias lo cual evidencia un distanciamiento entre el delito y la Administración, debido a que “constituye el

³⁹ CORTE SUPREMA (2015) Acuerdo Plenario N°3-2015 Pág. 7

⁴⁰ SALINAS, Ramiro (2016) Pág. 28-29

⁴¹ Ídem Pág. 29

⁴² CERNA, David (2020) pág. 45-46

objeto de la conversación tipificada, más no exige ningún acercamiento real y concreto a la misma para la configuración del injusto”⁴³.

Ante ello, Alejandra Mori explica que las influencias también pueden sustentarse en percepciones generadas en base a que el que invoca, da o promete, se vanagloria de poseer influencias de convencimiento y genera una percepción de poder; sin embargo, dicha percepción a diferencia de las influencias reales, en este caso es aparente⁴⁴.

Precisando lo anterior, la apariencia o percepción mencionada es diferenciada de una “puesta en escena” para Julio Rodríguez. Este usa un ejemplo el que un ex funcionario público manifiesta tener influencias y control sobre el Poder Judicial, entidad en la que no trabaja, pero alega un poder genérico. En este contexto, al momento de la venta de las influencias no especifica u ofrece influenciar a un determinado funcionario público, y si lo hace, no menciona cómo lo haría, ni los resultados o los plazos; es decir, es una esfera de actuación genérica que no concretan la actitud de influir tipificada en el delito⁴⁵.

Por otro lado, Salinas Siccha llama a las influencias simuladas como venta de humo porque el agente no tiene un contacto con los funcionarios involucrados en el proceso de interés; por lo tanto, no hay realmente una capacidad de orientar la voluntad de los mismos⁴⁶.

Con lo expresado, consideramos que hay una línea muy fina de diferencia entre las influencias simuladas y las irreales, éstas últimas son a las que se hace referencia cuando se habla de aquellas puestas en escena o ventas de humo porque entendemos que lo que buscaba el legislador al tipificar esta conducta es que una influencia, incluso en la simulada, se revela un comportamiento que pretende una determinada actuación funcional; y para ello, se debe delimitar ciertos criterios como el funcionario público que tenga conocimiento del proceso que motiva al tercero interesado, los plazos de entrega de lo prometido, las

⁴³ YON, Roger (2019) Pág. 231

⁴⁴ MORI, Alejandra (2022) Pág. 523

⁴⁵ RODRIGUEZ, Julio (2015) Revista Ius et veritas N°23. Pág. 273

⁴⁶ SALINAS, Ramiro (2016) Pág. 30

personas involucradas, y de más detalles que produzcan confianza en el comprador de la influencia.

Como hemos mencionado en el apartado anterior, en las influencias reales existe un poder concreto o vinculación directa que si es usado por quien la invoca interferirá en la voluntad del funcionario público; porque es efectiva y existente⁴⁷. Sin embargo, en las influencias simuladas existe un poder que brinda una posibilidad de lograr dicho direccionamiento que es compensado ante la falta de aquel poder concreto, de una posición de ventaja o superioridad o vínculo directo, con el uso de mecanismos adicionales “indirectos” que lo acercan a que la invocación de influencia se produzca.

Como ejemplo de lo afirmado, en la Apelación N° 12 – 2019 las influencias simuladas por parte del procesado quedaron acreditadas ya que, con su comportamiento, la precisión de las autoridades involucradas, con la invocación de contactos y aprovechando su alto cargo como funcionario del Poder Judicial se reveló un comportamiento que pretendía una determinada conducta en los funcionarios que se encontraban a cargo de los procesos de la que era la compradora de las influencias.

Con lo expresado, la tipificación del tráfico de influencias simuladas parte de la posibilidad de cada Estado de orientar su capacidad en la adopción de medidas necesarias para la lucha contra la corrupción; empero, concordamos con Salinas Siccha que menciona que el tráfico de influencias es pertinente en el sistema jurídico peruano desde una perspectiva del bien jurídico que se pretende proteger⁴⁸.

I.3. Bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simuladas

El delito de tráfico de influencias se encuentra en el Código Penal peruano dentro de los denominados “Delitos contra la Administración Pública”; y de acuerdo a lo explicado por Reyna Alfaro, “la Administración Pública es el conjunto de

⁴⁷ CHANJAN, Rafael (2020) Pág. 8

⁴⁸ SALINAS, Ramiro (2016) Pág. 30

instrumentos o medios destinados a la realización de los fines políticos del gobierno”; por lo cual, se puede entender que la tutela penal que se brinda a través de los delitos contra la Administración Pública parte de la concepción prestacional, realizadora y protectora de derechos fundamentales de cada Estado⁴⁹.

Así, si bien hay un consenso respecto a que el concepto de administración pública como tal es un concepto muy amplio y de variada índole, porque implica factores como las funciones y servicios públicos, los deberes de cargo y empleo, los valores inherentes a la carrera pública, el patrimonio estatal y el prestigio de las entidades; la discusión surge de la identificación y especificación del bien jurídico protegido penalmente a través de los delitos contra la administración pública⁵⁰.

Situación de la que no se encuentra exento el delito de tráfico de influencias ya que se mantiene un debate tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial acerca de cuál es aquel bien jurídico protegido que sustenta su tipificación. Así, para López Romaní, en este delito no hay un acuerdo de cuál sería el bien jurídico específico afectado ni cómo se produce dicha afectación⁵¹; por ello, a continuación, se mencionan las posiciones más resaltantes al respecto, siendo más incisivos en las influencias simuladas.

I.3.1. Prestigio o buen nombre de la Administración Pública

Uno de los autores que se ha mantenido firme en la posición de que el delito de tráfico de influencias protege específicamente al prestigio y buen nombre de la administración pública es Rojas Vargas. Dicho autor señala que aquel es el bien jurídico protegido debido a los elementos estructurales en su composición típica⁵².

López Romaní explica que esta postura se basa en diversas hipótesis delictivas mediante las cuales, ante la sociedad, pueden desacreditar a tal punto de perder

⁴⁹ REYNA Alfaro, Luis Miguel (2009) Pág. 248-252

⁵⁰ REYNA Alfaro, Luis Miguel (2009) Pág. 253-254

⁵¹ LOPEZ, Javier (2022) Pág. 133

⁵² Información recopilada de CERNA, David (2020) pág. 72

su confianza porque se mira a la Administración Pública como un organismo que solo funciona mediante el uso de dádivas, influencias o promesas⁵³.

Alejandra Mori profundiza en este punto y explica que cuando una entidad pública es percibida como un ente corruptible, la consecuencia inevitable es la pérdida de confianza de los ciudadanos porque considerarán medios más eficaces para salvaguardar sus intereses⁵⁴.

En la jurisprudencia se ha optado por esta postura principalmente cuando se analizan las influencias simuladas. Así, la Corte Suprema en octubre de 2015 ha señalado lo siguiente: “en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad de lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública”⁵⁵ y en noviembre del mismo año señaló que el bien jurídico no podrá ser el correcto funcionamiento de la administración pública o su imparcialidad en el delito de tráfico de influencias: “Al cumplirse con esta promesa se estaría realizando los actos ejecutivos del delito de tráfico de influencias simuladas (...) Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública”⁵⁶.

Al respecto de lo señalado, Daniel Quispe explica que una de las críticas de esta postura es que la atribución como bien jurídico al prestigio y buen nombre de la administración pública sería subjetivizar al delito de tráfico de influencias porque se estaría analizando conductas morales y resultaría difícil determinar cuándo una conducta vulnera o no el prestigio, y cuál sería el estándar que mediría dicha afectación porque lo que para una persona puede ser el buen nombre, otra podría tener una concepción distinta; y el derecho penal no debe ingresar a sancionar conductas subjetivas.⁵⁷

I.3.2. Correcto funcionamiento de la Administración Pública

Este bien jurídico protegido es en general el bien jurídico protegido de los delitos contra la administración pública pero, como mencionamos al inicio de esta

⁵³ LOPEZ, Javier (2022) Pág. 134

⁵⁴ MORI, Alejandra (2022) pág.516-517

⁵⁵ CORTE SUPREMA (2015) Acuerdo Plenario 3-2015 Fundamento 17° pág. 8

⁵⁶ CORTE SUPREMA (2015) Casación N°374-2015. Fundamento Décimo cuarto y Décimo quinto. Pág. 22-23

⁵⁷ QUISPE, Daniel (2021) Min. 38:23 – 41:15

sección, también es entendido como un concepto amplio y genérico. Es en este sentido, que en reiterada jurisprudencia acerca del delito de tráfico de influencias se menciona esta característica. Así, la Corte Superior Nacional de justicia Penal especializada expresó que “lo cierto es que, en el tipo penal de tráfico de influencias, el bien jurídico tutelado, de manera genérica es el correcto funcionamiento de la Administración Pública”⁵⁸.

En la misma línea, Mori indica que la tipificación de la conducta en este delito tiene como finalidad que se evite la puesta en peligro del correcto funcionamiento de la administración pública, pero en su sentido genérico, entendiendo este bien en un sentido material y no formal. Sin embargo, respecto al bien jurídico específico sigue sin haber un consenso⁵⁹.

Parte de la jurisprudencia ha establecido una diferenciación de bienes jurídicos dependiendo de la modalidad de influencia; es decir, de acuerdo al Acuerdo Plenario N° 3 – 2015, el bien jurídico protegido será el correcto funcionamiento de la Administración pública⁶⁰.

Pese a lo mencionado, Villegas profundiza explicando que el normal desarrollo de la administración pública significa que sus fines y funciones se podrá cumplir solo si se desenvuelven en un escenario de confianza entre sus administrados y sus representantes.

En otras palabras, los que defienden esta postura fundamentan que este bien tutelado se encuentra vinculado a los fines de un Estado de Derecho; y de ello surge una de sus obligaciones principales que es el de satisfacer las necesidades e intereses de los ciudadanos con sujeción a la Constitución y la ley⁶¹.

Así, a pesar de las críticas como un bien jurídico protegido genérico, en noviembre de 2021, recogiendo la postura de Vílchez Chinchayán, la Corte Suprema precisó que el delito de tráfico de influencias, tanto en su modalidad de influencias simuladas como reales, afecta al correcto funcionamiento de la

⁵⁸ Recopilada de GACETA JURÍDICA (2022) Exp. 00033-2018-50. Res. 5, Considerando N° 7. Pág. 315-316

⁵⁹ MORI, Alejandra (2022) pág.516

⁶⁰ CORTE SUPREMA (2015) Acuerdo Plenario N°3-2015. Fundamento 14. Pág. 7

⁶¹ VILLEGAS, Saúl. (2022). Pág.184

Administración Pública porque “pone bajo sospecha su funcionamiento y la existencia en sí de una institución social que está llamada a cumplir un papel fundamental en nuestra sociedad”⁶².

I.3.3. Imparcialidad u objetividad de la función pública

Siendo una de las posturas más relevantes, la imparcialidad u objetividad de la función pública se vería afectada por este delito en la medida que el vendedor de influencias con su conducta pone en peligro el desempeño imparcial de funciones de los funcionarios públicos⁶³.

Por ejemplo, la Sala Penal Permanente en la Apelación 12-2019 explica que la línea jurisprudencial que mantiene es que este delito afecta la imparcialidad funcional y el carácter público de función cuando se trata de influencias reales.

Al respecto, autores como Caro, San Martín Castro y Reaño, defienden esta postura porque parten de considerar que en el delito de tráfico de influencias dicho bien jurídico se encuentra vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional⁶⁴.

Por ello, para estos autores, la imparcialidad u objetividad son parte del ejercicio de las funciones públicas; sin embargo, precisan que, al ser un delito de peligro abstracto, es necesario que se realicen un mínimo de acciones direccionadas a concretar la conducta de influenciar al servidor o funcionario público porque de lo contrario no se podría afirmar que se pone en peligro a la imparcialidad o la afecta en algún ámbito⁶⁵.

Lo anterior, lo secunda Cotaquiste que afirma que, de no realizarse aquellas mínimas acciones mencionadas, la conducta se mantendría solo en un nivel interpersonal y no se pondría en peligro alguno a la imparcialidad⁶⁶. Es en este sentido, que consideramos que cuando nos encontramos ante influencias simuladas la probanza de una afectación a la imparcialidad resulta más compleja

⁶² CORTE SUPREMA (2021) Pág. 6

⁶³ LOPEZ, Javier (2022) Pág. 135

⁶⁴ LOPEZ, Javier (2022) Pág. 135

⁶⁵ Recopilado de MORI, Alejandra (2022) pág.518-519

⁶⁶ COTAQUISPE, Pablo. (2018) Pág. 12

porque al tratarse de un delito clandestino la conducta suele ser encubierta. Lo que implica la falta de pruebas directas; por lo que, ya no solo involucraría el uso de la prueba indiciaria, sino demostrar si hay una afectación o puesta en peligro real al bien jurídico protegido si las influencias no tenían un poder de influencia en el funcionario público de forma directa.

En consecuencia, surgen posiciones de la diferenciación de bienes jurídicos protegidos dependiendo de la modalidad de la influencia; y autores como Abanto, señalan que la imparcialidad es el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias reales porque se concreta un pacto injusto de la compra de la función pública; empero, en su modalidad de influencias simuladas se afectaría de forma genérica al funcionamiento de la administración pública⁶⁷.

Por otro lado, la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada admite a la imparcialidad del ejercicio funcional como el bien jurídico protegido en las influencias reales, pero también señala al correcto funcionamiento de la administración pública y específicamente al prestigio y buen nombre de la Administración Pública⁶⁸.

I.3.4. Institucionalidad de la Administración Pública

En virtud de los bienes jurídicos protegidos señalados, se puede evidenciar que se ha optado por una diferenciación de bienes jurídicos protegidos en este delito en relación a cuál es la modalidad de influencias que se presente. Sin embargo, por otra parte, autores como Mori, señalan que este bien no puede ir variando de acuerdo a la conducta, afirmando que se debe realizar el comportamiento típico prohibido sin excepciones como el que dependiendo de si en el caso se presentan influencias reales o simuladas el bien jurídico variará o podrán ser varios⁶⁹.

En este contexto de debate han surgido posiciones que buscan abarcar las múltiples posturas de puesta en peligro en este delito, que se pueden realizar

⁶⁷ Recopilado de MORI, Alejandra (2022) pág.519

⁶⁸ Recopilada de GACETA JURÍDICA (2022) Exp. 00033-2018-50. Res. 5, Considerando 7. Pág. 315-316

⁶⁹ MORI, Alejandra (2022) pág.519

dependiendo de la modalidad, en un solo bien jurídico; y una de estas posiciones es la institucionalidad de la Administración Pública.

Montoya explica su postura como “el mandato constitucional de preservar una institución vital en la sociedad”; así la institucionalidad implica entender que la Administración Pública es parte de una institución que es altamente influenciable por la cantidad de ataques periféricos a los que se encuentra expuesta constantemente; y como tal, debe de ser protegida para evitar una cultura de corrupción⁷⁰.

Asimismo, Guimaray señala que la institucionalidad involucra una serie de principios, deberes y valores, los cuales deben de protegerse ya que definen el desempeño de los funcionarios públicos. Con ello, prosigue explicando que el delito de tráfico de influencias no solo es tipificado con el fin de sancionar el hecho de poseerlas; pues esto es muchas veces parte del desarrollo profesional y personal, por lo que es permitido la construcción de aspectos como el prestigio; así, lo que se castiga es la invocación de las mismas a efectos de tergiversar el funcionamiento de la Administración pública porque se pone en peligro el modelo de organización social del Estado constitucional de derecho; y por ende, lo que se busca es prevenir y evitar es que las conductas tipificadas hagan percibir a la Administración pública como una institución influenciable⁷¹.

Sin embargo, cuando Montoya explica este bien jurídico protegido señala que “es un bien jurídico muy cercano al bien jurídico categorial (correcto funcionamiento de la administración pública)”⁷². Dicho autor detalla que las conductas que encajan en este delito son colindantes, pero no señala su diferenciación o por qué prima una postura sobre otra.

Así, Cerna critica a esta línea argumentativa expresando que posee debilidades en relación a su fundamentación dogmática y en el fondo se percibe como un bien jurídico basado en aspectos subjetivos alejado de los principios que proclama proteger⁷³.

⁷⁰ MONTOYA, Iván (2015) Pág. 73

⁷¹ GUIMARAY, Erick (2012) Pág. 104 – 105. Recopilado de IDEHPUCP (2012)

⁷² MONTOYA, Iván (2015) Pág. 73

⁷³ CERNA, David (2020) pág. 72-76

I.3.5. Vigencia de los principios del ejercicio de la función pública

Torres David considera que el bien jurídico que el delito de tráfico de influencias busca proteger es la vigencia de los principios que son parte del ejercicio de la función pública porque en este delito existe un acuerdo de intercesión ilegítimo que los cuestiona y niega su vigencia⁷⁴.

En concordancia, Huamán apoya esta postura al considerar que hay una valoración separada de la subjetividad de cómo las personas perciben a la administración pública, se deja de lado la percepción de la institución como una endeble e influenciable, sino que debe ser vista como una que realiza sus funciones de forma correcta por lo que cualquier cuestionamiento que implique lo contrario no se encuentra permitido⁷⁵.

Entonces, la presente postura rechaza que lo que se quiera proteger sea la percepción de la sociedad, sino que se sancione a todo aquel que intente socavar a la Administración pública y ponga en discusión que su funcionamiento implique acuerdos de intercesión ilícitos. Así, dicho autor considera que se verificarán dos niveles de protección de los principios puesto que; en primer lugar, se garantizará una actuación conforme a los principios constitucionalmente establecidos que involucran a la Administración Pública; y en segundo lugar, que se pueda proteger uno o más principios. Obteniendo, como resultado, que la administración pública funcione conforme a procesos y flujos internos dotados de aquellos principios y no en obediencias de intereses o influencias externas⁷⁶.

I.3.6. Posición de la autora

Una vez mencionadas las principales posturas en relación al delito de tráfico de influencias en relación al bien jurídico, corresponde analizar el bien jurídico en este delito ante influencias simuladas y si este varía cuando se trata de influencias reales.

⁷⁴ TORRES, David (2012) Pág. 23 y 24

⁷⁵ HUAMÁN, Candy (2021) Pág. 21

⁷⁶ TORRES, David (2012) Pág. 24

Al respecto, como se señaló anteriormente, el Acuerdo Plenario N°3-2015 propone una distinción de bienes jurídicos en relación al tipo de influencias y opta por señalar que cuando se trata de influencias reales, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública y en las influencias simuladas, el prestigio y buen nombre⁷⁷. Similar análisis se ha repetido en el expediente 204-2018, en el que se pueden evidenciar dos hechos y conforme a los mismos se afecta dos bienes jurídicos distintos, el prestigio y el regular funcionamiento de la justicia jurisdiccional⁷⁸.

Sin embargo, a pesar de esta tendencia no nos encontramos a favor de la existencia de dos o más bienes jurídicos protegidos dentro del tráfico de influencias porque como señala Guimaray: “El bien jurídico protegido en determinada norma penal no puede variar dependiendo de las conductas que el tipo penal prevea y sancione”⁷⁹.

Así, concordando con el autor mencionado, no se trata de que la tipificación del delito de tráfico de influencias implique un bien jurídico para las influencias simuladas y otro para las influencias reales. Tampoco se trata de proponer bienes jurídicos distintos conforme a los hechos o que se construya la protección para el supuesto de influencias reales, pero se postule impunidad para las influencias simuladas; por lo que, lo que se debe buscar lograr es un bien jurídico protegido conforme al comportamiento típico sin excepciones⁸⁰.

En este sentido, apoyamos al correcto funcionamiento de la Administración Pública como el bien jurídico protegido del delito de tráfico de influencias, sin diferencias la modalidad de las mismas porque al invocar influencias se establece un riesgo prohibido que pone en peligro no solo a una de las posturas mencionadas, sino que las incluye en conjunto.

Así, la crítica principal a este bien jurídico protegido como genérico olvida que el delito de tráfico de influencias al ser un delito de peligro abstracto señala conductas genéricas que incluso no solo versan sobre un sujeto activo que es funcionario público sino que esta calificación es un agravante, pero la conducta

⁷⁷ CORTE SUPREMA (2015) Acuerdo Plenario N°3-2015. Fundamento 14. Pág. 7

⁷⁸ CORTE SUPREMA (2023) Expediente N°204-2018-22. Resolución N° 25. Pág. 87 y 97

⁷⁹ GUIMARAY, Erick (2012) Pág. 106. Recopilado de IDEHPUCP (2012)

⁸⁰ Ídem GUIMARAY, Erick (2012) Pág. 106

en sí puede ser cometida por cualquier persona por lo que implica comportamientos genéricos que pueden poner en riesgo a la Administración Pública desde diversos ámbitos y con el bien jurídico protegido no habrá impunidad por depender de la modalidad de las influencias; así como eliminará discrepancias jurisprudenciales como las señaladas.

En consecuencia, el bien jurídico que consideramos es el tutelado en el delito de tráfico de influencias simuladas será el correcto funcionamiento de la administración pública indistintamente de la modalidad de influencias reales.

2. Legitimidad de la intervención penal ante influencias simuladas

La facultad del Estado de sancionar mediante la imposición de penas - el ius puniendi- solo puede iniciar con una acción que acarrea algún tipo de daño efectivo o potencial⁸¹.

Es por ello que el Código penal peruano establece, en su artículo IV, que conforme con el principio de lesividad las penas necesitan la precisión de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos⁸². En este entender, para que una pena sea impuesta se debe analizar si dicho peligro realmente existe y si se condice con el criterio de mínima intervención penal; porque, como lo comprende Vélez, este principio se presenta como un límite al adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico en los delitos de peligro abstracto⁸³.

Al respecto, Cerna explica que la doctrina mayoritariamente ha encontrado un punto de consenso respecto a la afectación del bien jurídico en el delito de tráfico de influencias, dicho punto se centra en la modalidad de influencias reales. Sin embargo, se ha resaltado que en las influencias simuladas hay una falta de cumplimiento en relación al principio de lesividad, por su mínima o nula afectación al bien jurídico protegido, por lo que su tipificación sobrepasa además el principio de mínima intervención señalado.

Por ello, en la segunda sección del presente artículo nos centraremos en desarrollar el principio de lesividad, su vinculación con el principio de mínima

⁸¹ MILICIC, Ana Julia (2016). Pág.1

⁸² CODIGO PENAL DEL PERÚ. Título Preliminar: Artículo IV. Principio de Lesividad

⁸³ VÉLEZ, Sofía (2022). Pág. 1 y 46

intervención penal; y a partir de ambos, procederemos a analizar si aquel que invoca influencias simuladas supera el nivel de riesgo penalmente permitido; en consecuencia, trasgrede el bien jurídico protegido del correcto funcionamiento de la administración pública; para lo cual, detallaremos el estado de la cuestión actualmente a nivel doctrinal y jurisprudencial para finalmente tomar postura de si es legítima la intervención penal en dicha modalidad de influencias.

2.1. Principio de lesividad

La modernización, la globalización y demás factores favorecen a la aparición de nuevos peligros que amenazan a la sociedad, al Estado y a sus ciudadanos. Sofía Vélez explica que la modernidad y la producción social relacionada a la búsqueda de la riqueza viene acompañada de riesgos sistemáticos, invisibles e incluso irreversibles; por lo que, frente a dicha situación surge lo que es llamada como la sociedad del riesgo⁸⁴.

La sociedad del riesgo es definida por Beck como una nueva forma de organización y estructura en la sociedad, aquella en la que existen daños que no se pueden delimitar porque se caracterizan por ser dinámicos, complejos, transnacionales y múltiples⁸⁵.

Con este contexto, el Derecho penal se fue adaptando a esta nueva realidad, siendo utilizado como mecanismo de defensa para la sociedad de los peligros mencionados o de la mutación de antiguos peligros pero que empezaban a incluir factores modernos, y dicha rama comenzó a tener un ámbito de intervención que cobraba importancia en el adelantamiento de las barreras punibilidad con la incorporación de delitos de peligro o imprudencia; lo que ha ocasionado que se generen nuevos bienes jurídicos a ser tutelados y la flexibilización de las reglas de imputación⁸⁶.

Entonces, podemos entender que el orden sustantivo penal se ha ido edificando a partir los bienes jurídicos porque no es posible la existencia de un tipo penal al

⁸⁴ Ídem. Pág. 2

⁸⁵ Ídem, Pág. 2-3

⁸⁶ VÉLEZ, Sofía (2022). Pág. 3-4

margen de al menos uno; por ello, no cabe considerar conductas criminales que no se sustenten en la protección de un bien jurídico en concreto⁸⁷.

En consecuencia, empieza a cobrar relevancia como limitante el principio de lesividad porque según este la intervención punitiva solo tendrá sentido con la protección de bienes jurídicos. Así, este principio permite que se realice un juicio de valor para analizar la capacidad lesiva de la conducta porque si no se percibe dicha afectación no será posible acreditar que dicha conducta sea antijurídica, y sin la antijuricidad no se podrá atribuir responsabilidad penal⁸⁸.

Por lo tanto, Hugo Vizcardo menciona que este principio reside en la valoración del delito como un acto desvalorado:

“La antijuricidad comportará el desvalor propio del resultado; esto es, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y derivado de una acción desvalorada; esto es, peligrosa para la integridad de los objetos de tutela.”⁸⁹

En este sentido, si una conducta no resulta lesiva para un bien jurídico protegido este principio actuará como un limitante para el Estado porque el legislador no deberá prohibir conductas, ni obligar su realización positivas⁹⁰.

Este principio es entendido como aquella “vigencia de afectación de bienes jurídicos en la fundamentación de la responsabilidad”, se deriva del principio de utilidad penal mediante el cual se justifica que las limitaciones de las prohibiciones penales es para comportamientos considerados como indeseables por su afectación a terceros; es así que, por dicho principio el derecho penal es eficaz solo frente a hechos con relevancia social porque afectan esferas de libertades ajenas; y solo entonces, cuando la potencialidad lesiva hacia el bien jurídico sea identificado y evidente, se prohibirá dicho comportamiento por ser contrario al ordenamiento jurídico⁹¹.

Por el lado jurisprudencial, la Corte Suprema explica que este principio es el que brinda contenido material al tipo penal, ya que conforme al mismo se precisará

⁸⁷ CORTE SUPREMA (2012) Pag. 7-10

⁸⁸ VÉLEZ, Sofía (2022). Pág.7

⁸⁹ HUGO, Silfredo (2009) Pág. 56

⁹⁰ Ídem. Pág. 57

⁹¹ VÉLEZ, Sofía (2022). Pág.30

si la pena surgió de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Sin embargo, precisa que no se trata de simplemente acciones peligrosas o mínimamente lesivas porque si no se evidencia un daño suficientemente relevante, no se justificará la intervención del derecho penal; por lo cual, “ante afectaciones muy leves a este principio, lo que corresponde es considerar la atipicidad de la conducta, al carecer de relevancia penal⁹².

Anterior a ello, expresó que para que un delito se materialice es necesario que el sujeto activo cometa un hecho suficientemente grave que amerite la represión penal y no una simple imprudencia disciplinaria; puesto que, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene las características necesarias para activar el ámbito penal, y solo serán aquellas conductas consideradas como sumamente reprochables y no pasibles de intervención y prevención mediante otro medio o mecanismos de control social menos estricto⁹³.

En resumen, del principio de lesividad podemos comprender que “no hay delito sin daño. No todo daño o peligro comporta un delito. Pero todo delito sí supone necesariamente la presencia de un daño real o, mínimamente, de un peligro efectivo para el interés objeto de protección jurídica”⁹⁴

2.2. Principio de mínima intervención

De acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, se ha brindado un acercamiento a lo que se hace referencia cuando se habla del principio de mínima intervención en el derecho penal. La Sala Penal Permanente afirma que el derecho penal está enmarcado en este principio, lo cual supone que el poder punitivo del Estado tiene que ser el último recurso disuasivo que posee para controlar conductas transgresoras de la vida y convivencia en comunidad, por lo que su uso se condice con la necesidad ante la carencia o ineficacia de otros mecanismos⁹⁵.

Silva Sánchez considera al respecto que, el derecho penal deberá de reducir su intervención en estricto a lo que sea necesario en términos de utilidad social⁹⁶.

⁹² CORTE SUPREMA (2016) Pág. 5

⁹³ CORTE SUPREMA (2014). Fundamento Quinto. Pág. 4

⁹⁴ VÉLEZ, Sofía (2022). Pág. 25

⁹⁵ CORTE SUPREMA (2014). Fundamento Cuarto. Pág. 3

⁹⁶ Recopilado de CORTE SUPREMA (2014). Fundamento Quinto. Pág. 3

Es decir, el ámbito penal posee un carácter subsidiario porque participa cuando otros mecanismos han fallado; entonces, si existieran medios o instrumentos más idóneos y eficaces no penales, como las sanciones propias del derecho administrativo o del derecho civil, el derecho penal no tendría cabida⁹⁷.

Para Silfredo Hugo, este principio nace desde la perspectiva de que el derecho penal es violento, que actúa sin resolver los conflictos sociales a tal punto que puede tener consecuencias perjudiciales. Empero no significa que no sea necesaria su existencia, sino que su actuación cumplirá con ciertos requisitos como; en primer lugar, ser restringido en base a la cantidad de tipos estructurados y que su regulación se concrete ante la hipótesis de lesiones a bienes jurídicos de forma sustancial y; en segundo lugar, que se amplie su operatividad en el área procesal para poder extender todas las posibles garantías del individuo como el derecho de defensa o la presunción de inocencia⁹⁸.

Con lo señalado, este principio a su vez implica ciertos criterios como los que se señalarán a continuación⁹⁹:

- Carácter fragmentario: Hace referencia a pedazos de la antijuricidad que surgen de la amplia gama de acciones y omisiones de las personas y que son utilizados para la regulación por el Derecho penal.
- Ultima ratio: El derecho penal procede cuando sea indispensable ante la falla de los demás mecanismos de control social.
- Carácter subsidiario: Parte de la concepción de que en la sociedad existen conductas ilícitas que deberán ser castigadas de diferentes maneras conforme al ordenamiento; pero habrá ocasiones en las que la ilicitud tenga tal magnitud que los mecanismos antes señalados no son suficientes para el control o prevención del riesgo; por lo cual, ingresa el derecho penal con su poder coercitivo para contrarrestar aquellas conductas.

Entonces, en retrospectiva, el principio de lesividad implica que el derecho penal procederá a intervenir ante una conducta que pueda ocasionar u ocasione un

⁹⁷ CORTE SUPREMA (2014). Fundamento Quinto. Pág. 3

⁹⁸ HUGO, Silfredo (2009) Pág. 68

⁹⁹ ídem Pág. 68-70

resultado lesivo al bien jurídico y el principio de mínima intervención se trata de analizar cuándo nos encontramos en un contexto que amerita una intervención del derecho penal. Así, Sánchez Janet explica que se trata de distinguir una aplicación ilegítima que sobrepasa los fines del derecho penal y cuándo una intervención se encuentra razonada y justificada en concordancia con los demás principios que son parte del derecho penal¹⁰⁰.

Por lo tanto, cuando se habla del principio de mínima intervención es que esta rama del derecho solo podrá ingresar a interferir en caso en los que los ataques sean muy graves para un bien jurídico. Con lo mencionado vislumbramos su vinculación al principio de lesividad porque para ambos principios no se tratará de meras ofensas sino que son un límite y recordatorio de que el Estado puede usar el derecho penal cuando no haya otro remedio, porque la pena es una solución imperfecta, rígida y criticada¹⁰¹.

2.3. Estado de la cuestión

El objetivo de lo explicado hasta este punto era tener; en un primer momento, una concepción más clara del contenido del delito de tráfico de influencias, y en segundo lugar, desarrollar su vinculación al principio de lesividad y mínima intervención penal; para que finalmente, con todo lo expuesto se analice las diversas posiciones tanto en ámbitos doctrinarios como jurisprudenciales acerca de la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas. Así, el lector podrá usar dicha información para su propio debate y conclusión, más allá de cual sea la asumida en el presente.

2.3.1. Doctrina

Las posiciones en contra del tráfico de influencias simuladas son numerosas, incluso más de las que podemos encontrar a favor de las mismas. Aquellas se sostienen en que el peligro es muy remoto, porque por su naturaleza su efectividad de perturbar la decisión de un funcionario público no es merecedora de la acción penal. Es decir, no existiría una referencia concreta, directa y

¹⁰⁰ Sánchez, Janet (2022) Pág. 24

¹⁰¹ Ídem Pág. 70

perceptible de puesta en riesgo al bien jurídico protegido, por lo que no se superaría los baremos del principio de lesividad¹⁰².

Para empezar, Villegas es contundente con su postura en contra de la legitimidad del delito de tráfico de influencias, y no solo respecto a la modalidad simulada. De su texto “Invalidez material del delito de tráfico de influencias” podemos recopilar la postura del autor, la cual señala que, a *prima facie*, el delito en cuestión es válido desde un punto de vista formal porque se cumplieron con las formalidades establecidas para su tipificación. Sin embargo, cuestiona que desde la perspectiva neopositivista garantista, no es posible afirmar la afectación de un bien jurídico protegido de la Administración pública en la ejecución del delito¹⁰³.

Continúa explicando que dicha figura colisiona con los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi* estatal, específicamente con los principios desarrollados, ya que estos son directrices en la creación de conductas delictivas; y conjuntamente con el principio de proporcionalidad, se funda el Derecho penal liberal y el pensamiento garantista que no se condice con lo que se pretende sancionar en el delito de tráfico de influencias¹⁰⁴.

Julio Rodríguez considera que desde la perspectiva del principio de lesividad no es posible afirmar que las influencias simuladas afecten el correcto funcionamiento de la Administración Pública por lo que no deberían ser tipificadas. Define a las mismas como supuestos en los que el bien jurídico protegido ni siquiera es puesto en peligro; y en consecuencia, no deberían ser punibles, y su tipificación se observa como el uso del Derecho Penal como un medio de castigo de tipos netamente formales perdiendo su carácter de última ratio¹⁰⁵.

¹⁰² MORI, Alejandra (2022) Pág. 523-525

¹⁰³ VILLEGAS, Saúl (2022) Pág. 188

¹⁰⁴ ídem Pág. 189

¹⁰⁵ Rodríguez, Julio (2015) Pág. 251 y 262

Adicionalmente, Roger Yon cuestiona que la pena para influencias simuladas y reales sea la misma. Para el autor, ello hace notar que se les otorga el mismo grado de afectación a ambas modalidades a pesar de lejanía que aduce existe entre este delito y la Administración Pública; y en el caso de las influencias simuladas se estaría tipificando una conversación que no tiene ningún acercamiento real que sustente la configuración del injusto¹⁰⁶.

Pese a lo anterior, Alejandra Mori considera que el centro de protección del este delito es focalizado en la expectativa normativa que tiene la sociedad de la Administración Pública y sus intervinientes, ello involucra que estos últimos no sobrepasen las influencias que ostentan o pretenden ostentar, poniendo en peligro los intereses de la sociedad. Por lo cual, para la autora, la legitimidad de la modalidad de las influencias se percibe desde la posibilidad de situaciones que se pueden presentar; y con ello, poner en peligro dicho objeto de protección, y esto no solo puede ocurrir frente a influencias reales sino también mediante influencias simuladas¹⁰⁷.

Asimismo, Cerna mantiene la postura de que la figura de criminalización del tráfico de influencias simuladas es legítima porque se pretende con esta es evitar que se consolide el mensaje de que la administración pública es objeto de venta, entonces no se afectaría el principio de *ultima ratio* ni se trataría de un adelantamiento a las barreras de punibilidad¹⁰⁸.

Además, conforme mencionamos en la sección del bien jurídico protegido, Guimaray sustenta que este no podía cambiar dependiendo de las conductas del tipo penal; y adicional a ello, explica que no tiene coherencia que se fundamente la protección de las influencias reales y se postule la impunidad en el supuesto de las influencias simuladas. Dicha posición se justifica en la protección de un Estado constitucional de derecho y el compromiso estatal que implica la lucha contra la corrupción por su alta lesividad en el desarrollo de la sociedad, de los

¹⁰⁶ YON, Roger (2019) Pág. 231

¹⁰⁷ MORI, Alejandra (2022) Pág. 525-526

¹⁰⁸ CERNA, David (2020) Pág.86-87

individuos y del sistema jurídico; por lo cual, la regulación de atentados contra estos bienes abarca acciones y omisiones que los ponen en peligro¹⁰⁹.

Concluyendo, Salinas Siccha reconoce que en su mayoría, los autores peruanos han rechazado la modalidad de influencias simuladas al considerar que no posee entidad lesiva suficiente para el bien jurídico protegido debiéndose seguir por el camino de su despenalización; sin embargo, considera pertinente la tipificación de esta conducta en tanto se considere la protección del bien jurídico por el cual se garantiza que todos los ciudadanos tengan confianza en la Administración pública, en el sistema.

2.3.2. Jurisprudencia

En contraste con las posturas a nivel doctrinal mencionadas, pro seguiremos con mencionar las posiciones a nivel jurisprudencial acerca de la Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas en el delito de tráfico de influencias; por lo cual, consideramos importante comenzar con la postura asumida en el Acuerdo Plenario N°3- 2015..

En dicho Acuerdo Plenario se señala que un delito satisface el presupuesto de legitimación penal conforme a lo exigido por el principio de lesividad, se trataría de la materialización de una conducta que supera el riesgo permitido mediante la puesta en peligro del bien jurídico. Desde este entender, el IX Pleno consideró que el bien tutelado en la modalidad de influencias simuladas era el prestigio y buen nombre de la Administración Pública, la cual se ve lesionada porque el sujeto activo persigue un lucro a su costa; por lo cual afirma lo siguiente:

“(..) nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la administración pública.”¹¹⁰

¹⁰⁹ GUIMARAY, Erick (2012) Pag. 106-108

¹¹⁰ CORTE SUPREMA (2015) Acuerdo Plenario N° 3-2015. Pág. 6-7

Conforme consta en el Acuerdo Plenario, lo mencionado cumple con lo exigido por el principio de lesividad porque reconoce como al prestigio y buen nombre como bien jurídico fundamental de la administración pública, la cuestionada modalidad del delito se reprime por su idoneidad para lesionar, y dicha capacidad lesiva tiene una relación efectiva con el bien jurídico porque se trata de la vulneración de presupuestos que sirven de seguridad y garantía de demás bienes jurídicos relacionados con la administración pública como lo son la imparcialidad; por lo cual, si el Estado no criminaliza conductas en las que se afirma la compra o alteración de dicha administración, aquel Estado será inviable¹¹¹.

La lesividad de la conducta se puede apreciar en el caso de Aurelio Pastor en los que se establece en los fundamentos de la sentencia de segunda instancia que el actuar del imputado es antijurídico por lo cual quebrantó bienes jurídicos como la imparcialidad, la independencia, objetividad y se desacreditó las actuaciones de miembros de la Administración Pública, mellando así la imagen institucional de la entidades ante la población, pero principalmente en los justiciables porque la invocación de influencias era en relación a la toma de decisiones en procesos judiciales¹¹².

Ante lo expresado en dicha instancia, la Corte Suprema explica que la modalidad de influencias simuladas es de peligro y simple actividad; es decir, limitado al núcleo rector de tráfico que realiza el autor: “Este verbo rector de invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante interesado”, las afirmaciones o la atribución que el sujeto menciona poseer, por las máximas de la experiencia, son realizadas de forma clandestina y no pública, e implican una capacidad de influir, orientar o manipular la conducta del funcionario público en una dirección determinada.¹¹³

¹¹¹ Ídem Pág. 6-8

¹¹² CORTE SUPREMA (2015) Casación 374-2015. Pág. 15

¹¹³ CORTE SUPREMA (2015) Casación 374-2015. Pág. 22

Sin embargo, contradictoriamente, en la Casación citada se reconoce las posturas en contra de la legitimidad de esta modalidad y apoya que el peligro de perturbar la decisión del funcionario en estos casos es remota por sus propias características; por lo que el bien jurídico protegido en el caso sería la imagen y el prestigio de la Administración pública y no su correcto funcionamiento. Fundamentando que se trataría de una mínima lesividad por la ineficacia de afectación al bien jurídico protegido y que en casos en los que se evidencie la presencia de influencias simuladas se deberá tener en cuenta el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal.¹¹⁴

Conforme a lo mencionado en el caso citado, adelantando nuestra posición, entendemos más no compartimos, que la posición asumida en dicho caso fue que existen diversos grados de afectación al bien jurídico protegido y que las influencias simuladas desde aquella perspectiva tienen una mínima lesividad, no existe un peligro real de afectar bienes jurídicos como la independencia del funcionario o servidor público y dependiendo del ofrecimiento que se invoque podría existir solo una apariencia de corrupción pero que en realidad verse sobre el caso del uso de medios y recursos legales que son usados y permitidos en ocasiones como lo son la defensa de un derecho o parte del ejercicio legítimo de la profesión.

Pese a lo señalado, el Tribunal Constitucional ha reiterado enfáticamente que las conductas que ponen en peligro al sistema de administración de justicia, sus fines constitucionales y la confianza de la ciudadanía en la misma, deberán ser sancionadas; y el libre ejercicio de la profesión no implica que sea ajeno a limitaciones establecidas en la Ley¹¹⁵.

Adicionalmente, como parte de esta recopilación citamos en contraste a lo mencionado anteriormente a la Sentencia de Apelación N°2-2021 de San Martín que afirma que este delito tiene como bien jurídico protegido al correcto funcionamiento de la Administración pública sin distinción de la modalidad,

¹¹⁴ Ídem. Pág. 22-23

¹¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) Exp. N° 03833-2008-PA/TC

argumentando que en ambos casos se pone bajo sospecha a su funcionamiento; es decir, a la existencia de una institución con fines en la sociedad fundamentales.¹¹⁶

Por lo tanto, de acuerdo a dicha apelación la influencia importa porque se asume que se tiene el poder o autoridad de que con la intervención se podrá obtener algún tipo de ventaja, favor o beneficio; entonces, más allá de si se trata o no de si es una influencia real o simulada es la posición asumida por la que se considera que existe una puesta en riesgo al bien jurídico protegido porque el agente activo tiene que afirmar o evidenciar notoriamente ante el tercero interesado el poder de influencia para que esté lo deduzca y se produzca el acuerdo de intercesión y en consecuencia la ventaja o promesa de la misma¹¹⁷.

Como parte de la recopilación también es importante señalar a la Apelación N°12-2019 de la Sala Penal Permanente ya que en dicho caso las influencias acreditadas fueron simuladas y se condenó al ex magistrado por el delito de tráfico de influencias agravado. Dicha sentencia marca una diferencia frente a la postura tomada en la Casación citada porque resalta el carácter clandestino de este delito y la afectación a la Administración pública con esta modalidad de influencias tan criticada porque su lesividad se centra en la venta de una influencia que se exterioriza como “el prestigio, el predominio o la fuerza moral en el ánimo del funcionario”¹¹⁸.

Para finalizar, como jurisprudencia reciente podemos apreciar que la Sala Penal Especial compartió la postura de que es “irrelevante penalmente si la influencia es real o simulada”; de acuerdo a la sentencia contenida en la Resolución 25 del expediente N°204-2018-22, bastará con que se haya invocado o aducido tener influencias con el fin de obtener o lograr que el tercero interesado decida brindar la ventaja que busca el agente. En este sentido, en dicho expediente se concluye que la influencia que evidencia poseer el sujeto activo es el punto más relevante del delito porque vincula en su estructura ideal a un sujeto que la posee con otro

¹¹⁶ CORTE SUPREMA (2021). Apelación N° 2-2021. pág.5

¹¹⁷ ídem. Pag. 6

¹¹⁸ CORTE SUPREMA (2021) Apelación 12-2019 Pag.13

que la requiere para poder direccionar destinarla sobre un tercero interesado sobre el cual se pretende inducir o ganar su voluntad hacia el ámbito de decisiones deseables para él en relación a sus propios interesados.¹¹⁹

2.4. Posición de la autora

Con lo desarrollado hasta el momento podemos tomar postura en relación a la interrogante planteada para el presente artículo, habiendo desarrollado el delito de tráfico de influencias, su tipificación y modalidades; los principios respectivos respecto a su legitimidad y las posiciones que podemos encontrar tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal debemos partir por empezar recordando lo señalado en el principio de lesividad porque como una lesión que es insignificante a de resultar en atípica porque no tendría entidad suficiente que sustente el ejercicio del poder estatal¹²⁰.

Ahora, partiendo del delito y la modalidad que nos ha reunido, las influencias simuladas son criticadas por la distancia que existe entre su tipificación y la administración pública. Su lesividad al ser indirecta se propone ser tratada desde sanciones administrativas más no en el ámbito penal pero siguiendo la postura que presentamos del autor Guimaray, lo que pretende la tipificación de este delito es la lucha contra la corrupción, de influencia en influencia, así sea simulada, se sigue profundizando la perspectiva del Estado como uno vendible y tratable, lo que implica una grave afectación al desarrollo de la sociedad. Por ello, dicho autor afirma que no posee sentido fundamentar solo la protección penal ante influencias reales porque la creación del delito se centro en regular lesiones a la Administración pública con acciones y omisiones que abarcan conductas enmarcadas en influencias simuladas¹²¹.

El que una persona o funcionario público invoque la posibilidad de poder corromper o comprar el debido proceso judicial o administrativo es negativo para

¹¹⁹ CORTE SUPREMA (2023) Expediente N° 204-2018-22. Pag. 59

¹²⁰ MORENA DEL RIO, María (2020). Pag. 6

¹²¹ GUIMARAY, Erick (2012), Pág.106-108

la Administración pública desde todas las perspectivas, pero el daño que se produce ante influencias simuladas, a pesar de su cuestionamiento, consideramos que merece la participación del derecho no solo a nivel administrativo sancionador sino también del derecho penal porque incluso hablando del principio de *non bis in idem*, el bien jurídico protegido puede serlo a través de normas de carácter administrativo y penal sin que ello implique su vulneración.

Gómez Tomillo, explica que ambos procedimientos pueden ser compatibles ya que se entiende que la sanción impuesta a nivel administrativo no es suficiente para agotar lo injusto del hecho, cuando la sanción que se impone o impondrá son insuficientes desde la perspectiva preventiva y retributiva¹²².

Adicionalmente, Morena del Rio concluye que cualquiera sea el supuesto de sanción que se analice, más allá de la rama aplicada, el administrador de justicia debe indicar de forma precisa de qué manera el imputado ha afectado al bien jurídico protegido porque en los casos en los que no sea posible dicha justificación por lesiones nimias o porque la acción no tiene carácter suficiente para la puesta en riesgo, lo correspondiente será el archivo del proceso¹²³.

Entonces, más allá de querer quitar legitimidad a una modalidad de este delito, lo que se debe realizar es desarrollar criterios objetivos y razonables para su valoración proporcional en el derecho penal. Desde esta perspectiva, es posible considerar criticar el criterio seguido por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 3- 2015 o en la Casación 364-2015 cuando menciona la mínima lesividad en esta modalidad al bien jurídico.

Al respecto, consideramos que no se trata de recalcar la potestad como Estado para crear los delitos que considere para la lucha contra la corrupción o porque las influencias no produzcan casi ninguna lesividad. Sino que partiendo de casos concretos ya ha quedado evidenciado que con las tan criticadas influencias

¹²² GÓMEZ, Manuel (2020) Pág. 21

¹²³ MORENA DEL RIO, María (2020), Pág, 11.

simuladas el correcto funcionamiento de la Administración Pública es puesta en peligro y afectada.

Solo es necesario recordar casos como el de Aurelio Pastor, la Apelación 12-2019 e incluso el reciente contexto político en el que han surgido pruebas que involucrarían a la Fiscal de la Nación en una organización criminal vinculada al tráfico de influencias. Así, dejar de mencionar que su conductas como las señaladas en dichos casos, se enmarcan en este delito y obviar las influencias simuladas porque se critica su legitimidad, implicaría un vacío y desprotección del bien jurídico señalado.

Conclusiones

El sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias es el Estado en cuanto la administración Pública está basada en la protección del mismo; por lo cual, la finalidad de su tipificación se centró en evitar la influencia de factores externos o extraños en la toma de decisión de los operadores de justicia, y que en consecuencia implique una variable que distorsione la labor jurisdiccional en cualquier ámbito.

Así, es un delito especial impropio por el cual la calidad especial del autor no fundamenta la pena, sino que, de presentarse como sujeto activo un funcionario o servidor público, dicha calidad la agravará. Además, en un delito que cuestiona el desvalor de la conducta y de peligro abstracto porque no requiere la realización de la conducta punible.

Al respecto, el tipo penal posee diversos verbos rectores que necesitan la vinculación entre los mismos ya que al ser un delito de intermediación entre dos personas es necesario un acuerdo entre el vendedor y el comprador de la influencia que será el acto consumativo. Es en este sentido que la tipicidad subjetiva exige el dolo porque en dicho acuerdo de intercesión existirá conciencia y voluntad de realizar la conducta típica.

Posteriormente, conceptualizamos y diferenciamos los tipos de influencias, expresando que cuando se hace referencia al vocablo invocar, este puede ser entendido desde diversos verbos rectores, y dicha acción puede darse en

concomitancia o con anterioridad al acto de recibir o hacerse prometer un donativo o cualquier ventaja. Sin embargo, la influencia es la capacidad o posibilidad que permite orientar la conducta del funcionario o servidor público, convirtiéndose en el objeto central del intercambio y acuerdo que configura el injusto penal.

Dichas influencias serán reales o simuladas y lo que marca una diferencia entre las mismas será la verificación de su veracidad. Por lo cual, en las influencias reales existirá un poder concreto o vinculación directa que si es usado por quien la invoca interferirá en la voluntad del funcionario público; en cambio, en las influencias simuladas, dicho poder es menos efectivo, existente o concreto; y en base a ello, el direccionamiento de voluntad necesitará ser compensado por uso de mecanismos adicionales “indirectos” que lo acercan a que la invocación de influencia se produzca.

Con lo señalado, la tipificación del delito de tráfico de influencias será pertinente desde la perspectiva de la existencia de un bien jurídico que se deba proteger por lo que se analizaron las principales posturas respecto al bien jurídico protegido en este delito concluyendo que el correcto funcionamiento de la Administración Pública es la postura que consolida los posibles comportamientos y conductas configuradas en el tipo penal, sin distinción de si se tratan de influencias reales o simuladas.

Entonces, teniendo en cuenta lo descrito proseguimos a desarrollar en un segundo apartado el principio de lesividad y el principio de mínima intervención penal para finalmente en conjunto se logre dilucidar si quien invoca la influencias simuladas en marco del delito en cuestión supera en nivel de riesgo permitido a nivel penal y con ello se transgrede al bien jurídico protegido.

Respecto al principio de lesividad pudimos resaltar que conforme a este no es posible la existencia de un tipo penal al margen de al menos un bien jurídico protegido; en otras palabras, no se debe existir una conducta sancionada a nivel penal que no se sustente en la protección de uno de ellos. Así, el principio de lesividad es garantía que implica el análisis de la capacidad lesiva de la conducta porque para la existencia de un delito el agente activo cometerá un hecho

suficientemente grave que haga necesaria la represión penal y no se trate de una imprudencia o acto que puede ser juzgado con otra rama del derecho.

De lo último se desprende la vinculación del principio de lesividad al principio de mínima intervención que pone de manifiesto el carácter subsidiario del ámbito penal y aplicación se condiciona a la necesidad de una solución ante la carencia o ineficacia de demás mecanismos.

Finalmente, presentamos una recopilación del estado de las cosas respecto a las posturas seguidas a nivel jurisprudencial y doctrinal respecto a la legitimidad de las influencias simuladas para concluir que el que una persona o funcionario público invoquen influencias simuladas perjudica a la correcta Administración pública, su eliminación del Código Penal sólo produciría una desprotección de derecho penal ante una situación que aún parece ser incontrolable.

Entonces, lo importante se centra en su valoración, en la labor que realice el fiscal al momento de la presentación de pruebas, sobretodo en el puente inferencial y como lo sustenta ante la existencia de pruebas indiciarias y que el juez analice si con lo señalado realmente hay una afectación a la administración pública, porque si la hay, en base al principio de legalidad y tipicidad la persona será sancionada por dicha conducta y si no existe afectación, la consecuencia será el archivo del proceso.

Bibliografía

CERNA, David

2020 El delito de tráfico de influencias: Legitimación del acto simulado a partir de la configuración del bien jurídico. Tesis para optar por el grado académico de maestro en derecho en ciencias penales. USMP. Lima. Consulta: 07 de septiembre de 2023.
https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/6958/cerna_cdt.pdf?sequence=5&isAllowed=y

CERNA Ravines, Cristhian

2022 *La finalidad y la legitimidad de la pena en los delitos de corrupción: Breve reflexión sobre el aspecto probatorio para el cumplimiento de la finalidad de la pena.* Delito de corrupción de funcionarios: su imputación y prueba en el proceso penal. Gaceta Jurídica. Lima.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

2012 Acuerdo Plenario N°1-2012/CJ-116. I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y transitoria. Consulta: 8 de octubre de 2023.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/01/AP-01-2012-CJ-116->

[LPDerecho.pdf?_gl=1*1wyzckt*_ga*NjcwMTcwOTQ0LjE2MzExMjAwNTc.*_ga_CQZX6GD3LM*MTY5Njc4MzE5MS41OC4xLjE2OTY3ODMyNjUuNTcuMC4w](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Recurso-de-Nulidad-3004-2012-Cajamarca-LP.pdf?_gl=1*1wyzckt*_ga*NjcwMTcwOTQ0LjE2MzExMjAwNTc.*_ga_CQZX6GD3LM*MTY5Njc4MzE5MS41OC4xLjE2OTY3ODMyNjUuNTcuMC4w)

- 2014 Recurso de nulidad N°3004-2012. Sala Penal Permanente. Cajamarca. Consulta: 08 de octubre de 2023. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Recurso-de-Nulidad-3004-2012-Cajamarca-LP.pdf?_gl=1*19fwumc*_ga*NjcwMTcwOTQ0LjE2MzExMjAwNTc.*_ga_CQZX6GD3LM*MTY5Njc4MzE5MS41OC4xLjE2OTY3ODMyNzQuNDguMC4w
- 2015 ACUERDO PLENARIO N°3-2015/CIJ-116. IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales permanentes y transitoria. Consulta: 20 de junio de 2023. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/da28c4004f297bc9932abbecaf96f216/IX%2BPleno%2BSupremo%2BPenal-2015-3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=da28c4004f297bc9932abbecaf96f216>
- 2015 *Casación N°374-2015*. Sala Penal Permanente. Consulta: 01 de abril de 2023. https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2016/12/Casacion-374-2015-Lima-Trafico-de-influencia-Legis.pe_.pdf
- 2016 Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116. II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Consulta: 8 de octubre de 2023. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/APE-1-2016-CIJ-2016-LPDerecho.pdf?_gl=1*1gahc7g*_ga*NjcwMTcwOTQ0LjE2MzExMjAwNTc.*_ga_CQZX6GD3LM*MTY5Njc4MzE5MS41OC4xLjE2OTY3ODMyNDluOS4wLjA
- 2018 *Casación N° 683-2018*. Sala Penal Permanente. Consulta: 10 de septiembre de 2023. <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wpcontent/uploads/2019/12/04131752/trafico-de-influencias-elementos-2019.pdf>
- 2019 **Video lectura de sentencia de primera instancia. Expediente 6-2016**. Consulta: 14 de abril de 2023. Transmitido por JusticiaTV. <https://www.facebook.com/justiciatv/videos/536852343515333> y https://fb.watch/ksNPmV_uSD/
- 2021 **Sentencia de Apelación N°12-2019**. (Resolución sobre la que versa el presente informe).
- 2021 Apelación N° 2-2021/SAN MARTÍN. Sala Penal Permanente. Ponente: Cesar San Martin Castro. Consulta: 03 de octubre de 2023. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b4a4ea0045394224b6b8fe807c1f73f9/APELACION+02-2021-SAN+MARTIN.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b4a4ea0045394224b6b8fe807c1f73f9>
- 2023 Expediente N°204-2018-22. Resolución N° 25. Sala Penal Especial.

CHANJAN, Rafael y Varios autores

- 2020 El delito de tráfico de influencias y el tratamiento del elemento “caso judicial administrativo”. Derecho y Sociedad. Lima.

GACETA JURÍDICA

2022 *Tráfico de Influencias*. Capítulo XVII. Los delitos de corrupción en la jurisprudencia. División de estudios jurídicos de Gaceta Jurídica. Lima

GARCÍA, Percy

2021 ¿Cuáles son las clases de tipos penales? LP Pasión por el Derecho. Frafmentos de Derecho penal. Parte General. Consulta: 10 de septiembre de 2019. <https://lpderecho.pe/cuales-son-las-clases-de-tipos-penales-bien-explicado/#:~:text=1.-,Los%20tipos%20penales%20cerrados%2C%20abiertos%20y%20las%20leyes%20penales%20en,y%20los%20tipos%20penales%20abiertos.>

GONZÁLEZ, Alberto

2017 El principio de lesividad como límite al *Ius Puniendi*. Panamá.

GÓMEZ, Manuel

2020 *Non bis in idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH. INDRET.

HUAMÁN, Candy

2021 Informe Jurídico sobre la Casación 374-2015 – Caso Aurelio Pastor. Tesis: Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada. PUCP. Lima.

HUGO, Silfredo

2009 Principios reguladores del control penal: Las normas rectoras. Docencia et investigatio. UNMSM. Lima.

IDEHPUCP

2012 Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima. Consulta: 20 de junio de 2023. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/01/Libro-Anticorrupci%C3%B3n-1.pdf>

2019 *10 claves para reconocer el delito de tráfico de influencias*. Consulta: 14 de abril de 2023. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-trafico-de-influencias/>

LÓPEZ, Javier

2022 La prueba en el delito de tráfico de influencias: Una primera aproximación a partir de sus elementos configurativos. Jurisprudencia relevante. Delitos de Corrupción de Funcionarios su imputación y prueba en el proceso penal. Gaceta Jurídica. Lima.

MILICIC, Ana Julia

2016 El principio de lesividad y la peligrosidad en nuestro Código Penal. Consulta: 07 de octubre de 2023 <https://www.terragijurista.com.ar/doctrina/milicic2.pdf>

MONTOYA, Yván

2015 *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.

MORENA DEL RIO, María

2020 La importancia del Bien jurídico tutelado en el ámbito de las sanciones administrativas con factor objetivo de atribución. Derecho y Sociedad.

MORI, Alejandra

2022 *Aspectos sustanciales del delito de Tráfico de Influencias: en especial referencia al Título de intervención del tercero interesado*. Delitos contra la Administración Pública. Debates fundamentales. Gaceta Jurídica. Lima.

2022 El tercero interesado en el delito de tráfico de influencias. Tesis. UNMSM. Consulta: 9 de septiembre de 2023. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/18315/Mori_sa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

2023 Expediente N°204-2018-22. Sala Penal Especial. Consulta: 3 de noviembre de 2023.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/80f1e5804cd9030ea91cbddd50fa768f/25+SENTENCIA+PDF+DEL+SISTEMA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=80f1e5804cd9030ea91cbddd50fa768f>

QUISPE, Daniel

2021 La participación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias a propósito del Acuerdo Plenario N°3-2015. Corte Superior de Justicia de Huánuco. Consulta: 02 de octubre de 2023.

<https://www.facebook.com/cortesuperiorhuanuco/videos/tema-la-participaci%C3%B3n-del-tercero-interesado-en-el-delito-de-tr%C3%A1fico-de-influenc/801392590571228/>

RODRIGUEZ, Julio

2015 El final de la historia: el interesado en el tráfico de influencias es impune. IUS ET VERITAS. Lima.

ROSSO, Manuel

2022 Los delitos de cohecho y tráfico de influencias. LegalToday. Consulta: 10 de septiembre de 2023. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/los-delitos-de-cohecho-y-trafico-de-influencias-2022-07-22/>

SALINAS, Ramiro

2016 Tráfico de influencias y la Casación del caso Aurelio Pastor. Instituto Pacífico. Área: especial del mes. UNMSM. Lima.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010 Expediente N° 03833-2008-PA/TC. Madre de Dios. Consulta: 03 de noviembre de 2023. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03833-2008-AA.pdf>

TORRES, David

2012 “Apuntes sobre el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias”. Boletín Anticorrupción. IDEHPUCP. Consulta: 01 de octubre de 2023.

<https://bit.ly/2VOci0a>

SÁNCHEZ, Janet

2022 Contenido del principio de Intervención Mínima del Derecho Penal y la aplicación debida de la sanción penal en delitos de menor lesividad. Tesis de Doctorado. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque. Consulta: 02 de noviembre de 2023.
https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/11060/S%c3%a1nchez_Cajo_Janet_Cecilia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

YON, Roger

2019 Tráfico de influencias: Un análisis al contenido del tipo penal. Themis. Lima.

VÉLEZ, Sofía

2022 El principio de lesividad como límite al adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico en los delitos de peligro abstracto. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SO021-2021, RAD.48.154. Consulta: 07 de octubre de 2023.
<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/55460/26097.pdf?sequence>

VILLEGAS, Saúl

2022 *Invalidez Material del Delito de tráfico de Influencias*. Delitos de Corrupción de funcionarios: Su imputación y prueba en el proceso penal. Gaceta Jurídica. Lima.

