



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas

ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL PENAL.

TESIS

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL
NUEVO ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL,
RESPECTO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
LIMA.

Autor:

ABOG. JOSÉ ANTONIO PINO ARANGO

Asesor:

DR. JAVIER VILLAVICENCIO ALFARO.

Lima - Perú

Septiembre, 2015.

DEDICATORIA

A mi hijo ANDRÉ....

AGRADECIMIENTOS.

A Dios por ser nuestro padre y guía, A mis padres que son estímulo poderoso para seguir adelante.

A la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, y al asesor de mi tesis, por su valiosa guía y asesoramiento a la realización de la misma.

A nuestros profesores quienes con sus enseñanzas, consejos y amistad brindada a lo largo de nuestra vida universitaria contribuyeron al logro de una meta profesional.

Gracias a todas las personas que ayudaron directa e indirectamente en la realización de esta tesis.

ÍNDICE.

	Pág.
DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	
1.1. Descripción de la Realidad Problemática.....	12
1.2. Delimitación del estudio.....	16
1.3. Formulación del Problema.....	16
1.3.1. Problema General.....	16
1.3.2 Problemas específicos.....	16
1.4. Objetivos de la investigación.....	17
1.4.1. Objetivos General.....	17
1.4.2. Objetivos Específicos.....	17
1.5. Hipótesis de la investigación.....	18
1.5.1. Hipótesis Principal.....	18
1.5.2. Hipótesis Secundarias.....	18
1.6. Variables e Indicadores.....	19
1.7. Justificación e importancia del estudio.....	19
1.7.1. Justificación.....	19
1.7.2. Importancia.....	20
1.8. Antecedentes teóricos.....	21
CAPITULO II: FUNDAMENTOS TEORICOS DEL ESTUDIO.	
2.1. Marco histórico.....	24
2.2. Marco Teórico.....	28
2.2.1. La tutela de la administración pública en Perú.....	28

2.2.2. El funcionario público y su vinculación con los delitos contra la administración pública.....	50
2.2.3. El delito de tráfico de influencias en el Código Penal.....	77
2.2.4. La responsabilidad penal de los intervinientes en el delito de tráfico de influencias.....	121
2.2.5. Los medios probatorios en el proceso penal.....	161
2.2.6. El delito de tráfico de influencias en el derecho comparado.....	179
2.3. Investigaciones.....	182
2.4. Marco Conceptual.....	183
CAPITULO III: METODOLOGÍA.	
3.1. Tipo y Nivel de la investigación.....	186
3.2. Método y diseño de la investigación.....	187
3.3. Población y Muestra.....	188
3.4. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos.....	189
3.5. Procesamiento de datos.....	189
CAPITULO IV: PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.	
4.1. Presentación de resultados.....	191
4.2. Contrastación de la hipótesis.....	212
4.3. Discusión de resultados.....	222
CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	
5.1. Conclusiones.....	233
5.2. Recomendaciones.....	234
BIBLIOGRAFÍA.....	239
ANEXOS	251
A. La ficha bibliográfica.....	252
B. Matriz de coherencia interna.....	253
C. Cuestionario de recolección de datos.....	254

RESUMEN

Esta investigación se ha desarrollado con el fin de brindar aportes significativos respecto a la importancia del delito de tráfico de influencias, los medios probatorios y la prueba indiciaria, conforme a la legislación procesal peruana, para lo cual se utilizó la metodología de la investigación científica, instrumento que sirvió para desarrollar aspectos importantes del trabajo, desde su primer capítulo hasta el último.

De otro lado, en la investigación se realizó la recopilación de información acerca de diferentes especialistas con respecto al desarrollo de las variables: delito de tráfico de influencias, medios probatorios, y prueba indiciaria. En cuanto al estudio de campo se utilizó la técnica de la encuesta con su instrumento el cuestionario la misma que estuvo conformada por 20 preguntas que fueron respondidas por los trabajadores especializados de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima, quienes dieron sus diferentes puntos de vista sobre esta problemática, para luego ser llevadas a las tablas y gráficos estadísticos, así como sus respectivas interpretaciones. En complemento, las hipótesis planteadas fueron contrastadas para luego llegar a las conclusiones y recomendaciones sobre el tema de estudio.

Finalmente, en la parte última de la tesis se concluye con los aportes que se dan como resultado de la investigación, los mismos que se alcanzaron a plenitud, facilitando las recomendaciones, las cuales se consideran como factibles y aplicables; en adición, se agrega la amplia bibliografía, así como el anexo respectivo.

Palabra Clave: Delito, Tráfico Influencias, Procesal penal, Justicia, Ordenamiento, Administración pública, Administración

ABSTRACT

This investigation has developed in order to offer significant contributions with regard to the importance of the crime of peddling of political favors, the evidential means and the ***circumstantial evidence***, in conformity with the procedural Peruvian legislation, for which was in use the methodology of the scientific investigation, instrument that served to develop important aspects of the work, from his first chapter up to the last one.

Of another side, in the investigation the summary of information was realized it brings over of different specialists with regard to the development of the variables: crime of peddling of political favors, evidential means, and ***circumstantial evidence***. As for the field study the technology of the survey was in use with his instrument the questionnaire the same one that was shaped by 20 questions that were answered by the specialized workers of the Penal Courts of the Top Court of Justice of Lima, who gave his different points of view on this problematics, then to be taken to the tables and statistical graphs, as well as his respective interpretations. In complement, the raised hypotheses were confirmed then to come to the conclusions and recommendations.

Finally, in the last part of the thesis one concludes with the contributions that they give themselves as result of the investigation, the same ones that were reached to fullness, facilitating the recommendations, which are considered to be like feasible and applicable; in addition, one adds the wide bibliography, as well as the respective annexe.

Key Word: Crime, Traffic Influences, Criminal Procedure, Justice, Ordinance, Public Administration, Administration

INTRODUCCIÓN

El delito de tráfico de influencias sanciona conductas que responde al compromiso institucional del Estado peruano en materia de lucha anticorrupción, compromiso que se desprende de la propia naturaleza de sus fines y objetivos sociales, así como de la obligación internacional en dicha materia.

En efecto, y como todo en derecho penal, habrá que partir del mandato constitucional para dar sentido y contenido a la norma penal, que en este caso es la del artículo 400 del Código Penal. Nuestra Constitución menciona que el fin supremo del Estado y la sociedad es la defensa de la persona humana y su dignidad (artículo 1 Const.) y en aras de tal consigna es que se garantizan una serie de derechos y se procuran las condiciones mínimas que permitan la participación del individuo en sociedad y el libre desarrollo de su personalidad (artículos 2 y 3 Const.).

Justamente, una de las condiciones mínimas que el ciudadano puede exigir del

Estado para su desarrollo y participación en sociedad es el ejercicio de una *correcta administración pública*, esto es, el uso efectivo de los recursos públicos de forma prestacional, objetiva e imparcial. Exigencia que también se desprende de la propia Constitución en el artículo 39, cuando se estipula que los servidores o funcionarios públicos están al servicio de la nación. Pues, en buena cuenta, función pública y funcionario público son conceptos inseparables; solo es funcionario público quien ejerce función pública y la función pública solo se materializa en los derechos y deberes que se descargan en personas que deciden voluntariamente ubicarse entre los recursos públicos y los destinatarios de aquellos, es decir, en los servidores públicos.

En el aspecto procesal del tema, es oportuno mencionar que con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Lima, y en específico, para los delitos de Corrupción de Funcionarios conforme a la Ley 29574, se establece un nuevo marco normativo que abarca aquellos temas desarrollados anteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la República y por el Tribunal Constitucional en materia de los medios de prueba y la prueba indiciaria.

Con el presente estudio se busca señalar los criterios establecidos por la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia, para el reconocimiento de los medios de prueba y la construcción de la prueba indiciaria, de esta manera se puede aplicar en los delitos de tráfico de influencias dentro del marco normativo establecido por el nuevo Código Procesal Penal. Para este fin, se procederá a exponer algunos conceptos generales sobre los medios de prueba y la prueba indiciaria, para luego referirnos a su tratamiento normativo y jurisprudencial en el Perú, y finalmente referirnos a su vinculación con el delito de tráfico de influencias.

El trabajo que se desarrollo tuvo como título “El delito de tráfico de influencias en el nuevo ordenamiento procesal penal, respecto de la Corte Superior de Justicia de Lima”, para lo cual fue necesario estructurarlo en cinco capítulos: Planteamiento del Problema, Aspectos Teóricos del Estudio, Metodología,

Presentación y Análisis de Resultados, finalizando con las Conclusiones y Recomendaciones, acompañada de una amplia bibliografía, así como el Anexo correspondiente.

En el CAPÍTULO I que presenta el Planteamiento del Problema, se empleó la metodología científica, el mismo que fue utilizado desde la descripción de la realidad problemática, delimitaciones, formulación de problemas, objetivos, hipótesis, variables e indicadores, así como justificación e importancia del estudio.

En el CAPÍTULO II, referido a Aspectos Teóricos del Estudio, comprende los antecedentes de la investigación, así como el marco legal, marco teórico con sus respectivas conceptualizaciones sobre el delito de tráfico de influencias, el funcionario o servidor público, los medios de prueba y la prueba indiciaria, las mismas que se desarrollaron con el apoyo de material precedente de especialistas nacionales e internacionales en cuanto al tema.

En el CAPÍTULO III que presenta la Metodología, comprende el tipo y nivel, el método y diseño, la población y muestra, las técnicas e instrumentos de recolección de datos, finalizando con el procesamiento de datos.

En el CAPÍTULO IV referido a Presentación y Análisis de resultados, se sirvió de la técnica de la encuesta con su instrumento el cuestionario, el mismo que estuvo compuesto por 20 preguntas en su modalidad cerradas, destinadas al recojo de información de trabajadores especializados de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima, dichos resultados sirvieron para graficarlo, así como realizar la interpretación de cada una de ellas, luego se realizó la contrastación de las hipótesis planteadas, para lo cual se utilizó la prueba de Correlación de Pearson.

Por último, en el CAPÍTULO V se mencionan las Conclusiones y Recomendaciones, dan como resultado que la información obtenida de los datos recopilados como producto de la investigación permitieron conocer que la prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias contribuye

de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente; asimismo, que la prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente; para finalizar, que el proceso penal por delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente. En lo referido a las Recomendaciones expresadas en este estudio, se puede mencionar que estas son practicables y viables en la sede fiscal y en la sede judicial, con la idea de optimizar el proceso penal derivado del delito de tráfico de influencias.

CAPITULO I:

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1. Descripción de la Realidad Problemática

La actualidad en la que nos encontramos emergidos da lugar a dudas de la eficacia de un Estado democrático y de derecho como es el nuestro, con numerosos escándalos de corrupción casi cada día, y que ha dado lugar a la regulación de los tipos delictivos que protegen la Administración Pública, y en concreto, a la regulación del tráfico de influencias, el cual, es un tipo delictivo introducido en nuestro Código Penal.

En el marco de la Administración Pública nos encontramos otros tipos delictivos que ponen en peligro el correcto funcionamiento de la misma, si bien, estos delitos ya se encontraban regulados antes que el tráfico de influencias, como pueden ser el cohecho, la prevaricación, la malversación de caudales públicos, delitos de corrupción de las transacciones comerciales internacionales, entre otros. Uno de los más frecuentes es el cohecho, con el que el tráfico de

influencias se encuentra íntimamente relacionado. Mediante la regulación de estos delitos se pretende evitar la corrupción, que se da en la Administración Pública, en todos sus ámbitos.

La corrupción es un fenómeno social que asola nuestra sociedad, nuestras instituciones y que supone una perversión de la democracia y del Estado de Derecho, y por tanto, debe ser perseguida y regulada para garantizar que los ciudadanos puedan ejercer plenamente sus derechos como afirma la Constitución peruana.

Por todos es sabido, que el artículo 39 de la Constitución Peruana garantiza que los Funcionarios Públicos están al servicio de la Nación, estos intereses generales que son a veces convertidos en intereses particulares por parte de las personas encargadas de servir con objetividad y transparencia a los ciudadanos, y que de ser así deben ser sancionados conforme a nuestra legislación penal.

En tiempos anteriores, el delito de tráfico de influencias ni siquiera existía, si existían el mal funcionamiento de la Administración y también casos de corrupción pero no salían a la luz. Diversos motivos dieron lugar al aumento de los procesos de Tráfico de influencias con el propósito de reprimir a los responsables de los comportamientos corruptos en agravio del Estado. Dentro de ello, el motivo principal, sin lugar a dudas, fue la presión mediática de los medios de comunicación, ya que éstos juegan un papel fundamental en el inicio de los procesos de estos delitos, al considerar que exponen continuamente, hoy en día, distintos casos de corrupción, aunque no todos los casos que nos encontramos de corrupción se trata de personajes públicos, también el tráfico de influencias se da en ámbitos no tan públicos.

Podemos decir, que se trata de un delito que ha sido recientemente introducido, un delito que antes ni siquiera se tenía en consideración junto con otros delitos de corrupción, y que ahora en el siglo XXI se ha puesto de “moda”. Pero los medios de comunicación no son los únicos implicados en la regulación

de estos delitos de corrupción, existen otros factores que también han contribuido a la regulación de los mismos entre los que nos encontramos:

- El Estado, ya que se ha convertido en un gran empresario, debiendo acometer grandes proyectos de obras públicas y servicios de gran necesidad provocando la intervención de los funcionarios públicos de cierto nivel en una actividad empresarial.
- El crecimiento de las privatizaciones, ya que para desarrollar las distintas actividades, la empresa privada está mejor preparada, y por tanto, es aconsejable privatizar esta actividad y transferirla a las mismas, dando lugar al aprovechamiento de las influencias y relaciones económicas político-privadas.
- La proliferación de empresas con capital público. Se trata de empresas sometidas a la legislación mercantil, en las que se intenta una transposición de preceptos mercantiles a sus órganos de gestión, y en las que se rompe una regla de oro en la actividad empresarial como es la relación entre costes, gastos y beneficio; algo ajeno a la Administración, la cual solo debe atender el servicio público y la contención de gastos para el ciudadano. La presencia de estas empresas es creciente, sobre todo en el ámbito local, apareciendo como sociedades mercantiles, pero cuyos consejos de administración se forman por personas designadas en razón de sus cargos públicos, y además gestionando los fondos públicos con escaso control por parte de los ciudadanos.
- Por último, la presión mediática. En este factor nos encontramos a los medios de comunicación, gracias a su intervención distintos escándalos de corrupción salen a la luz, ya que hoy en día los grandes escándalos económicos se rodean de sospechas sobre la intervención u omisión de las autoridades o funcionarios públicos, poniéndose su responsabilidad pública en entredicho.

Los graves escándalos de corrupción que sacuden diariamente los medios de comunicación, con un continuo goteo de irregularidades en diversas Administraciones Públicas han creado un sentimiento de rechazo de la ciudadanía hacia la burocracia política fundamentalmente.

De otro lado, el tráfico de influencias se encuentra muy relacionado con los lobbys, siendo calificados como el quinto poder influyente después de los medios de comunicación, estos grupos de presión son definidos por la Real Academia Española como “grupo de personas influyentes, organizados para presionar en favor de determinados intereses”. Normalmente, estos grupos de presión ejercen su actividad sobre aquellas personas que han de legislar, para ofrecerles información sobre su actividad, la problemática de sus intereses, y con ello conseguir normas que sean más favorables para desarrollar sus negocios o limitar los efectos perjudiciales de las normas menos favorables, pero es la falta de regulación de estos grupos de presión lo que hace que sean confundidos y calificados como tráfico de influencias. Debido a ello, cabe diferenciar que el lobby defiende sus intereses exponiendo sus argumentos ante el poder, mientras que el tráfico de influencias es aquella conducta por la que el funcionario público o autoridad busca sacar provecho de su puesto¹.

En los últimos años, los órganos competentes iniciaron procesos con la finalidad de sancionar a los responsables de los diversos comportamientos corruptos cometidos en perjuicio del Estado. Entre estos, el denominado tráfico de influencias fue uno de los más frecuentemente considerados. Sin embargo, no prosperaron por diversas circunstancias, por ejemplo, la índole peculiar de los hechos imputados a los procesados, la aparente dificultad para considerarlos como casos claros de peculado o corrupción y, por último, la manera amplia y difusa en que se describe el tráfico de influencias en el art. 400 CP.

La experiencia ha mostrado, desgraciadamente, que la impunidad sigue siendo la regla, sobre todo, respecto a la corrupción. La ineficacia —salvo en algunos pocos casos— del sistema de control penal y, en particular, de la administración de justicia se debe, en primer lugar, a la falta de voluntad política para combatirla efectivamente: tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo no han hecho lo necesario e indispensable para organizar un

¹ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”. La ley Penal, Nº 7286, Sección Doctrina, Noviembre 2009, Edit. La Ley, p. 1.

sistema eficaz e idóneo; en segundo lugar —y más concretamente— hay que destacar las dificultades encontradas —aun entre los decididos a obrar correctamente— por los órganos de persecución o de juzgamiento en la determinación de los hechos y en la comprensión de las disposiciones legales aplicables.

En este contexto, se puede justificar el propósito que tratamos de cumplir en el presente estudio: presentar y explicar las dificultades para interpretar y aplicar el art. 400 CP. Con este fin, se muestran las diversas etapas del proceso de interpretación y se esclarecen los diversos elementos del tipo legal del tráfico de influencias.

1.2. Delimitación del estudio.

A. Delimitación temporal.

El periodo que se realiza este estudio comprende los meses de setiembre y octubre del año 2015.

B. Delimitación espacial.

Este estudio se realiza a nivel de los trabajadores judiciales de los juzgados penales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

C. Delimitación social.

En la investigación se aplicaron las técnicas e instrumentos orientados al recojo de información de los trabajadores de trabajadores judiciales de los juzgados penales.

1.3. Formulación del Problema.

1.3.1. Problema General.

- ¿De qué manera el proceso penal por delito de tráfico de influencias incide en la protección de la administración pública conforme a la Legislación procesal Penal vigente?

1.3.2 Problemas específicos.

a.- ¿De qué forma la tipicidad objetiva del delito de tráfico de influencias incide en la protección de la administración pública conforme a la Legislación procesal Penal vigente?

b.- ¿De qué manera las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias contribuyen en la protección de la administración pública conforme a la Legislación procesal Penal vigente?

c.- ¿De qué manera la prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias contribuye a la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente?

d.- ¿En qué medida la prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias incide en la protección de la administración pública conforme a la Legislación procesal Penal vigente?

1.4. Objetivos de la investigación.

1.4.1. Objetivos General.

- Determinar la incidencia del proceso penal por delito de tráfico de influencias en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

1.4.2. Objetivos Específicos.

a.- Precisar si la tipicidad objetiva del delito de tráfico de influencias incide en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

b.- Establecer si las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias contribuyen en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

c.- Determinar si la prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias contribuye en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

d.- Establecer si la prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias incide en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

1.5. Hipótesis de la investigación.

1.5.1. Hipótesis Principal.

El proceso penal por delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

1.5.2. Hipótesis Secundarias.

a.- La tipicidad objetiva por delito de tráfico de influencias incide de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

b.- Las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias contribuyen de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

c.- La prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias contribuye de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

d.- La prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

1.6. Variables e Indicadores.

Variable X: El proceso penal por delito de Tráfico de influencias.

Indicadores:

- La tipicidad objetiva del delito de tráfico de influencias.
- Las formas de autoría y participación del delito de tráfico de influencias.
- La prueba documental del delito de tráfico de influencias.
- La prueba indiciaria del delito de tráfico de influencias.

Variable Y: La Protección de la administración pública.

Indicadores.

- Los principios de la función pública.
- Los deberes de los funcionarios públicos.
- Las prohibiciones de conducta de los funcionarios públicos.

1.7. Justificación e importancia del estudio.

1.7.1. Justificación.

La presente investigación está dirigida al estudio desde la doctrina y la jurisprudencia del delito de tráfico de influencias. La justificación del estudio propuesto está dada por la necesidad de mirar la parte especial del Código Penal, en tanto que la mayoría de la doctrina nacional se ha interesado por el estudio de su parte general, recabando en los institutos que conforman el injusto penal y el tipo subjetivo, entre otros temas, sin mirar la necesidad de sentar las bases de interpretación y entendimiento de los delitos en particular, contenidos en la parte especial del Código Penal.

El estudio del tráfico de influencias tiene como motivación indagar si se trata de un delito que puede realmente tener aplicación práctica o si en realidad se trata de un tipo destinado a cumplir, como tantas veces ocurre en el derecho penal, una función simbólica, lo que en parte es coadyuvado, en muchas ocasiones por la falta de precisión de la descripción típica y la inseguridad que ello implica para el operador judicial ante la ambivalencia de su contenido, como podría ser el caso del delito de tráfico de influencias.

1.7.2. Importancia.

En este estudio, se presenta una serie de reflexiones sobre la tipificación del delito de tráfico de influencias en Perú y en especial se analiza la delimitación de su injusto de acuerdo a los principios de la Administración pública.

Se puede notar, que este delito está siendo utilizado en no pocas ocasiones, como una herramienta jurídica por el fiscal y juez para acomodar los comportamientos no santos de los servidores públicos de altas esferas del poder, que a pesar de incurrir en conductas que podrían merecer reproche social, no encuentran eco en adecuaciones típicas concretas.

Por todo ello, el análisis de este estudio ofrece conceptos y teorías actuales que pueden contribuir a garantizar la seguridad jurídica, así resulta plausible desarrollar un estudio teórico especializado que brinde herramientas hermenéuticas a los operadores jurisdiccionales e intérpretes en general para sancionar ciertos casos problemáticos en los cuales, en principio, no parece que el funcionario público haya cometido el delito de “tráfico de influencias”. De esta manera, con esta investigación se pretende identificar y delimitar el contenido y alcance de la modalidad delictiva de “tráfico de influencias”

1.8. Antecedentes teóricos.

1.8.1. Concepto de tráfico de influencias.

Para la doctrina, la conducta en el delito de tráfico de influencias consiste fundamentalmente en la influencia, posición igualmente acogida por la jurisprudencia peruana. Dentro de la doctrina se han elaborado numerosos conceptos de influencia, destacándose fundamentalmente tres grupos:

a) En primer lugar, se encuentra un grupo de conceptos que relacionan la influencia con la inducción. Así, GARCÍA ARÁN relaciona la similitud de la influencia con la inducción basada en que la utilización del término influencia conduce a la “utilización del influjo psicológico sobre otro para determinar su comportamiento”². Sin embargo, reconoce la existencia de algunas diferencias entre la misma y la inducción general a la prevaricación señalando que la influencia no necesita ser eficaz ni directa e incluyendo dentro de las hipótesis reguladas a la influencia para dictar resoluciones ilegales pero no injusta³.

Por su parte, MIR PUIG relaciona la influencia con la inducción al señalar: “Dicho verbo tiene, pues, una estructura parecida o similar a la inducción, en el sentido de que «provoca» en el influido, por medios psíquicos—influjo psíquico—, «una decisión» (en nuestro caso, la resolución favorable económicamente para el autor o un tercero)”⁴.

b) En segundo lugar, se encuentra un grupo de conceptos que relacionan la influencia con la presión, las coacciones o la fuerza moral, a partir de su relación con el prevalimiento,

ORTS BERENGUER entiende por influencia presión, actuación sobre otro para que obre de una determinada manera — la deseada por el sujeto activo—.

² GARCÍA ARÁN, en: Muñoz Conde, Los delitos contra la administración pública, 1996, p. 19.

³ GARCÍA ARÁN, Los delitos contra la administración pública, 1996, pp. 22 - 24.

⁴ MIR PUIG, Delitos contra la Administración pública, 2000, p. 266.

Supone, por tanto, una interferencia en el proceso de toma de decisiones del funcionario influido⁵.

MUÑOZ CONDE, por su parte señala que al influir se sanciona a alguien pueda incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo. En este sentido, considera al tráfico de influencias como un ataque a la libertad del funcionario o autoridad y asemeja su estructura a las coacciones o amenazas aunque sin llegar al grado de constreñimiento físico o psíquico que estos delitos exigen⁶.

c) Por último, se encuentran las definiciones que incluyen dentro de la influencia supuestos de inducción y de presión o que mezclan ambos conceptos.

En este sentido, MORILLAS CUEVA define la influencia como “la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de, superioridad”⁷.

MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO consideran que la influencia está relacionada con la sugestión, inducción o instigación de otra persona realizada mediante el abuso de poder de la primera para alterar el proceso motivador de la segunda⁸.

En definitiva, la influencia puede producirse tanto presionando o coaccionando, prevaliéndose entonces de la superioridad jerárquica (de otro funcionario) o de la fuerza moral de la presión o amenaza (de un particular), como induciendo o convenciendo precisamente por la relación personal y no por razones objetivas, pero sin coacción, amenaza o creación de temor, prevaliéndose entonces el

⁵ ORTS BERENQUER, Enrique: Delitos contra la Administración Pública, en AA.VV.: DP, PE, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 928.

⁶ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, 2010, pp. 1045 y 1046.

⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo: Delitos contra la Administración Pública (I), en COBO DEL ROSAL, M. (coord.): DP Español: PE, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 908.

⁸ CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG, Comentarios al CP, 2011, p. 933.

particular o el funcionario de su estrecha relación personal de amistad, sentimental, sexual, de parentesco, de negocios, de colegas etc. con el funcionario influido (o sea, la corrupción derivada del nepotismo, amiguismo, coleguismo, favoritismo, etc.).

Por tanto, la más adecuada es la interpretación amplia que incluye en la acción de influir tanto la inducción basada en la relación personal sin coacción como la presión o la coacción.

CAPITULO II:

FUNDAMENTOS TEORICOS DEL ESTUDIO.

2.1. Marco histórico

La comprensión del texto legal requiere que se determine el proceso de su elaboración y, en particular, de las fuentes nacionales o foráneas que el legislador ha tomado en cuenta. De esta manera, se abre el camino para calar en el sentido de la norma gracias a las similitudes y diferencias que se constaten respecto a disposiciones precedentes.

El tipo penal de tráfico de influencias se conoce desde el Derecho romano, concretamente cuando uno de sus amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante este: Al descubrirlo el emperador, lo condenó a morir ahogado por el humo; de allí el nombre de “venta de humo” como ya lo referimos. Ahora bien, en lo que respecta al comportamiento típico del delito en mención, este consiste a lo que tradicionalmente se conoce como “venta de humo”: es decir el hecho de vender algo inmaterial.

El delito de tráfico de influencias⁹ o también conocido en la doctrina en su acepción romana, como “venta de humo” no estaba regulado en el texto original del Código Penal de 1924. El antecedente inmediato de esta norma fue introducido, como art. 353-A CP 1924, mediante el Dec Leg 121, del 12 de junio de 1981. Este decreto fue dictado por el Poder Ejecutivo en virtud de las facultades legislativas delegadas por el Parlamento (ley 23230, del 15 de diciembre de 1980), con la finalidad de que se revisen los diversos decretos leyes dictados por la dictadura militar en materia penal. En el proyecto elaborado y discutido por la comisión —designada por el Ministerio de Justicia— no figuraba dicha disposición. Esta fue introducida por funcionarios en el texto definitivo que se dictó. Por tanto, no se discutieron a fondo las razones para estatuirlo. Constituyó una expresión de la idea políticamente predominante entonces, que apuntaba a facilitar la represión eficaz de los funcionarios que durante el fenecido gobierno militar habían cometido delitos contra los intereses del Estado¹⁰. Con este fin, se consideró que —ya desde la manera de elaborar los tipos legales— era necesario disminuir las dificultades que podrían surgir para probar la comisión de los tradicionales delitos contra la administración pública.

La labor del o de los redactores de dicha disposición no fue creadora, en la medida en que tuvieron en cuenta la manera en que el tráfico de influencias había sido descrito en leyes extranjeras. Al respecto, hay que tener en cuenta que el art. 147 CP Colombia, vigente en el momento en que se modificó el código peruano, es el más próximo al art. 353-A. La disposición colombiana reprimía a quien «[...] invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener

⁹ Denominación oficiosa que como bien afirma Hurtado Pozo si bien no concuerda con todas las formas en que puede materializarse el delito previsto en el artículo 400°, también es cierto que por tradición legislativa y jurisprudencial su uso no afecta la interpretación del contenido del tipo penal 400° del Código Penal. Por lo demás, en el Derecho penal, parte especial, es difícil encontrar que alguna denominación o etiqueta dé cuenta de todos los supuestos delictivos que determinado artículo del Código Penal tipifica (HURTADO POZO, Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias”, en Anuario de Derecho Penal 2005, Interpretación y aplicación de la ley penal, Lima, 2006, p. 277).

¹⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 273.

cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer [...]». A diferencia del colombiano, en el texto peruano se hace referencia a «donativo, promesa o cualquier otra ventaja» y no a «dinero o dádivas»; asimismo, se sustituye el elemento subjetivo de «con el fin de obtener cualquier beneficio» por el elemento objetivo de «con el ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público»; y, por último, en lugar de «haya de conocer» se dice «haya conocido».

El legislador colombiano modificó y finalmente descartó el art. 147 al dictar el Código Penal de 2000. En su art. 411, reprime como tráfico de influencias, el hecho de que un «[...] servidor público [...] utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer». El cambio es esencial, porque la descripción ha sido simplificada y se ha precisado su índole de delito especial. De acuerdo con la nueva disposición, solo puede ser cometido por un servidor público y no por cualquier particular, como era el caso según la disposición anterior.

La fuente del art. 147 del código colombiano —e indirectamente del art. 353-A de nuestro Código Penal derogado— fue el art. 346, primer párrafo, del Código Penal italiano, que prevé el delito de millantato credito. Este artículo estatuye: «Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, à sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione [...]».

La defectuosa recepción del art. 147 colombiano por parte del legislador peruano se revela en los cambios que hace respecto a las expresiones «dinero o dádivas» y «con el fin de obtener cualquier beneficio», que el legislador colombiano había utilizado para expresar las fórmulas italianas de «denaro o altra utilità» y «come prezzo della propria mediazione». La versión peruana es

menos fiel al texto italiano, en la medida en que se refiere a «donativo, promesa o cualquier otra ventaja» y a «con el ofrecimiento de interceder».

De manera incorrecta se ha sostenido que la fuente de inspiración de la disposición peruana es el art. 404 bis, letra c, CP español. En esta disposición, se prescribía reprimir a «[...] los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de los funcionarios o encargados de servicios públicos, solicitaren de terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa [...]». Tampoco lo es el art. 476 CP español de 1928 —fuertemente influido por la legislación italiana— en el que se establecía: «El que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las autoridades, agentes de éstas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciere prometer dinero u otras cosas, como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquéllos dependa [...]».

Al respecto, hay que señalar que esta versión es más cercana al art. 346, primer párrafo, del CP italiano: «millantando credito» es traducido como «aparentando crédito»; «riceve o fa dare o fa promettere» como «recibiére o se hiciere prometer»; «denaro o altra utilità» como «dinero u otras cosas»; por último, «come prezzo della propria mediazione» es traducido por «como recompensa de su mediación».

Volviendo al derecho español, conviene destacar que el legislador, consciente de las dificultades que podía provocar, suprime la expresión «hacer dar». Los legisladores colombiano y peruano la mantuvieron sin mayor reflexión.

En el art. 430 CP español vigente, abandonando parcialmente el modelo italiano, se reprime a «[...] los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimientos o promesa».

2.2. Marco Teórico.

2.2.1. LA TUTELA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA EN PERÚ.

2.2.1.1. La corrupción y los delitos contra la administración pública.

Es importante delimitar el bien jurídico que se busca proteger con el Derecho penal, y tratar de definir con precisión los comportamientos considerados como hechos de corrupción, para así cumplir con los principios de legalidad y lesividad, y así no caer en moralismos falsos que muchas veces utilizan los corruptos para enlodar a quienes los atacan o desenmascaran, para así dar la impresión que en el mundo nadie se salva. Con frecuencia se confirma que quienes luchan contra a desenmascaran a los corruptos muchas veces terminan acusados de hechos de corrupción. Por lo anterior resulta fundamental ensayar delimitar el concepto de bien jurídico asumido y de las consecuencias que este fenómeno genera a nivel jurídico, económico y social.

Hoy se percibe la corrupción como el componente de la criminalidad que afecta de manera directa las bases del Estado social y democrático de Derecho, deslegitima la democracia, privatiza la ley, efectúa odiosas políticas económicas que fundamentan el Estado social y menoscaba la confianza de los ciudadanos en el propio sistema. Sin duda se afecta la cultura tributaria pues existe la convicción en que esos impuestos serán desviados a destinos oscuros y distintos de la inversión social, y por otro lado se producirá mayor oposición y desprecio por lo público por ello puede afirmarse que el bien jurídico afectado por la corrupción es precisamente el Estado social y democrático de Derecho.

La lesividad generada por la corrupción pública no es homogénea, lejos de centrar sus efectos en un concreto sector del tráfico jurídico, la corrupción afecta sin duda ámbitos esenciales y diversos de la sociedad:

- a) Desde el punto de vista económico, produce nefastos efectos tanto macroeconómicos como microeconómicos, pues incide desde la revaluación, tasa de cambio, la inflación, la inversión, las tasas de interés, los precios,

disminuye la inversión extranjera y la competitividad de las empresas, pero también desestimula el interés en lo público:

- La corrupción afecta el consumo “por cuanto las familias han de detraer una parte de la renta susceptible de ser destinada a tal destino para el pago de sobornos necesarios para el acceso a determinados bienes y servicios”¹¹.

- La corrupción aumenta injustificadamente y de manera sensible los costos presupuestarios, pues agrega el valor del soborno al precio del contrato de obra, suministro, prestación, entre otros, circunstancia que a la vez disminuirá la demanda, afectando todo el circuito económico¹². Sin duda, las obras públicas no sólo presentan sobrecostos escandalosos, sino que además en nuestra Latinoamérica es frecuente que ni siquiera las concluyan, o llegan al extremo de licitar varias veces la misma obra, se cancelan anticipos de obras que se destinan a lujosos fines privados.

- Al distorsionar y agregar el mercado económico del valor de los bienes y servicios, la corrupción también desestabiliza las tasas de interés y las tasas de cambio¹³. En este sentido, se llega al extremo de afectar el valor de la moneda, pues algunos factores de corrupción en temas tributarios en las exportaciones incrementan desmedidamente el ingreso de moneda extranjera generando injustificada revaluación de la moneda.

- A su vez, la desestabilización de las condiciones de mercado, la inseguridad jurídica, el aumento del costo de producción de los bienes y servicios disminuye la inversión¹⁴, tal como afirma MURIEL PATIÑO: “En segundo término, uno de los más evidentes y repetidos efectos del fenómeno de la corrupción es la reducción de la inversión, debida tanto al

¹¹ MURIEL PATIÑO, María: Economía corrupción y desarrollo, en A.A.V.V: FABIÁN CAPARRÓS, E., (Coord.), La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, Ratio Legis, Salamanca, 2000, p, 33.

¹² FABIÁN CAPARRÓS, E., (Coord.), La corrupción: aspectos jurídicos y económicos, Ratio Legis, Salamanca, 2000, p, 22.

¹³ HOPE, en: BULL, M y NEWELL, J., Corruption in Contemporary Politics. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003, p. 25.

¹⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan: Corrupción y economía global, en: CARBONELL, Miguel y VÁSQUEZ, Rodolfo; Poder, derecho y corrupción, Siglo XXI editores, México, 2003, p, 45.

aumento de los costes (principalmente en forma de sobornos y pagos a intermediarios) como a la incertidumbre acerca de los mismos; de hecho algunos autores sostienen que la falta de certeza acerca de los sobornos a los que las empresas tendrán que hacer frente desincentivan más la inversión que la propia cuantía de los mismos, argumentando que se ve respaldado por resultados empíricos en el mismo sentido del Banco Mundial”¹⁵.

- La corrupción afecta también las reglas de competencia, creando verdaderos monopolios en torno a quienes pagan los sobornos¹⁶, o carteles de la contratación, con lo cual se afecta la igualdad y las relaciones económicas entre los individuos, en palabras de SABÁN GODOY: “Dado que nos referimos a sociedades basadas en el interés privado que se deriva de actividades mercantiles – esa es la razón de su propio pacto social -, tal interés y actividad requieren una radicalización del principio de igualdad (...). La prosperidad, a la postre, es el valor individual que se obtiene de una situación que parte de la igualdad y que produce como resultado una más elevada situación económica”¹⁷.

b) Desde el punto de vista social, se ha demostrado que la corrupción afecta el desarrollo económico del Estado, pues implica el sacrificio de partidas presupuestarias inicialmente dedicadas a la salud y a la educación para invertir las en corrupción¹⁸.

En palabras de GUPTA: "Los análisis empíricos muestran que un alto nivel de corrupción tiene consecuencias adversas para la infancia y las tasas de mortalidad infantil, el porcentaje de bajo peso en niños en el total de nacimientos, y la deserción escolar en escuelas primarias”¹⁹.

¹⁵ MURIEL PATIÑO, María: Economía corrupción y desarrollo, 2000, p. 33.

¹⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales: (anotaciones para un Derecho Penal Globalizado), en: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, p. 126.

¹⁷ SABÁN GODOY, Alfonso: El marco jurídico de la corrupción, Civitas. Madrid, 1991, p. 102.

¹⁸ HOPE, Corruption, 2003, 15.

¹⁹ GUPTA, *The Political Economy*, 2002, p. 132

Había recordado que la corrupción reduce los ingresos por impuestos²⁰ multiplica las fugas de capital²¹, generando mayores obstáculos en el crecimiento económico, pues existe una vinculación probada estadísticamente, de que altos índices de corrupción degrada las posibilidades de crecimiento económico²².

c) Desde el punto de vista jurídico, la corrupción reduce la confianza de los individuos en el ordenamiento jurídico. En la práctica se produce una pérdida de confianza y apatía en los votantes, generando un alejamiento entre representantes y representados²³, situación que finalmente termina socavando los pilares de la democracia²⁴. Y se crea una convicción en los ciudadanos, y es que la corrupción la práctica y la promueve, no uno o unos partidos políticos de derecha, de centro o de izquierda, sino que al final los protagonistas de la corrupción pública están enquistados en las administraciones independientemente del gobernante de turno. Surgiendo un partido independiente de la concepción filosófica del Estado, el partido de los contratistas, caballeros de la corrupción que financian a todos los candidatos, obviamente con alguna preferencia en lo personal más que en lo político o programático, y siempre con la convicción, de que gane el que sea, alguna tajada importante de la contratación pública les entregará.

Tan diversos efectos obligan a preguntar todavía más sobre cuál es la relación entre la corrupción y la Administración Pública, puesto que anteriormente se han mencionado consecuencias tan disímiles como las económicas, las sociales y las jurídico – políticas.

²⁰ FABIÁN CAPARRÓS, *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, 2002, p. 125.

²¹ NYE, *Corruption*, 1997, p. 970.

²² MALEM SEÑA, en: CARBONELL y VÁSQUEZ, *Poder, derecho y corrupción*, 2003, p. 45.

²³ BUSTOS GISBERT, Rafael: "La corrupción de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal", en Eduardo A. Fabián Caparrós, (coord.): *La Corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Ratio Legis, 2000, p. 36.

²⁴ MALEM SEÑA, en: CARBONELL, Miguel y VÁSQUEZ, Rodolfo, *Poder, derecho y corrupción*, 2003, p. 52. MONTENEGRO DE FLETCHER, Alma: *Corrupción, democracia y ética*, Colecciones Iuris, Panamá, 1997, p. 77.

La respuesta a esta cuestión implica necesariamente el obvio reconocimiento de que la corrupción es político criminalmente un fenómeno pluriofensivo, que afecta a múltiples intereses que la sociedad considera como fundamentales.

Sin embargo, para intentar delimitar desde ya el objeto del presente análisis, pues el alcance que se busca no es tratar las distintas modalidades de corrupción sino el tráfico de influencias en la corrupción, tendré en cuenta solamente los efectos que tiene este fenómeno frente a la Administración pública²⁵:

Nadie puede desconocer que la corrupción en general afecta la inversión, y que la corrupción en el sector público afecta concretamente la eficiencia de la inversión pública.

La corrupción no solamente afecta la economía privada, sino que también tiene terribles consecuencias frente al manejo de la economía pública, pues se disminuye la eficiencia de las inversiones públicas y en general del Estado²⁶.

En este sentido, tal como afirma ROSE – ACKERMAN: “Los gobernantes corruptos favorecen los proyectos de capital intensivo sobre otros tipos de gastos públicos y favorecen la inversión pública sobre la inversión privada. Frecuentemente apoyarán proyectos de tipo ‘elefante blanco’ que tienen poco valor para promover el desarrollo económico”²⁷.

Plena razón le asiste a la cita anterior, un gran porcentaje de las regalías mineras peruanas se han despilfarrado y perdido con proyectos suntuosos o inversiones en obras suntuarias o financiaciones cuestionables, y hasta ahora nada parece haber hecho la justicia penal.

²⁵ Ello necesariamente implica también el reconocimiento de otros efectos de la corrupción, pero también de la necesidad que solamente se considere la existencia de una corrupción pública sino también de una corrupción privada.

²⁶ MURIEL PATIÑO, *Aspectos jurídicos y económicos*, 2000, p. 33.

²⁷ ROSE – ACKERMAN, en: CARBONELL / VÁSQUEZ, *Poder, derecho y corrupción*, 2003, p. 41.

En lo social, la corrupción no solamente afecta el crecimiento económico en general sino que muy concretamente afecta la eficiencia de los proyectos de inversión pública en la prestación de los servicios públicos como la salud y la educación²⁸.

Y en lo político, sin duda, se afecta la confianza de los ciudadanos y como consecuencia de lo anterior, una refrendación de lo anterior son las elevadas cifras de abstencionismo electoral.

En consecuencia, puede concluirse que la corrupción afecta debido el funcionamiento del Estado, bien sea desde el punto de vista económico (reducción de la eficiencia de las inversiones), desde el punto de vista social (reducción de la eficiencia de la inversión social en la cobertura y calidad de servicios públicos, salud, educación, régimen de pensiones, entre otros) o desde el punto de vista jurídico político (reducción de la eficiencia en el funcionamiento de la democracia, vacíos en la administración de justicia, mora judicial, desconfianza en los fiscales y jueces, frustración y prevención ante la administración de justicia y sus actores, incluyendo por supuesto a los abogados).

Por ello, la identificación de la Administración pública como el bien jurídico parte de la base del reconocimiento de la tesis que considera que la Administración Pública es el conjunto de actividades en servicio de los ciudadanos y que se materializa en el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

La identificación entre el fenómeno lesivo y el objeto afectado por éste resulta satisfactoria y permite algunos avances dogmáticos y político - criminales:

En primer término, permite la aplicación de criterios dogmáticos al análisis de un fenómeno criminal como la corrupción, el cual generalmente solamente es analizado desde un punto de vista criminológico o político - criminal ante las

²⁸ MURIEL PATIÑO, *Aspectos jurídicos y económicos*, 2000, p. 36.

dificultades en su nítido encuadramiento en un grupo de conductas punibles específicas.

En segundo lugar, permite la aplicación de los criterios de estudio criminológicos y político criminales propios del estudio de la corrupción y de los delitos de cuello blanco al análisis de un grupo de conductas punibles como los delitos contra la Administración pública, en las cuales resultaba muy poco frecuente el estudio de aspectos extrajurídicos.

De esta manera, lo que aquí se propone es una simbiosis como la formulada por ROXIN entre la dogmática y la política criminal²⁹ en el estudio de un fenómeno criminal concreto como la corrupción a través del espectro de los delitos contra la Administración Pública.

2.2.1.2. La evolución de la tutela penal de la administración pública en Perú.

El derrotero legal, jurisprudencial y doctrinal de los delitos contra la Administración Pública en Perú ha evolucionado de considerar que estas conductas punibles tutelaban meros deberes de los funcionarios públicos a señalar que su objeto de protección es el correcto funcionamiento de la Administración Pública³⁰.

Por lo anterior, mientras que en un principio algunas de las fórmulas de tipificación más utilizadas para consagrar los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos eran la imprudencia y la omisión, en la actualidad se prefiere la consagración de delitos dolosos, aspectos que serán analizados en el presente estudio a través de un estudio legal, jurisprudencial y doctrinal del objeto tutelado en estos delitos.

²⁹ ROXIN, Claus: Política criminal y sistema de Derecho penal, Trad. De Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, p. 15, posición acogida en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: Lecciones de Derecho Penal, PG, 2 Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 3 - 18.

³⁰ ASÚA BATARRITA, Adela: Delitos contra la administración pública, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1997, p. 20.

2.2.1.2.1. De la Tutela del deber a la Tutela de la función.

Si bien dentro de las primeras obras del Derecho penal especial no se hizo especial referencia al objeto tutelado en los delitos contra la Administración Pública, sino que se analizó directamente cada conducta punible, debe destacarse que ya se señalaba que el criterio de sistematización que se utilizaba era el concepto de empleado³¹.

Años más tarde, en la obra de GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, la doctrina comenzó a tomar una postura sobre el objeto de tutela de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Para este autor, la justicia penal debía sancionar el incumplimiento de los deberes de mayor cuantía de los funcionarios públicos³², considerando a la desobediencia como la sustancia primaria de estos delitos:

“La desobediencia al Poder público, la rebelión contra sus órdenes; la violación de sus mandatos, el desprestigio de las leyes y de las autoridades es, pues, la sustancia primaria determinante de la configuración científica de esta clase de delitos. Todo lo demás es accidental y accesorio”³³.

Esta postura se fue consolidando dentro de la doctrina, especialmente en obras como la de JASO, ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ, quienes manifestaban que “los delitos de funcionarios suponen conductas contrarias al deber del servicio, que les impone de modo calificado el deber de colaborar en la obra del Estado cumpliendo y haciendo cumplir las normas jurídicas”³⁴.

Similar situación ocurre con otros autores como OLESA MUÑIDO³⁵ y FERRER SAMA³⁶, para quien estos delitos consisten en “la violación de un deber jurídico público propio de ciertas funciones sociales”.

³¹ CASABÓ RUIZ, José: Escritos penales, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, pp. 180 - 190.

³² GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro: El Código Penal de 1870 concordato y comentado, T. IV, Madrid, 1912, p, 91.

³³ GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, 1912, 92.

³⁴ RODRÍGUEZ MUÑOZ, D., JASO ROLDÁN, T., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial. Madrid, 1949, p. 192.

³⁵ Cfr. OLESA MUÑIDO, Francisco: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Octavio Pérez Vitoria, T. I., Barcelona, 1983

Incluso en la obra de CUELLO CALÓN, se señala, frente al análisis de algunos delitos como la malversación, que éstos consisten fundamentalmente en la infracción del deber de probidad de los funcionarios públicos³⁷.

A principio de la década de los sesenta, QUINTANO RIPOLLÉS comenzó a señalar que el servicio público era el bien jurídico tutelado en los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos³⁸ y criticó la rúbrica del Código Penal Español por no contener todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos³⁹.

Poco a poco se comenzó a criticar la consideración del deber del cargo como el bien jurídico tutelado en los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos:

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, tras un extenso análisis de los códigos penales de la Alemania nazi y de la Italia gobernada por Mussolini afirmaba que la teoría **del deber del cargo** era propia de los sistemas totalitarios⁴⁰.

También se señalaba que la existencia de un conjunto de delitos que tutelara el ejercicio de los cargos de los funcionarios públicos implicaba realmente una violación al principio de la división de poderes⁴¹, pues producía una intervención de la rama judicial en la rama ejecutiva, mediante el enjuiciamiento de los jueces del desempeño de las funciones del gobierno⁴².

Otros afirmaban que el deber del cargo “se trata de un criterio meramente formal que nada dice sobre el contenido, y que carece por tanto de cualquier capacidad limitadora”.

³⁶ Cfr. FERRER SAMA, Antonio: Comentarios IV, Madrid, 1956.

³⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio: Derecho Penal. Parte Especial, II, Bosch, Barcelona, 1980.

³⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, Curso de Derecho Penal I. Madrid, 1963, p. 549.

³⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, 1963, p. 550.

⁴⁰ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: La prevaricación del funcionario público, en: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 237.

⁴¹ CASABÓ RUIZ, *Escritos*, 1979, p. 191.

⁴² CASABÓ RUIZ, *Escritos*, 1979, p. 191.

Por último, también se aducía que la simple infracción de un deber no puede constituir un bien jurídico⁴³. En este sentido, tal como afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “la prevención y represión de la mera infracción de deberes funcionariales sin especial trascendencia en el bien jurídico debe quedar en el ámbito del Derecho administrativo disciplinario”⁴⁴.

De esta manera, la tesis **del deber del cargo** fue paulatinamente abandonada por la doctrina y la discusión dogmática se centró en la posibilidad de encontrar un bien jurídico para todos los delitos contra la Administración Pública.

En este sentido, MUÑOZ CONDE destaca la dificultad de determinar un bien jurídico común para todos los delitos contra la Administración Pública y manifiesta que la denominación del Título XIX del Código Penal Español no es más que una rúbrica general, la cual luego tiene que concretarse en cada delito⁴⁵.

Esta tendencia a señalar la imposibilidad de identificar un bien jurídico único no solamente se extendió a todos los delitos contra la Administración Pública en general, sino también a algunos de ellos en particular, pues ni siquiera existe unanimidad en la determinación de un único bien jurídico tutelado en las modalidades **de tráfico de influencias**.

Sin embargo, estas críticas a la existencia de un único bien jurídico no han impedido que un gran sector de la doctrina intente concebir un interés común tutelado por los delitos contra la Administración Pública:

Para MIR PUIG⁴⁶, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA⁴⁷ y ORTIZ DE URBINA GIMENO⁴⁸, el bien jurídico tutelado es el **correcto funcionamiento**

⁴³ RAMOS TAPIA, Inmaculada: El delito de prevaricación, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 98.

⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español, en: RDUC (Managua – Nicaragua), N° 7, 2004, p. 166.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, DP. PE, Tirant lo blanch, 18va. edición, Valencia, 2010, p. 984.

⁴⁶ MIR PUIG, Carlos: Los delitos contra la Administración pública en el nuevo CP, Bosch, Barcelona, 2000, p. 19.

de la Administración pública. Por su parte, para GONZÁLEZ CUSSAC el bien jurídico tutelado es la función pública ejercida correctamente⁴⁹.

BUSTOS RAMÍREZ y OCTAVIO DE TOLEDO señalan que el bien jurídico tutelado es el correcto ejercicio de la potestad⁵⁰. Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y OLAIZOLA NOGALES⁵¹, el bien jurídico tutelado es el buen funcionamiento de la Administración pública.

ASÚA BATARRITA señala que el bien jurídico tutelado es la preservación de la forma de actuación de la Administración conforme a sus fines y el sometimiento a aquellos principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia⁵². ORTS BERENGUER⁵³ y CUGAT MAURI⁵⁴, en una posición muy similar a la formulada por QUINTANO RIPOLLÉS, manifiestan que el servicio público es el bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública.

MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO manifiestan que el bien jurídico tutelado en estos delitos es “el correcto funcionamiento de la administración pública de acuerdo con su función constitucional de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales”⁵⁵, destacando que la misma tiene un aspecto externo

⁴⁷ MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos de tráfico de influencias”. En: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Comentarios al Código Penal español, Tomo II, Pamplona, Aranzadi/Thomson Reuters, 2011, p. 1207.

⁴⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo: Delitos contra la Administración Pública, en: SILVA SÁNCHEZ, J.: Lecciones de Derecho Penal. PE, Atelier, Barcelona, 2006, p. 327.

⁴⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: La prevaricación, en: AA.VV.: Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996, p. 17.

⁵⁰ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, 1980, 333. En igual sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *DP. PE*, 1991, 436.

⁵¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El delito de tráfico de influencias*, 1997; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO /OLAIZOLA NOGALES, *ROCE*, 1996, 40.

⁵² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en ASÚA BATARRITA, *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 21.

⁵³ ORTS BERENGUER, Enrique: Delitos contra la Administración Pública, en AA.VV.: *DP, PE*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 891.

⁵⁴ CUGAT MAURI, Miriam: La desviación del interés general y el tráfico de influencias, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 76.

⁵⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (dirs.), Comentarios al Código penal Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 887.

vinculado al servicio público y un aspecto interno relacionado con la relación entre la Administración y el funcionario público⁵⁶.

En consecuencia, a partir de esta breve recuento de lo que ha considerado la doctrina española del bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración pública, puede concluirse que inicialmente se pensaba que el objeto tutelado eran los deberes de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y que en la actualidad se señala que es el buen o correcto funcionamiento de la Administración Pública.

2.2.1.2.2. De la tipificación del incumplimiento de los deberes del cargo a la tipificación de la desviación de intereses.

El primer aspecto que se puede resaltar a partir del análisis de los delitos contra la Administración Pública es que la mayoría de estos tipos penales ha evolucionado de ser un incumplimiento de deberes (conducta axiológicamente omisiva) a constituir una desviación de intereses (conducta axiológicamente activa).

En este sentido, de manera mayoritaria se partía de la determinación de una norma positiva, como es el cumplimiento de los deberes del cargo, para luego configurar el delito a partir de la omisión de esta norma positiva, es decir, en virtud del incumplimiento de los deberes del cargo.

Por esta razón, el concepto fundamental sobre el cual se construía el bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración pública era el de los deberes del cargo, circunstancia que se evidencia no solamente a partir de la denominación del título en el cual se incluían, sino también por medio del análisis de los capítulos y de los artículos a través de los cuales se tipificaban.

2.2.1.3. El bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias.

La mayoría de la doctrina señala que el bien jurídico tutelado en las modalidades de delito de tráfico de influencias consagrados en el art. 400.1 y

⁵⁶ CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG, *Comentarios al CP*, 2011, p. 887.

400.2 del Código Penal es la imparcialidad, individualmente considerada o junto al principio de objetividad. Sin embargo, existen posturas doctrinales que señalan que a través de la tipificación de estas conductas punibles se tutelan otros bienes jurídicos como la integridad y buen nombre de las Administraciones públicas, los deberes de la función pública, el interés general o el correcto funcionamiento de la Administración pública.

A) Imparcialidad y objetividad.

La mayoría de la doctrina se refiere a los principios de imparcialidad y de objetividad como los objetos tutelados por las modalidades de tráfico de influencias consagradas en el art. 400.1 y 400.2 CP, axiomas que en algunos casos se consideran sinónimos y en otros se distinguen.

CUGAT MAURI manifiesta que “la imparcialidad constituye el bien jurídico afectado por el delito de tráfico de influencias”. En este sentido, esta autora establece una relación de especie a género entre los principios de imparcialidad y objetividad al manifestar que “como se ha dicho, la imparcialidad vendría a ser el momento personal del respeto a la objetividad”⁵⁷. Pero además relaciona estos dos principios con la igualdad y la democracia, al manifestar: “La exclusión de factores subjetivos garantiza las condiciones personales necesarias para la satisfacción de los intereses generales objetivados en la ley y en definitiva pues del principio de igualdad, que está en la raíz de la definición democrática de aquéllos”⁵⁸.

Similar posición adopta ORTS BERENGUER, quien señala que a través del tráfico de influencias se “lesiona, una vez más, la imparcialidad y objetividad con que los poderes públicos deben actuar en la prestación de servicios a la comunidad”⁵⁹.

También asume este enfoque RODRÍGUEZ RAMOS, aunque resaltando la importancia del interés público, para lo cual manifiesta que “el fin perseguido

⁵⁷ CUGAT MAURI, *Tráfico de influencias*, 1997, p. 104.

⁵⁸ CUGAT MAURI, *Tráfico de influencias*, 1997, p. 104.

⁵⁹ ORTS BERENGUER, *Delitos contra la Administración pública*, 2004, p. 928.

por el legislador al introducir esta figura es, al igual que en el delito de cohecho, evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos, tutelando y protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad y objetividad de las decisiones de las autoridades y funcionarios públicos, que velan por el bien común y el interés general de la sociedad”⁶⁰.

En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO hace especial referencia a la importancia de los valores constitucionales para determinar un bien jurídico común en los delitos de tráfico de influencias y encontrarlo en varios principios constitucionales, al expresar: “Denominador común que parece viable identificar, a partir de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos y de la proclamación de la igualdad de los peruanos (art. 2.2 de la Constitución), con la objetividad, imparcialidad, independencia y respeto por la igualdad tanto de los individuos como en el tratamiento público de sus derechos, que han de observarse en el ejercicio de esas mismas actividades administrativas, judiciales y fiscales”⁶¹.

Con base en este planteamiento, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO concluye que mientras en los delitos de tráfico de influencias estos axiomas constitucionales se protegen directamente, en el cohecho se protegen mediatamente: “ello habla a favor de que los bienes jurídicos afectados por los delitos de cohecho y los relativos al <<tráfico de influencias>> son en algo diferentes: en aquellos se tratará de la no venalidad en el ejercicio del cargo, como antecedente de la legalidad, no arbitrariedad, objetividad, imparcialidad, independencia e igualdad; mientras que en éstos se trata, ya directamente, de estos valores”⁶².

MIR PUIG señala que el bien jurídico protegido corresponde al correcto funcionamiento de la Administración Pública, conforme a los criterios de objetividad e imparcialidad⁶³.

⁶⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (coord.): CP concordado con jurisprudencia sistematizada y Leyes penales especiales y complementarias, La Ley, Madrid, 2005, p. 805.

⁶¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Tráfico de influencias, RJEDB, Nº 5, 1998, p. 1516.

⁶² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *RJEDJB*, 1998, p. 1523.

⁶³ MIR PUIG, *Delitos contra la Administración pública*, 2000, p. 251.

CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG, señalan que el bien jurídico tutelado es la imparcialidad de la actuación administrativa en el sentido de la objetividad y la neutralidad de la misma, deslindándose los intereses públicos de los intereses particulares⁶⁴.

Tal como sucede en la doctrina, la jurisprudencia mayoritaria considera a los principios de imparcialidad y objetividad como los objetos afectados por los delitos de tráfico de influencias.

Es importante señalar, que el objeto de tutela en el delito de tráfico de influencias es la apariencia de imparcialidad y objetividad de los funcionarios públicos y por ello justifica el adelantamiento de protección del bien jurídico a través de este delito.

El denominador común de la posición acogida en estos pronunciamientos es la alusión a que la ratio legis del tráfico de influencias es evitar la interferencia de intereses ajenos a los públicos dentro de la Administración, postura que nuevamente coloca a la desviación de intereses como el núcleo del injusto de este delito.

Por otro lado, debe señalarse que no existe unanimidad sobre el objeto de la imparcialidad, pues éste se ha determinado en la Administración, en las decisiones de la Administración y en sus funcionarios.

En este sentido, cabe afirmar que resulta más conveniente considerar que la imparcialidad se predica de las decisiones de los funcionarios públicos (traducidas en actuaciones administrativas) y no de ellos como tales, pues esto último implicaría la remisión a deberes netamente disciplinarios pero no a una afectación real de la Administración pública.

⁶⁴ CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG, *Comentarios al CP*, 2011, p. 931.

Sin embargo, esto no implica que finalmente tenga que producirse una actuación administrativa, pues como bien resalta la doctrina, el tráfico de influencias es un delito de peligro y de mera conducta y por ello solamente se requiere de una conducta idónea para transgredir la imparcialidad de una decisión administrativa.

Esta sutil distinción que parece intrascendente, resulta fundamental en el momento de determinar la idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico, pues no podrá hacerlo la influencia para que un funcionario lleve a cabo un acto sobre el cual no tiene competencia alguna, planteamiento que será analizado más adelante.

B) La imparcialidad

Algunos autores no se refieren conjuntamente a los principios de imparcialidad y objetividad como los bienes jurídicos tutelados en los delitos de tráfico de influencias, sino que circunscriben el bien jurídico directamente al primero de ellos.

MUÑOZ CONDE afirma frente a los delitos de tráfico de influencias que estos “tienen una naturaleza parecida a la del cohecho, con el que tiene en común un mismo bien jurídico protegido (la imparcialidad en la función pública) y una misma finalidad político criminal: evitar la desviación del interés general hacia fines particulares”⁶⁵.

MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA también señalan que el bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico de influencias es la imparcialidad, pese a que no consideran que la totalidad de este principio se vea afectada por estas conductas: “en el delito de tráfico de influencias, sólo se confiere tutela a una de las vertientes del principio de imparcialidad, que se corresponde con aquella que concierne al particular en el delito de cohecho, concretada en la obligación de dirigirse a la Administración para formular sus peticiones sin interferir

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. PE*, 18.ª, 2010, p. 1044.

ilícitamente en la toma de decisiones, es decir, utilizando los cauces ilícitos para su obtención”⁶⁶.

De esta manera, ambas posturas parten de la similitud de los delitos de cohecho y tráfico de influencias aunque la segunda señala la orientación diversa que debe existir en la interpretación de cada uno de ellos.

C) La integridad y buen nombre de las administraciones públicas.

SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, concentra el bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico de influencias en la integridad de las Administraciones públicas, pese a hacer referencia también a la imparcialidad: “El bien jurídico protegido es la integridad de las Administraciones públicas”; ya que se “reclaman de las distintas administraciones un comportamiento imparcial, o discriminatorio y no arbitrario”⁶⁷.

Similar posición adopta QUERALT JIMÉNEZ, quien, además de situar el bien jurídico también en la integridad de las Administraciones Públicas, conecta este objeto de tutela con los servicios del Estado: “Dejando de lado lo ya dicho desde una perspectiva político - criminal. Ha de señalarse ahora que la inclusión de este nuevo capítulo supone dotar de carta de naturalización el bien jurídico que, difusamente, podría denominarse integridad de las Administraciones públicas – elemento asegurador de la capacidad prestacional de servicios de un Estado social y democrático de Derecho—”⁶⁸.

En algunos fallos jurisprudenciales se señala que el bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias es el buen nombre o la imagen de la Administración Pública, postura que puede tenerse en cuenta para la determinación de uno de los efectos de esta conducta punible, mas no para concretar el núcleo del injusto en el delito de tráfico de influencias.

⁶⁶ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios*, 2011, p. 1254.

⁶⁷ SUÁREZ – MIRA RODRÍGUEZ, Carlos: *Manual de DP, PE, Civitas*, Madrid, 2005, pp. 533 - 534.

⁶⁸ QUERALT JIMENEZ, Joan: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, sexta edición, Atelier, Barcelona, 2010, p. 1176.

D) Deberes de la función pública.

Existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se reconoce que el delito de tráfico de influencias constituye una infracción de deberes jurídicos, concretamente de los deberes frente a la transparencia en el ejercicio de la función y la imagen de la Administración, aunque también se acepte en este pronunciamiento que no basta con la mera infracción de deberes, sino que también es necesario desarrollar los elementos del tipo penal.

Ante el delito de tráfico de influencias, “se trata, en definitiva, de mantener dentro del Derecho, de la Ley y de la ética, en cuanto valor social indiscutible, a la función pública”.

Con una fundamentación similar, también se ha considerado que el tráfico de influencias tiene por objeto velar por la pureza de la función pública.

Frente a estas posturas pueden oponerse los mismos argumentos empleados para criticar la tesis de los deberes del cargo como bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración pública: se tutelaría sólo la relación del funcionario con la Administración, la cual puede tener trascendencia en el campo disciplinario, pero no en el penal.

E) El interés general.

OCTAVIO DE TOLEDO señala que la tipificación de los delitos de tráfico de influencias responde a la necesidad de salvaguardar los principios constitucionales de puesta al servicio de los intereses generales y sometimiento a la legalidad⁶⁹.

Bajo esta interpretación, los intereses generales se afectan al motivar la resolución en un interés particular como es la generación directa o indirecta de un beneficio económico individual, mientras que la legalidad se funda en que las conductas de tráfico de influencias han de tener por finalidad conseguir una resolución que al menos puede ser contraria a la legalidad.⁷⁰

⁶⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *RJEDJB* 1998, p. 1514.

⁷⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *RJEDJB*, 1998, p. 1515.

Sin embargo, este autor reconoce el distanciamiento entre los comportamientos tipificados en el tráfico de influencia y el objeto de protección al incriminarse conductas tendenciales como influir o comportamientos como ofrecerse a realizar, concluyendo que los mismos constituyen delitos de peligro e incluso de riesgo de peligro⁷¹.

MESTRE DELGADO aproxima su postura a la tutela del interés general en el delito de tráfico de influencias, al señalar que “con la tipificación expresa de un Capítulo dedicado al tráfico de influencias, el legislador ha querido reprochar la utilización de la Administración Pública para la satisfacción de intereses particulares de los funcionarios o autoridades, y no para el servicio del interés general”⁷². También alude este autor -como lo hacen los anteriores- a los principios de la Administración pública, al manifestar que esta conducta “supone una grave inversión de los valores y principios que legitiman la actuación administrativa”⁷³.

CABELLO MOHEDANO señala al interés privado como el elemento determinante en los delitos de tráfico de influencias, manifestando que, “en nuestro Código, el interés privado en su acepción vulgar es igualmente el elemento que (...) subyace en todos los delitos de funcionarios”⁷⁴.

Sobre este punto, GIMENO LAHOZ y CORBELLA HERREROS, dando relevancia también a la libertad, han dicho: “Constituye el núcleo de estos delitos un ataque a la libertad del funcionario, que tiene que adoptar en el ejercicio de su cargo una decisión motivada por intereses ajenos a los públicos”⁷⁵.

⁷¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *RJEDJB*, 1998, p. 1516.

⁷² MESTRE DELGADO, Esteban: Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, en: LAMARCA PÉREZ: Derecho Penal. Parte Especial, Colex, UNED, 2005, p. 590.

⁷³ MESTRE DELGADO, *DP. PE*, 2005, p. 590.

⁷⁴ CABELLO MOHEDANO, Francisco: Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias, en: GONZÁLEZ RUS, Juan José (coord.): Estudios penales, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, p. 91.

⁷⁵ GIMENO LAHOZ, Ramón / CORBELLA HERREROS, Teresa: Delitos contra la Administración pública. Título XIX, En Delitos contra la Administración pública; contra la Administración de justicia y contra la Constitución, Bosch Icasa Editorial, 1998, p. 90.

En este sentido, BLANCO LOZANO señala que a través del tráfico de influencias “se trata de evitar la desviación del interés general hacia fines particulares”⁷⁶.

Por su parte, CATALÁN SENDER también hace énfasis en la idea del interés general, al expresar que con el delito de tráfico de influencias “se vulnera con la conducta aquí sancionada el mandato constitucional de que la Administración debe servir con objetividad a los intereses generales y no a los individuales y espurios de los gobernantes o funcionarios que formen parte del entramado de la misma”⁷⁷.

De esta manera, tal como sucedió frente a la determinación del bien jurídico tutelado en el delito de cohecho, puede concluirse que no existe unanimidad frente a la consideración del bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico de influencias, pese a lo cual, a partir de las tesis expuestas pueden extraerse algunas conclusiones:

En primer término, existe una estrecha relación entre el bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico de influencias y los principios constitucionales de la Administración pública, según el cual “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”.

En este sentido, podría señalarse que el bien jurídico tutelado por estas conductas punibles es la objetividad o la imparcialidad en las actuaciones de la Administración pública, pero lo que realmente tiene vital trascendencia para la determinación del injusto es la desviación del interés general hacia el interés particular.

⁷⁶ BLANCO LOZANO, Carlos: Tratado de derecho penal español, II, El sistema de la parte especial. Vol. 1, Delitos contra bienes jurídicos individuales, J. M. Bosch, Barcelona, 2005, p. 513.

⁷⁷ CATALÁN SENDER, Jesús: Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo CP (doctrina y jurisprudencia), Bayer hermanos S.A, Barcelona, 1999, p. 226.

Por ello, resulta muy interesante la posición de CABELLO MOHEDANO, para quien “por otra vía, por la vía de los intereses privados sobre los propios de la función pública, esto es, los generales, encontramos un camino sobre el que situar los elementos comunes al nuevo tipo penal creado y, en general, a todos los delitos de funcionarios”⁷⁸.

Esta desviación del interés público, sin embargo, no puede considerarse genéricamente, sino que debe estar referida a los procedimientos administrativos, tal como señala FLORES PÉREZ: “(...) reservando el tráfico de influencias para aquellas actuaciones en las que el bien jurídico afectado es la correcta utilización de acceso y seguimiento de los procedimientos administrativos, sin interferir ilícitamente en la toma de decisiones, aun cuando la decisión adoptada no se pueda calificar de injusta”⁷⁹.

De esta manera, el núcleo del injusto en los delitos de tráfico de influencias es la desviación de intereses.

F) Otras posturas.

Existen otras posturas similares a las anteriores sobre el bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico de influencias, aunque en las mismas se analicen otros elementos, los cuales se expondrán brevemente a continuación, con el objeto de derivar nuevos criterios para el análisis de estos delitos.

CRESPO BARQUERO considera que “con carácter general puede considerarse como bien jurídico protegido de todos los delitos contra la Administración Pública, es decir, la eficacia imparcial de dicha Administración es esa actividad tendiente a cubrir las prestaciones que de ella se esperan en un Estado social y democrático de derecho”⁸⁰.

⁷⁸ CABELLO MOHEDANO, en: GONZÁLEZ RUS, *Estudios penales*, 1996, p. 91.

⁷⁹ FLORES PÉREZ, Alfredo, "El delito de tráfico de influencias", en AA. W, *Delitos contra la administración pública*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid, 2002, p. 190.

⁸⁰ CRESPO BARQUERO, Pedro y otros: *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. Tomo II, Comares, Granada, 2002, p. 2382.

Por otro lado, si bien también menciona a la imparcialidad, la postura de CATALÁN SENDER es mucho más amplia, al señalar que “es, en fin, la imparcialidad, pureza y rectitud de la Administración y, por extensión, de los servidores públicos el bien jurídico tutelado”, agregando también que “de otra forma la sociedad deja de confiar en la Administración, produciéndose una deslegitimación constitucional de ésta y, a la postre, un caso social y jurídico”⁸¹.

POLAINO NAVARRETE señala que el bien jurídico es el valor de la incorruptibilidad funcional, la cual se ve lesionada en tres sentidos: por la abusiva influencia del cargo pública, por la finalidad de conseguir una resolución corrupta y por la susceptibilidad de generar un enriquecimiento económico⁸².

Por otro lado, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, afirma que el bien jurídico en este delito es “el correcto funcionamiento de la Administración pública”⁸³, en ambas modalidades de tráfico de influencias, y además, “el legislador ha pretendido adelantar las barreras en este sentido salvaguardando el prestigio de la Administración pública”⁸⁴.

En otra posición encontramos una tesis bastante interesante desarrollada por FLORES PÉREZ, quien identifica al delito de tráfico de influencias como una de **las manifestaciones de la delincuencia económica**: “Así sin ánimo exhaustivo, la delincuencia económica puede integrar manifestaciones: (...) Que afectan a los elementos integrantes del concepto de Administración Pública, como son los criterios de objetividad con sometimiento al ordenamiento jurídico, que integra el principio de sometimiento al ordenamiento jurídico de todos los poderes públicos. Integran esta área, las figuras delictivas de malversación, cohecho, tráfico de influencia, información privilegiada”⁸⁵.

⁸¹ CATALÁN SENDER, Jesús: Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo CP (doctrina y jurisprudencia), Bayer hermanos S.A, Barcelona, 1999, p. 227

⁸² POLAINO NAVARRETE, Miguel: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, I, Tecnos, Madrid, 2011, p. 337.

⁸³ SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso: Derecho Penal. Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2007, p. 816.

⁸⁴ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, DP. PE, 2005, p. 818.

⁸⁵ FLORES PÉREZ, *Delitos contra la administración pública*, 2002, p. 152.

Este planteamiento tiene gran importancia criminológica en la actualidad, pues desafortunadamente en muchas ocasiones la actividad económica va ligada a la corrupción ejercida para poder acceder a prerrogativas estatales en materia de impuestos, contratación o subvenciones. Sin embargo, resulta muy difícil aplicar esta asimilación en el plano dogmático, pues existen pocos elementos comunes entre el tráfico de influencias y otros delitos que clásicamente son considerados económicos como los delitos financieros.

2.2.2. EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y SU VINCULACIÓN CON LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

2.2.2.1. La administración pública y su protección mediante el derecho penal.

El concepto jurídico de Administración Pública puede entenderse en dos sentidos; Un objetivo: Administración Pública implica ejercer la función administrativa, esto es, aquella función estatal encargada de aplicar y cumplir las leyes (mediante su ejecución), pero también en dictar disposiciones (función de reglamentación) y en resolver reclamaciones (función de solución de controversias). De otro lado, existe un concepto subjetivo de Administración Pública, que lo identifica como aquel complejo u órgano encargado de ejercer la función administrativa⁸⁶,

A nuestro juicio, el concepto de Administración Pública debe ser considerado como un sistema vivo y dinámico, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y

⁸⁶ El “doble” concepto de la Administración Pública se relaciona a su vez con el concepto de funcionario público. En este sentido véase: VALEIJE ALVAREZ, Inma; El Tratamiento Penal de la Corrupción del Funcionario: el Delito de Cohecho, Madrid, 1996, p. 54 “...al referirse al concepto penal de funcionario público sostiene que la condición de tal se adquiere por la concurrencia de dos requisitos, uno subjetivo relativo a la existencia de un título o cualidad jurídica en la persona, y otro objetivo constituido por una efectiva participación del agente en la función pública. Doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que en el Código Penal la condición de funcionario público se adquiere por la concurrencia de dos requisitos distintos: uno de índole subjetivo, relativo a la existencia de un título o cualidad jurídica en La persona, y otro de índole objetivo que vendría constituido por una efectiva participación en la función pública”.

paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos⁸⁷. Esta situación evidencia que en el interior del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias, desde este punto de vista puede ser afectado por terceros⁸⁸. Es decir, por Administración Pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos⁸⁹.

En efecto, mientras la Administración Pública posee estabilidad, el gobierno se encuentra sometido generalmente a la mutación política, ya sea así por imponer las reglas del propio Sistema Republicano (la periodicidad en el desempeño de los cargos políticos constituye una de sus notas peculiares), como por las exigencias derivadas de la obtención de un consenso mínimo por parte de los gobernados, cuya falta suele quebrar la llamada legitimidad del poder⁹⁰.

⁸⁷ En ese sentido, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en su Título Preliminar, en el Artículo 1: (ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY) señala lo siguiente: «La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública.

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

⁸⁸ URQUIZO OLAECHEA, José; “Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública’ en: Revista Peruana de Ciencias Penales Nro. 12, Lima, 2002, p. 234.

⁸⁹ Del mismo sentido: BENAVENTE CHORRES, HESBERT; Delitos de corrupción de funcionarios, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, HESBERT / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, pp. 81-82.

⁹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo I, en: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (Coordinador), Selección de Textos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima, 2008, p. 98.

En la Administración Pública se dan todas las características que son propias de la Institución, a saber⁹¹:

- a) Persigue fines que, si bien pertenecen al bien común, ella los asume como privativos. Ese fin es la idea de obra que se encuentra en el seno de toda institución y en la medida en que es asumido como propio, la administración deja de ser instrumental, para institucionalizarse;
- b) Se halla compuesta por un grupo humano que concurre a una actuación comunitaria, el cual se rige por un estatuto específico, que no se aplica a los integrantes del gobierno. Los agentes públicos que integran la administración deben participar plenamente de los fines que objetivamente persigue la institución; de lo contrario, se producen dispersión e inercia en la administración provocando su propia decadencia;
- c) Una tarea perdurable; sus miembros están destinados a seguir en funciones, aun cuando falte el gobierno, pero no por ello la administración deja de estar subordinada a este último;
- d) Cuenta con un poder organizado que ha sido instituido al servicio de los fines del interés público que objetivamente persigue, poder que permite imponer las decisiones que adopta la Institución no solo a sus componentes (los agentes públicos) sino a quienes no integran la Administración (los administrados) dentro de los límites que le fija el ordenamiento jurídico; de ahí que también se haya dicho que para lograr el cumplimiento de esos fines la Administración actúa con una “fuerza propia” en forma rutinaria e intermitente, y que su actividad no se paraliza ni se detiene por la crisis y los consecuentes vacíos que se operan en el poder político.

En este punto debemos mencionar el Acuerdo Plenario N° 01- 2010 de la Corte Suprema, sobre alcances de la “prescripción de la acción penal” la misma que señala aspectos relevantes sobre el concepto de Administración Pública en sede jurídico-penal. En efecto, dicho Acuerdo Plenario precisa que:

⁹¹ CASSAGNE, Obra citada, pp. 98 y 99.

“Dicho capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de dicha Constitución, que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra patrimonio del Estado por funcionario y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan al correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisonal, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos”⁹².

Agrega el citado Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que: “Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario quista una vinculación directa entre otros. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos”⁹³:

- a. Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito, funcionario o servidor público y el patrimonio del Estado.
- b. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- c. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o

⁹² Acuerdo Plenario Nro. 01-2010 de la Corte Suprema de la República.

⁹³ Acuerdo Plenario Nro. 01-2010 de la Corte Suprema de la República.

parcialmente el ejercicio de funciones concretas de Administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía”.

Como hemos dicho, la Administración pública debe estar al servicio de los sujetos administrados en forma general, ya sean de los particulares y de los propios funcionarios o servidores públicos, sin discriminación, participando activa y dinámicamente en el proceso de estabilidad y desarrollo de la Administración; sin embargo, dichos sujetos —particulares y funcionarios/servidores— también pueden atentar contra los intereses de la propia Administración. Así un caso paradigmático donde un particular comete un delito en contra de la Administración Pública es por ejemplo el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, el mismo que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 368° del Código penal de la siguiente manera: “El que desobedece o resiste a la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años”; como es sabido, el bien jurídico protegido por este delito de manera general es el correcto funcionamiento de la Administración pública, siendo el objeto directamente atacado en este tipo penal la efectividad de las actividades funcionariales, es decir, el cumplimiento de las órdenes dadas por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Como puede verse, para los efectos de la tipificación de un delito contra la Administración pública, no interesa en realidad la calidad de sujeto activo —si es funcionario o servidor público—, sino en todo caso la magnitud y la entidad —material o inmaterial— del objeto a proteger, en este caso, la Administración pública.

Según ABANTO VÁSQUEZ, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, es la tesis más acorde con el concepto de Estado social y democrático de Derecho en el cual debe enmarcarse también el Derecho penal. Entonces, no se trata de proteger a la Administración per se, ni a su prestigio o dignidad, sino a la actividad pública en cuanto constituya “los servicios que los distintos

poderes del Estado prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado social y democrático de Derecho”⁹⁴.

2.2.2.2. El concepto de funcionario público.

Los encargados de ejercer la función pública en nuestro país son los llamados funcionarios públicos; pero concurrirán a la realización de la misma, otras personas conocidas como servidores públicos, como dan cuenta varias figuras delictivas en el Código penal. La definición de funcionario público adquiere relevancia en los delitos contra la Administración Pública a partir de la distinción de lege lata entre tipos penales cometidos por “particulares” y delitos cometidos por “funcionarios públicos”:

En lo que respecta a la condición de funcionario público, concepto poco uniforme y que presenta múltiples variantes en la doctrina, se indica que es “todo aquel que, en virtud de designación legal o especial, y de una manera continua, bajo forma y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando este se dirige a la realización de un fin público”⁹⁵.

⁹⁴ ABANTO VÁSQUEZ; Los delitos contra la Administración pública en el Código peruano, Lima, 2003, p. 16. Por su parte: FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. “Delitos contra la Administración Pública en el Código penal español de 1995; Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas”, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año IV, N° 7/8, Lima, 1999, p. 701 en lo referido al concepto de bien jurídico, lo que se pretende tutelar es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, esto es, la eficacia y objetividad con que se debe servir a los intereses generales, sin que se pretenda con ello exigir la perfección, excelencia o lo impecable, sino el cumplimiento de unos “mínimos” (nivel básico, para la pervivencia del sistema político social). Por otro lado, BUSTOS RAMÍREZ, Juan; Manual de Derecho penal, Parte especial, Ariel, Barcelona, 1991, p. 366, afirma acertadamente que la administración pública se trata de un bien jurídico funcional, por cuanto lo que pretende proteger es la función administrativa pública y no a los órganos o poderes. REYNA ALFARO, Luis Miguel; “El bien jurídico tutelado en los Delitos contra la Administración Pública’ en “Delitos contra la Administración Pública”, Jurista editores, Lima 2009. p. 253 y ss, refiere que el bien jurídico genéricamente tutelado en estos delitos es “la funcionalidad de la Administración Pública’ lo que se entiende como “el correcto funcionamiento de la misma”. Así, para el mismo autor, si bien se protege la funcionalidad como bien jurídico genérico, se protege también los bienes jurídicos específicos de los cuales depende aquel, teniendo en cuenta el concepto multidimensional de la Administración Pública, que incluye , el ejercicio de funciones y servicios públicos, la observancia de los deberes del cargo o empleo, la regularidad y normal desenvolvimiento de la función y servicios públicos , el prestigio y dignidad de la función pública, la probidad y honradez de los funcionarios o servidores públicos, y la protección del patrimonio estatal, de los símbolos y distintivos estatales.

⁹⁵ ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, 3era. Edición, 2002, p. 25.

Ser considerado funcionario público es ocupar un estatus especial dentro de la sociedad, el mismo que comporta privilegios y obligaciones distintos al estatus del servidor o empleado público, como veremos más adelante. Los funcionarios son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión y de representación del Estado o del organismo público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal así como el exterior de la misma⁹⁶. La configuración de la condición de funcionario público requiere el desarrollo de una actividad normada de representación o para la formación de la voluntad del Estado (elemento estatutario), y, que el Estado mediante algún acto, haya reconocido o determinado dicha función, a través de un vínculo laboral, contractual, designación, nombramiento o cualquier otro acto que determine una relación (elemento constitutivo).

El funcionario público es una de las partes en la prestación del servicio estatal⁹⁷, con significación propia, pues sus procesos de comunicación se cumplen con la Administración misma y con el servicio de la Administración a terceros⁹⁸. Podemos concluir entonces que el funcionario público es todo aquel que, con independencia del carácter de la actividad que realice, haya sido nombrado o designado como tal, mediante un acto formal de la Administración, válido y eficaz, para ejercer potestades públicas en el campo de su competencia; independientemente de la naturaleza del vínculo establecido con el Estado.

Rodríguez Puerta afirma que la cualidad de funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación efectiva en el ejercicio de la función pública, y el segundo la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto activo y la estructura administrativa, un título que habilite al agente para el ejercicio de las funciones

⁹⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas; Delito de Enriquecimiento Ilícito. IDEMSA. Lima, 2001, p. 28. Para más referencias, véase: DONNA, Edgardo Alberto; "El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal", en: Revista de Derecho Penal, 2004-2 —Delitos contra la Administración Pública, Buenos Aires-Santa fe, p. 9 ss.

⁹⁷ En este sentido, véase nuestra Constitución Política que en su art. 390 precisa lo siguiente: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación".

⁹⁸ URQUIZO OLAECHEA, José; "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública", en: Revista Peruana de Ciencias Penales Nro. 12, Lima, 2002, p. 245.

públicas, de modo tal que se pueda imputar la actividad del sujeto activo al ejercicio de los poderes públicos. En conclusión, señala la autora, la cualidad de funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación en el ejercicio de funciones públicas y el segundo, la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto y la estructura administrativa, esto es, la concurrencia de un título que lo habilite para el ejercicio de funciones públicas, de modo que sea posible imputar la actividad de ese sujeto a los distintos poderes públicos⁹⁹.

Según el artículo 4 (sobre Definición de Funcionario Público) del Código de tica de la Función Pública, aprobado por la Ley Nro. 27815 entiende por funcionario público todo aquel funcionario que cumpla con los siguientes elementos:

1. Ser persona natural,
2. Que tenga un nombramiento,
3. Que este haya sido otorgado por autoridad competente,
4. Que ejerza una función pública,
5. Que esta sea remunerada,
6. Que tenga un carácter permanente. Tales elementos son indispensables y deben darse, además, conjuntamente.

Debemos destacar que el funcionario público, tiene pleno ejercicio de las decisiones que se tome al interior de la institución pública que representa, lo cual obviamente lo diferencia del concepto de “servidor público” y esto es recogido en varios pasajes de la Parte Especial del Código penal peruano. En efecto, por ejemplo el delito de abuso de autoridad, del artículo 376°, cuando señala: “El funcionario público, que abusando de sus atribuciones...”, nótese que el tipo penal solo prevé que el funcionario público es el único que puede cometer la infracción penal abusiva funcional, como si el funcionario fuera el

⁹⁹ RODRÍGUEZ PUERTA, María José; El delito de cohecho: Problemática jurídico penal del soborno de funcionarios, Pamplona, 1999, p. 166. En este sentido: FRISANCHO APARICIO, Manuel; Delitos contra la Administración pública, Lima, 2002, p. 37 nos dice que: “En definitiva, conforme a nuestro Derecho penal es de aceptación un concepto extensivo de funcionario y servidor público que incluye en él tanto a personas que ejercen circunstancialmente una función pública (interinos, eventuales), como a los particulares que eventualmente realizan un servicio público”.

único que tuviera autoridad y coerción sobre las demás personas, lo cual es cierto.

De la misma manera, en el artículo 368° (delito de Resistencia o desobediencia a la autoridad) se señala lo siguiente: “El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años”; en la cual, en principio, se podría concluir que solo se puede desobedecer o resistir a un funcionario —y no a un servidor—, pues aquél es el único dentro de la Administración Pública que está premunido de autoridad, y por tanto, como señala el propio tipo penal, un funcionario es el único que puede emitir una “orden” dentro o en el marco del ejercicio de sus funciones.

En esta misma lógica se ubica el artículo 377° del Código penal, que sanciona el delito de omisión o retardo de actos de función, bajo los siguientes términos: “El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto será reprimido con pena privativa de no mayor de dos años y con sesenta días-multa”. De la misma manera se prescribe el término exclusivo “funcionario público” en el artículo 379° que sanciona el delito de requerimiento indebido de la fuerza pública, que prescribe lo siguiente: “El funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

Sin embargo, no es el único supuesto donde solo se prevé como sujeto activo al funcionario público, también en el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público (artículo 381° C.P.¹⁰⁰), se sanciona como pocas veces a los dos sujetos que intervienen en el “encuentro” lesivo en contra del

¹⁰⁰ El artículo 381° del Código penal reprime el delito de Nombramiento y aceptación de cargo público, bajo los siguientes términos: “El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a veinte días-multa. El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena”.

bien jurídico protegido, y se sanciona a aquel sujeto sumamente especial, pues solo habla del funcionario público y no servidor público. Asimismo, el delito de autorización ilegal de matrimonio por funcionario público (artículo 141° C.P.) señala: “El funcionario público que, a sabiendas, celebra un matrimonio ilegal...”, y el delito de inobservancia de las formalidades por funcionario público, que señala: “El funcionario público, párroco u ordinario que procede a la celebración del matrimonio sin observar las formalidades exigidas por la ley, aunque el matrimonio sea anulado...”

2.2.2.3. El concepto de servidor público

El concepto de servidor público tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase “empleado público”¹⁰¹. Atendiendo a la finalidad abstracta de la función (entendida esta como la concreción objetiva de los planes o lineamientos del Estado) se tiene que, tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, existen diferencias y están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la Administración mediante contratación; el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos.

Los servidores o empleados públicos no resultan vinculados a la Administración Pública con la misma intensidad que los funcionarios públicos, pues su nivel de deberes y obligaciones no son de la misma magnitud que la de estos, inclusive normalmente no desempeñan cargos decisivos y tampoco están a cargo de los presupuestos o encargados del patrimonio de la entidad u organismo donde desempeñan sus labores¹⁰². En definitiva, un empleado no ejerce estrictamente una función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios. Debiendo tenerse en cuenta que el término de empleado público es idéntico en significado al de servidor público.

¹⁰¹ BACACORZO, Gustavo; Tratado de Derecho Administrativo, Lima, Gaceta Jurídica, 1997, T. I, p. 399.

¹⁰² GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 38.

El concepto de “servidor” por el de “trabajador” es algo parecido, lo que nos permite sostener la imprecisión legislativa del uso de tales conceptos, sobre todo por un desconocimiento semántico. El término “trabajador”¹⁰³ generalmente se encuentra ligado a las relaciones individuales de naturaleza privada. Al momento de la elaboración de la Constitución de 1993 se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 276 y el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que regulan actualmente la carrera administrativa, en las que se define como “servidor público” al ciudadano en ejercicio que presta servicio en la Administración Pública, y “funcionario” a quien es elegido o designado para desempeñar cargos del más alto nivel en los Poderes Públicos.

2.2.2.4. El concepto de funcionario o servidor público en las normas extra-penales.

El artículo 4 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público¹⁰⁴, en concordancia con nuestra Constitución Política, clasifica al personal del servicio civil en:

- a) Funcionarios Públicos; que pueden ser de elección popular directa y universal o confianza política, de nombramiento y remoción regulados y de libre nombramiento y remoción.
- b) Empleados de Confianza; que desempeñan cargos de confianza técnico o políticos.
- c) Servidores Públicos; estos se clasifican en Directivo Superior, Ejecutivo, Especialista y de Apoyo.

¹⁰³ Asimismo, sobre dicha base, la Ley N° 27815, modificada por la Ley N° 28496, Ley del Código de tica de la Función Pública, involucra una concepción más amplia al denominado “empleado público” dado que comprende a todo o servidor de la Administración Pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos, sea nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado.

¹⁰⁴ La regulación de la Ley Marco del Empleo Público es general, pues se limita a al personal del servicio civil en diversas categorías, conforme al marco constitucional del artículo 40. En efecto, la ley agrupa y establece características básicas de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa y de los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Por tanto, la Ley N° 28175, no tiene por objeto regular exclusivamente los derechos de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sino los derechos básicos de los empleados públicos en general.

En el Perú se hace referencia a la figura de Funcionario Público, sin tener una definición uniforme sobre el concepto, y las características esenciales del mismo. En el caso de la Constitución Política del Perú, a pesar de que en su artículo 39° señala que “... los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, no ha incorporado una definición que puede ser usada como criterio uniforme sobre lo que comprende la función pública y la condición de funcionario público, habiéndose, más bien, establecido distintas definiciones legales sobre la materia, cada una obligatoria dentro de su propio ámbito de aplicación¹⁰⁵.

Es así que en el artículo 4° del Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM se señala:

“Considérese funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel, en los poderes y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son determinados por la ley”.

Asimismo, en los numerales 4.1.y 4.2 del artículo 4° de la Ley N° 27815- Ley del Código de Ética de la Función Pública, modificada por la Ley N° 28496, se establece que:

“4.1 Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre de servicio del Estado.¹⁰⁶

¹⁰⁵ ROYO-VILLANOVA, Segismundo; El concepto de Funcionario y la relación de Función Pública en el Nuevo Derecho Español, en: Revista de Administración Pública, N° 44, España, 1964, p. 10. Señala que no hay una definición única del funcionario. Su situación no es la misma en todas partes. La situación jurídica del funcionario está siempre ligada a un Estado determinado y no puede considerarse fuera de este Estado, de su historia, de su legislación y de la jurisprudencia de sus tribunales.

¹⁰⁶ El uso de los términos “Funcionario”, “Servidor” o “Empleado” público, responde a una distinción que se sustentaba básicamente que el supuesto poder mayor decisorio del denominado funcionario, sin embargo ello dista de tener sustento jurídico o real ya que no es

4.2. Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios”.

La Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, desarrolla una concepción similar que engloba tanto al funcionario como al servidor público de la siguiente manera:

“Servidor o Funcionario Público.- Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades”.

En el caso de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, plantea en su artículo 4° numeral 1 la figura de Funcionario Público en los siguientes términos:

El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El funcionario público puede ser:

- a. De elección popular directa y universal o confianza política originaria.
- b. De nombramiento y remoción regulados.
- c. De libre nombramiento y remoción.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la y Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado

posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar; por lo que dicha distinción no se basa en razones de índole jurídico, siendo conveniente eliminarla del uso técnico, pues en general se trata de términos indistintos, por cuanto no nos permite diferenciar distintos tipos de agentes del Estado sino, a lo sumo, distintos tipos de actuación de ellos. GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, Parte General. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, Capítulo XIII p. 1 y ss.

en el año 2003 y que define un marco de referencia genérico en materia de función pública, aporta un nuevo elemento al señalar:

“La función pública de un país puede albergar relaciones de empleo basadas en un nombramiento o en un contrato, reguladas por el derecho público o por el derecho privado, y cuyas controversias se sustancian ante órganos judiciales especiales o ante tribunales comunes.”

Asimismo, en el literal 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución legislativa N° 28357 y ratificada por Decreto Supremo N° 075-2004-RE, se señala que para efectos de dicho instrumento internacional:

“Por funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe un función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como funcionario público’ en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio”.

2.2.2.5. Los delitos de infracción del deber y los delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública.

Actualmente en la dogmática jurídico-penal está cobrando muchos adeptos aquella postura que trata de fundamentar los delitos especiales (clasificación formal), ya sean propios e impropios, en los llamados delitos de infracción del deber (clasificación material), que son aquellos sujetos que tienen en su ámbito específico, previamente determinados, parámetros de índole legal y reglamentaria para realizar sus respectivas funciones, a diferencia de los otros

ilícitos penales que suelen llamarse delitos comunes, o actualmente delitos de dominio (por ejemplo: homicidio, algunos delitos patrimoniales, delitos sexuales, entre otros), donde generalmente no existen las normativas sobre todo extrapenales para reglar lícitamente su accionar (el sujeto cuando “mata” lo hace solo y únicamente quebrantando el Código penal —art. 106—, cuando el sujeto tiene “acceso carnal” con otra persona lo hace solo y únicamente quebrantando el Código penal —art. 170—), pues el sujeto actúa desprovisto de deberes y obligaciones previas.

Tenemos que advertir que el ámbito de los delitos de infracción de deberes lo constituyen un amplio margen de delitos donde se exige al sujeto acciones positivas de cara a la protección de los bienes jurídicos que suelen llamarse “institucionales” ya que por ejemplo en los delitos contra las personas, específicamente en el delito de parricidio (artículo 107° del Código penal), es considerado, según nuestro máximo Tribunal, como un delito de infracción al deber en virtud de una institución.

Los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de “infracción del deber” ya que suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores públicos contra la administración pública), por vinculaciones paterno filiales, de confianza o jurídicas, etc. Relaciones extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento —con la concurrencia de los demás componentes del tipo penal especial- explica la existencia de los delitos de infracción de deber¹⁰⁷.

En ese sentido, en los delitos de infracción del deber se encuentra los funcionarios o servidores públicos, y como es obvio, la normativa viene desde el ámbito de la Administración Pública¹⁰⁸, y como se sabe constituye el bien

¹⁰⁷ ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la administración pública, Grijley, 2007, p. 190.

¹⁰⁸ MAYHUA QUISPE, Luis Miguel; “La condición de funcionario público como fundamento de los delitos de infracción de deber’ en: Jus Jurisprudencia, Octubre, 5, 2007, p. 175 y ss.

jurídico protegido; y por tanto, un funcionario y/o servidor, precisamente porque es una persona “pública” está lleno de determinadas obligaciones para con el Estado, a quien lo representa (por ejemplo, el sujeto cuando “sustraer” dinero de las arcas del Estado — peculado doloso—, quebrantando no solo el Código penal en relación al delito de peculado, sino también quebranta normas legales y reglamentarias propias de la Institución —como el ROF—, y hasta normas éticas contenidas en leyes ordinarias). Las obligaciones que tiene el funcionario pueden ser, entre otras, desde el punto de vista patrimonial (está sujeto al informe anual de su declaración jurada de bienes y rentas), como deberes propios de la función a realizar —como el ROF de la cada Institución—, o los deberes éticos (por ejemplo, el Código de Ética de la Función Pública).

La regulación legal peruana de los delitos de “infracción de deber” —categorización conceptual propuesta por Claus Roxin, en 1983, y dominante en la actualidad— presenta una redacción legislativa que lo retrotrae al año 1991 (con excepción de la importante reforma producida en los delitos de corrupción en el año 2004, a través de la Ley No 28355), inclusive varios de sus artículos obedecen a la lógica de construcción legislativa del Código penal de 1924, se comprende la necesidad que la política criminal del Estado, en sede de Congreso de la República, centre ahora su interés de modernizar los tipos penales que dan cuenta de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, ajustando sus tipologías a una más racional intervención criminalizadora-punitiva y dosificando legalmente penas con mejores criterios de proporcionalidad abstracta, a efectos de otorgar así una más enfática y razonable tutela penal a los valores e intereses jurídicos protegidos¹⁰⁹.

El derecho y la ética siempre marchan juntos, opinar en sentido contrario abonaría una concepción normativista referenciada en sí misma y alejada de su base social y de los mensajes teleológicos de toda construcción normativa (en amplio sentido). Lo ético en cuanto la serie de valores positivos fundante y nutriente de las actividades funcionales y de servicio de los agentes públicos

¹⁰⁹ Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

está —y debe estar siempre— presente y actuante en el desempeño funcional en todos los planos y niveles de la administración pública concebida de modo global, dinámica y estructural.

La autonomía del derecho en relación a las normas morales (concreciones prácticas de los valores ético dominantes históricos) no implica que se pueda construir normas jurídicas desprovistas de eticidad, o que las normas jurídicas vinculen su validez y vigencia exclusivamente al centro de producción formal legislativo, por cuanto y por más válida que sea una norma al haber sido dictada por el órgano legislativo si la misma es inicua, esto es desprovista de eticidad, y por lo tanto perversa, se convierte en una norma ilegítima socio jurídicamente.

Derecho y ética, normas jurídicas y normas morales definen así dos planos paralelos interactuantes, que si bien marchan juntos no pueden sin embargo llegar a mezclarse de modo que pierdan identidad y espectro propio de irradiación. El derecho normado o positivo se funda en valores éticos que lo sustentan y legitiman históricamente, mas no se confunde con la moral: ambos toman el comportamiento humano como objeto de atención pero respetan sus ámbitos de competencia al establecer requisitos, contenidos pautados y regímenes sancionatorios propios.

Los deberes éticos, tales como el del respeto, la dignidad, honradez, el decoro profesional-personal, la imparcialidad no tienen una fuente definida-positiva de producción, encontrándose en algunos casos positivizados o implícitos en la Constitución Política, en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en leyes orgánicas y reglamentaciones como también en preceptos ius naturales que informan el derecho mismo y la actuación humana. Deberes que en el ejercicio público suponen prueba de valentía personal y entereza profesional.

Con Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 13 de agosto de 2002 y Reglamentada a

través del Decreto Supremo N° 033-2005-PCM de 18 de abril de 2005¹¹⁰, se aprueban los Principios, Deberes y Prohibiciones éticos que rigen para los servidores públicos de las entidades de la Administración Pública.

En efecto, en la Ley del Código de Ética de la Función Pública se establece que el servidor público actúa de acuerdo a principios, tales como:

1. Respeto.- Adecua su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento.
2. Probidad.- Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona.
3. Eficiencia.- Brinda calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente.
4. Idoneidad.- Entendida como aptitud técnica, legal y moral, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública. El servidor público debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.
5. Veracidad.- Se expresa con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos.

¹¹⁰ En el Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, se especifican algunas precisiones como la clasificación de las sanciones, las mismas que pueden ser: a) Amonestación, b) Suspensión, c) Multa de hasta 12 Unidades Impositivas Tributarias, d) Resolución Contractual, e) Destitución o despido; estas se aplican de acuerdo a la gravedad de las infracciones y a los criterios como: funciones desempeñadas, así como el cargo y jerarquía del infractor, la reincidencia o reiterancia, entre otros.

Igualmente en el Reglamento se considera que cualquier persona puede denunciar ante la misma Comisión las infracciones que se cometan en la Ley y su Reglamento. El plazo de prescripción de la acción para el inicio del procedimiento administrativo disciplinario es de tres (03) años contados desde la fecha en que la Comisión Permanente o Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios toma conocimiento de la comisión de infracción.

En cuanto a los incentivos y estímulos, el Reglamento establece que es la Secretaría General de cada Entidad o quien haga sus veces, la encargada de diseñar, establecer, aplicar y difundir los incentivos y estímulos, así como los mecanismos de protección, a favor de los empleados públicos que denuncien incumplimiento de las disposiciones de la Ley y su Reglamento, de acuerdo a los criterios del Titular de la Entidad.

6. Lealtad y Obediencia.- Actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes que le imparta el superior jerárquico competente, en la medida que reúnan las formalidades del caso y tengan por objeto la realización de actos de servicio que se vinculen con las funciones a su cargo, salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, las que deberá poner en conocimiento del superior jerárquico de su institución.

7. Justicia y Equidad.- Tiene permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general.

8. Lealtad al Estado de Derecho.- El funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. Ocupar cargos de confianza en regímenes de facto, es causal de cese automático e inmediato de la función pública.

De igual manera, en la Ley del Código de Ética de la Función Pública se establece que el servidor público tiene deberes, tales como:

1. Neutralidad.- Debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones demostrando independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.

2. Transparencia.- Debe ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe de brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna.

3. Discreción.- Debe guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de los deberes y las responsabilidades que le correspondan en virtud de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública.

4. Ejercicio Adecuado del Cargo.- Con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones el servidor público no debe adoptar represalia de ningún tipo o ejercer coacción alguna contra otros servidores públicos u otras personas.

5. Uso Adecuado de los Bienes del Estado.- Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados.

6. Responsabilidad.- Todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral, asumiendo con pleno respeto su función pública. Ante situaciones extraordinarias, el servidor público puede realizar aquellas tareas que por su naturaleza o modalidad no sean las estrictamente inherentes a su cargo, siempre que ellas resulten necesarias para mitigar, neutralizar o superar las dificultades que se enfrenten. Todo servidor público debe respetar los derechos de los administrados establecidos en el artículo 55 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

De otra parte, en la Ley del Código de Ética de la Función Pública se establece que el servidor público tiene prohibiciones, tales como:

1. Mantener Intereses de Conflicto.- Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.

2. Obtener Ventajas Indevidas.- Obtener o procurar beneficios o ventajas indevidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.

3. Realizar Actividades de Proselitismo Político.- Realizar actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea a favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos.

4. Hacer Mal Uso de Información Privilegiada.- Participar en transacciones u operaciones financieras utilizando información privilegiada de la entidad a la

que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por su condición o ejercicio del cargo que desempeña, ni debe permitir el uso impropio de dicha información para el beneficio de algún interés.

5. Presionar, Amenazar y/o Acosar.- Ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros servidores públicos o subordinados que puedan afectar la dignidad de la persona o inducir a la realización de acciones dolosas.

2.2.2.6. El principio de incorporación del sujeto funcional desde el punto de vista del derecho penal.

En ese sentido, se pueden considerar desde la vigencia del principio de incorporación del sujeto funcional, vinculado a nuestro Código penal, los siguientes requisitos¹¹¹:

2.2.2.6.1. El título o fundamento jurídico

El título o fundamento jurídico es aquella por la cual el funcionario o servidor accede a la Administración Pública; este es el componente material del acceso a la carrera; debe ser legítimo, o provenir de una fuente u origen válidos y con capacidad para generar el efecto vinculante entre el titulado y la Administración Pública, lo que determina que ambas partes asuman los deberes, atribuciones y obligaciones propios del cargo. Las formas pueden ser: a) elección (directa o popular y por representación o indirecta; b) nombramiento o designación; c) determinación normativa.

Una característica del título proveniente de la Carrera Administrativa lo constituye la estabilidad y permanencia, es decir, que para que el funcionario o servidor se incorpore válidamente a la carrera administrativa, lo hará a un cargo o plaza que tenga el carácter de permanente. Las actividades laborales que realizan son estables y permanentes, y al servicio de la administración pública; es decir, deben laborar en entidades dependientes del Estado o que forman parte de ella (Ministerios, Parlamento, Poder Judicial, entre otros).

¹¹¹ BENAVENTE CHORRES, Hesbert; Delitos de corrupción de funcionarios, en el Libro colectivo: BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, p. 78.

En ese sentido, el título o fundamento jurídico se convierte, así, en un elemento imprescindible desde el punto de vista del Derecho administrativo, y también desde el punto de vista del Derecho penal, con la salvedad de que, según el artículo 425° del Código penal peruano, además del título generado por la Carrera Administrativa que recibe de una autoridad competente, luego de un proceso de selección (por ejemplo, si es un magistrado lo será de parte del Consejo Nacional de la Magistratura, o si fuera un profesor lo será de parte del Ministerio de Educación, a través de sus órganos descentralizados); puede ser un título generado por el voto popular (por ejemplo, el caso de las autoridades elegidas por elección que lo da el Jurado Nacional de Elecciones); por otro lado, puede ser un título en función a la relación laboral o relación contractual (Contrato de Locación de Servicios); o el título puede provenir del propio Poder Judicial (en el caso de sujetos particulares que son designados formalmente por un Juez competente para administrar y custodiar un bien embargado).

2.2.2.6.2. La investidura o juramentación o asunción del cargo

Se trata del elemento formal del acceso o incorporación a la carrera administrativa, por este el acto funcionario o servidor asume objetiva y realmente el cargo para el cual fue nombrado, elegido o llamado por la se producirá la entrega formal del título de designación o también lo que se conoce como la acción de entrega de credenciales, o documentos que identificarán al funcionario como tal.

Según Gálvez Villegas “La exigencia de la formalidad del juramento para el caso de los funcionarios, no exigida para los servidores, explicaría la mayor intensidad del comportamiento que asume el funcionario de desempeñar adecuadamente el cargo, lo que finalmente tendría implicancia en la asignación de la Administración Pública, lo que a su vez acentúa el reproche o el nivel de responsabilidad para el caso de los funcionarios en relación con los servidores¹¹².

¹¹² GÁLVEZ VILLEGAS, 2001, p. 26.

En este punto, la investidura o juramentación se trata en realidad, de un elemento totalmente prescindible para el concepto que rige en el Derecho penal, pues varios funcionarios o servidores públicos pueden asumir sus funciones, sin necesidad de que, previamente, juramenten al cargo.

2.2.2.6.3. La Función pública

Al igual que con la Administración Pública, la función pública tiene como elementos al hecho, al valor y a la norma, por lo que no es posible la elaboración de un concepto fáctico de función pública. Rojas Vargas define a la función pública como la “actividad que el ordenamiento jurídico, constitucional y legal, reserva a los órganos institucionales y se manifiesta por la voluntad de los órganos individuales, funcionarios públicos; agrega que toda función pública implica una esfera de atribuciones limitada por el derecho objetivo”¹¹³. En cuanto al funcionario público, este autor peruano señala que el Código penal fija parámetros para definir a los funcionarios públicos, de modo tal que se amplía un concepto de funcionarios públicos no solamente a quienes tienen como títulos habilitantes a la elección y a la designación por autoridad competente, sino también a otros que sin ostentarlos participan en el ejercicio de las funciones públicas.¹¹⁴ Valeije Alvarez define a las funciones públicas como las manifestaciones de la actividad de legislar, juzgar y ejecutar, a través de las que el Estado persigue sus fines¹¹⁵. Sobre el funcionario público la autora española afirma que se trata de una condición que se adquiere por la concurrencia de un requisito subjetivo referente a la existencia de título habilitante para ejercer la función pública, y de un requisito objetivo constituido por la efectiva participación en la función pública.¹¹⁶

La función pública puede entenderse como la herramienta necesaria que permite gestionar los recursos humanos que están al servicio del Estado y por ende de los ciudadanos, de ahí que el proceso de selección de los funcionarios públicos deba garantizar como mínimo transparencia, idoneidad, celeridad y

¹¹³ ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2001, p. 22.

¹¹⁴ ROJAS VARGAS, ob. cit., 2001, pp. 35 y 36.

¹¹⁵ VALEIJE ALVAREZ, Inma; *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, Madrid, 1995, p. 59.

¹¹⁶ VALEIJE ALVAREZ, ob. cit., 1995, p. 54.

mérito como elemento fundamental para quien detente un cargo público. De ajustarse a tales medidas se garantizaría legitimidad institucional y credibilidad en el sistema democrático. Si bien, el Estado ha tratado durante décadas hacer de este postulado una realidad, lo cierto es que en la práctica no se han concretado muchos de los propósitos y disposiciones que la ley expresa, sino que por el contrario ha permanecido en el tiempo una constante ligada a manifestar la forma poco adecuada de cómo realmente se llevan a cabo los procesos de selección de funcionarios públicos, los cuales atienden más al clientelismo que a la idea de responder al deber ser¹¹⁷. De manera que la función pública es la actividad estatal que realizan los órganos que integran cada uno de los poderes constitucionales. Hay una relación jurídico-funcional que vincula al funcionario o servidor público con el Estado. No hay más función pública que la que ejerce realizando las funciones estatales.

Estas actividades o acciones de las entidades u organismos estatales, a la vez constituyen la perspectiva objetiva de la Administración Pública, y al realizarse conforme a los fines concretos y abstractos de la Administración conforman la llamada Función Pública. La misma que, como queda dicho, necesariamente debe estar orientada hacia el bien común, estar al servicio de las personas o propender a la generación de mejores condiciones para el desarrollo y perfeccionamiento de la vida humana¹¹⁸. Por otro lado, el elemento esencial de la función pública no se encuentra en la mayor o menor duración del servicio, ni se agota en el concepto de poder, sino en que el funcionario representa al Estado en virtud al encargo especial conferido por la ley, representación que además puede incluir el *ius imperio*¹¹⁹.

Recurriendo a una concepción tradicional de función pública se señalaba que la misma comprendía los “asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado, por la obligación de derecho público de servirle. Funciones públicas son las que desempeñan los organismos, autoridades agentes y auxiliares del poder público para el ejercicio real y efectivo de este mismo

¹¹⁷ Código de Ética de la Función Pública, aprobado por la Ley Nro. 27815.

¹¹⁸ GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 17.

¹¹⁹ ISASI CAYO, Juan Felipe; *Introducción al Derecho Administrativo*, Isasi & Ruiz Eldregde Abogados, Lima, 1997, p. 283.

poder en cualquiera de sus órdenes y aspectos”¹²⁰ 1. Una definición más actual y compleja de la misma figura, nos la da Prats i Catalá, quien hace la distinción entre la función pública como institución y como organización. En el primer caso dicha función es el conjunto de valores, principios y normas que pautan el acceso, la promoción, la retribución, la responsabilidad, el comportamiento, las relaciones con la dirección política y con los ciudadanos y, en general todos los aspectos de la vida funcional considerada socialmente relevantes¹²¹. Siguiendo al mismo autor, la función pública como organización es un concepto que se refiere a la suma de recursos humanos concretos puestos al servicio de una de las organizaciones público-administrativas o del conjunto, dichas personas concretas operan dentro del marco institucional de la función pública, pero se encuentra ordenado para obtener los resultados específicos de su organización¹²².

Por ello, consideramos, que el requisito de la función (pública) se trataría de un elemento totalmente imprescindible desde el punto de vista de nuestro Derecho penal.

2.2.2.6.4. Remuneración

Normalmente, todo cargo o servicio será remunerado, esto es, el funcionario o servidor público percibirá un sueldo o remuneración, precisamente como contraprestación a la labor que desempeñan. Sin embargo, este requisito no es imprescindible, dado que puede haber funcionarios ad honorem. Además puede presentarse el caso de que un funcionario puede realizar un ilícito penal entre la juramentación del cargo-función real de su cargo y antes de que reciba su sueldo a fin de mes: ¿Podemos decir que aquel sujeto no ha cometido

¹²⁰ CABANELLAS, Guillermo; Diccionario de Derecho Usual, Ediciones Santillana, Madrid, 1962, p. 25.

¹²¹ Señala que la función pública, es desde luego, una institución jurídica, pero su institucionalidad no se agota en lo jurídico formal. Existe también una institucionalidad informal integrada por los modelos mentales y las expectativas que los funcionarios y los ciudadanos tienen acerca de lo que constituye el comportamiento adaptativo en la función pública. PRATS I CATALÁ, Joan, Servicio civil y gobernabilidad democrática: Fundamentos institucionales del sistema de mérito y regímenes jurídicos y gerenciales requeridos para su eficiencia. De burócratas a gerentes. Las ciencias de la gestión aplicadas a la Administración del Estado-Editor Carlos Losada I Marrodán, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 1999, p. 255.

¹²² Idem, p. 256.

ningún delito, desde que no cobró su sueldo del Estado? Definitivamente se trata de un funcionario público (real) y se tendría que aplicar las consecuencias jurídico-penales por su conducta funcional, y aquí el Derecho penal se distancia del concepto generado por el Derecho Administrativo. Por ello, consideramos, que el requisito de la remuneración se trata de un elemento totalmente prescindible desde el punto de vista del Derecho penal.

2.2.2.7. Análisis jurídico-dogmático del artículo 425° del código penal peruano.

El actual artículo 425° del Código penal peruano, tiene los siguientes incisos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. (Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley No 26713, publicada el 27-12-1996).
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Una de las críticas que debe realizarse es en lo correspondiente a la ubicación sistemática del concepto de funcionario o servidor público en el Código penal peruano, ya que se encuentra en el último artículo de los Delitos contra la Administración Pública (artículo 425°), cuando en realidad debería estar al inicio, encabezando por ejemplo las disposiciones generales de dicho rubro, o al menos en el rubro específico de los delitos cometidos por funcionarios públicos.

La reciente modificatoria en el artículo 425° del Código penal peruano respecto del concepto de funcionario/servidor público, producido por la Ley Nro. 30124,

publicada con fecha 13 de diciembre del 2013 en el Diario Oficial El Peruano, ha traído importantes consecuencias de orden teórico y práctico para la mayoría de delitos cometidos por funcionarios/servidores públicos en contra de la Administración pública; conceptos enmarcados dentro de la política nacional de lucha anticorrupción que ha propuesto el Estado peruano ante la ola desmesurada de casos de corrupción dentro de la Administración pública local, regional y de índole nacional.

En efecto, como es sabido, el Poder Ejecutivo publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley No 30124, la misma que recoge la propuesta de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción para modificar el artículo 425 del Código Penal, referido al concepto de funcionario o servidor público, por el que todo trabajador, independientemente del régimen laboral objeto de su contratación, podrá ser perseguido penalmente, en caso de cometer un delito de corrupción, desde su designación, elección o proclamación.

La literalidad de la citada modificatoria es la siguiente:

“Artículo 425. Funcionario o servidor público.

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre a al servicio del Estado o sus entidades.

7. Los demás indicados por la Constitución política y la ley”.

En efecto, si podríamos resumir la Ley Nro. 30124 dos serían las modificaciones legales más relevantes:

a) En primer lugar, observamos que nuevamente se ha incorporado para el Código penal peruano aquellos funcionarios! servidores que pertenecen funcionalmente Estado, pero que en su origen de sustentación económica tienen ingresos tanto privados como ingresos públicos, los mismos que suelen llamarse funcionarios de “economía mixta”; en ese sentido, nos remitiremos a las consideraciones que ya hemos expresado cuando comentamos el inciso 3 del artículo 425° del Código penal; y

b) En segundo lugar, la incorporación de un concepto muy debatido en el ámbito penal e internacional en su momento, pero muy necesario para efectos represivos en nuestro medio, estamos hablando del concepto “adelantado” o “amplio” de funcionario/ servidor público para el Derecho penal.

2.2.3. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL CÓDIGO PENAL.

2.2.3.1. Consideraciones generales.

El tipo penal de tráfico de influencias consiste en la “afirmación” o “atribución” de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de esta influencia.¹²³ Así se tiene que el tipo penal no exige que la influencia realmente exista, puesto que expresamente se refiere a una influencia real o simulada.

Esta modalidad delictual ha sido considerada, siguiendo la posición doctrinaria más avanzada y moderna, como un delito de pacto sceleris, pues su existencia requiere de presencia de dos personas: un vendedor de humo (intermediario o traficante de influencias) y comprador de humo (interesado o beneficiario con la

¹²³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Ed. Palestra, Lima, 2003, p. 528.

influencia)¹²⁴. Para unos, este delito es una suerte de acto preparatorio elevado a la categoría de delito independiente del cohecho o del tráfico de influencias¹²⁵. Con este precepto, lo que el legislador quiere, es adelantar las barreras de protección penal, tratándose de un delito de peligro abstracto, de un delito mutilado en dos actos, que se caracteriza en que la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto —delito de dos actos—, siendo un tipo incongruente por no corresponderse la parte subjetiva de la acción con la objetiva, por exceso subjetivo.

La figura del “tráfico de influencias” se acerca al injusto típico del “cohecho” pero no es idéntico a este: con este tipo penal se busca abarcar penalmente la “compraventa” de la influencia que se tenga o pueda tener en funcionarios públicos; o sea, se adelantan las barreras del Derecho penal para reprimir conductas que pudieran influir efectivamente en el ejercicio funcional. En otras palabras, muchas veces se producen actos previos al “cohecho” que, desde la perspectiva penal, pueden tener igual contenido de injusto que este y, sin embargo, quedar impunes. El caso más evidente es el del llamado “tráfico de influencias” el cual ocurre cuando se ofrece en venta la “influencia” que se pueda tener en el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para el potencial comprador. Como los tipos de “cohecho” no abarcan estos casos, en muchos países se han introducido ya desde hace algún tiempo (Francia, Austria, España, Perú, Argentina) tipos penales que describen esta conducta y la sancionan penalmente.

El delito de tráfico de influencia lo que reprime, en realidad, son supuestos de intermediación previa de un acto de cohecho pasivo, intermediación que realiza una persona “extraña” a la Administración Pública, pero dotado de un alto grado de influencia hacia determinados funcionarios o servidores públicos que ha de conocer, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o

¹²⁴ NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente; “La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La vendita difumo en el pacto sceleris”, en Gaceta Penal, tomo 26, Agosto, 2001, p. 14.

¹²⁵ De la misma manera: NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente; “La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La vendita difumo en el pacto sceleris”, en Gaceta Penal, tomo 26, Agosto, 2001, p. 14.

administrativo. Se dice, con razón, que el tráfico de influencia se trata de un supuesto de intermediación punible, porque entre el “interesado” y el “funcionario” o “servidor público” que está conociendo o ha de conocer su caso judicial o administrativo, está precisamente el “traficante” porque si no estuviese el traficante en esa posición intermedia, y el interesado “influye” directamente al funcionario o servidor público que esté conociendo o ha de conocer su caso, dicho funcionario sería un cohechante pasivo siempre y cuando acepte o reciba dolosamente algún medio corruptor, y el interesado sería un cohechante activo, siempre y cuando ofrezca dolosamente dichos medios corruptores.

En ese sentido, siempre en el tráfico de influencia intervienen tres personas ubicados en momento y en espacio distintos: en primer lugar, el interesado que es la persona que tiene un caso dentro de la Administración Pública, ya sea judicial o administrativo; en segundo lugar, el traficante, que es la persona que se ofrece a interceder ante un funcionario o servidor que precisamente está conociendo el caso del interesado, a cambio obviamente de medios corruptores; y en tercer lugar, el funcionario o servidor público que ha conocido o esté conociendo un caso judicial o administrativo. De los tres sujetos descritos, solo será procesado y eventualmente sancionado por el tráfico de influencias como autor, el traficante. El interesado y el funcionario público serán considerados “terceros” ajenos al proceso penal, solo serán citados eventualmente como testigos de los hechos, salvo que el interesado haya influenciado psicológicamente al traficante, con lo cual el interesado será considerado como instigador (art. 24° del Código penal) del hecho cometido (tráfico de influencia) por el autor principal, que será el traficante. Y el tratamiento penal del funcionario público, en nuestro concepto, será irrelevante, desde que la ubicación temporal, y por ende del acto funcional, del sujeto especial (funcionario) se da en un estadio posterior a la consumación, que más bien sería un acto de agotamiento. En realidad, tanto el interesado como el mismo traficante (al menos desde la tipicidad del 400, primer párrafo) son sujetos extraños a la Administración Pública, y que lo único que permite, o mejor dicho, que legitima que el tráfico de influencia esté como delito cometido en contra de la Administración Pública, es que el traficante influya hacia un funcionario o servidor público.

Como puede observarse, desde el punto de vista jurídico-penal, la Administración Pública está blindada internamente tanto para sujetos especiales (cohecho, colusión desleal, concusión, negociación incompatible, etc.), como externamente, es decir, para aquellos sujetos extraños a la Administración que desestabilizan deliberadamente el normal y correcto funcionamiento de la misma, que los funcionarios judiciales o administrativos tienen que resolver los casos desprovistos de cualquier influencia “extraña” o “ilícita”, solo debe recibir la influencia de su discrecionalidad funcional, basado en la Constitución y en la Ley; de no ser así, se estaría configurando el delito de tráfico de influencia.

En la Administración Pública como organización duradera en el tiempo, sus integrantes pueden hacerse algunos favores al interior de la misma, claro siempre que ello no afecte el normal funcionamiento de la Administración; estos comportamientos pueden ser tolerables por la Sociedad, como conductas socialmente adecuadas; sin embargo, nos preguntamos lo siguiente: ¿En qué casos puede verse afectado la Administración Pública? Cuando pidiendo un favor (el interesado) el otro sujeto acepta (interceder ante un funcionario o servidor) realizar el favor al interior de la Administración solicitando “algo a cambio” por ese favor, solicitando ilegalmente algunos de los medios corruptores descritos en el artículo 400 del Código penal: “donativo” “promesa” “ventaja” o “beneficio”; es ahí donde, a nuestro juicio, esa conducta que era en sus inicios tolerable socialmente (haciendo un favor), se convierte luego en intolerable socialmente (pidiendo medios corruptores).

En términos tradicionales, se ha entendido al delito de tráfico de influencias como un negocio en el cual una de la partes se compromete con la otra, mediante pago, a influir sobre un funcionario público, en asuntos de su competencia, para obtener de este algún beneficio a favor de quien paga la influencia. Es un acuerdo de voluntades sobre un servicio que promete el traficante y por el cual recibe dinero, dádiva o promesa remunerativa. En el delito en comentario necesariamente concurren dos personas, pero solo uno responde penalmente como autor.

Asimismo, tenemos que por razones de política criminal, nuestro legislador ha criminalizado el delito de tráfico de influencias como un delito de peligro, toda vez que resultaba necesario anticipar la punibilidad a un estadio previo a los actos de cohecho o corrupción de funcionarios, reprimiéndose de esta manera desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional y administrativa, sin que se exija la materialización efectiva del acuerdo entre el traficante y el interesado.¹²⁶

En consecuencia, no se ha considerado oportuno destipificar la “venta de humo” pues, desde una perspectiva de prevención general positiva, esta modalidad fraudulenta de tráfico, mantiene importancia en el ámbito social. Así mismo se esclarece la idea que el núcleo de la conducta es la solicitud o recepción de una ventaja a beneficio de cualquier orden, asociado con la “contraprestación” real o ideal del ofrecimiento de interceder ante el funcionario que haya conocido, conozca o vaya a conocer un asunto administrativo o judicial. La sesión temporal de estos dos actos no es regida: observando lo que señala Hurtado, los dos actos pueden ser sucesivos o simultáneos, lo importante es que exista una conexión lógica entre ellos¹²⁷.

2.2.3.2. Bien jurídico protegido.

El bien jurídico genérico lo constituye el recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa. De ese modo, la materialización de cualquiera de las conductas prohibidas no pone en peligro o riesgo, ni lesiona toda la administración pública, sino solo el espacio que corresponde a los funcionarios o servidores públicos que han de conocer, estén conociendo o hayan conocido un proceso judicial o administrativo.

¹²⁶ SAN MARTIN CASTRO, César; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro; Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita para Delinquir, Ed. Jurista, Lima, 2002, p. 27.

¹²⁷ Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

El bien jurídico específico que se pretende proteger y preservar es el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa, toda vez que la materialización de alguna de las hipótesis delictivas recogidas en el artículo 400° del Código Penal, le desacreditan ante el conglomerado social hasta el punto que se puede hacer creer que aquellos ámbitos de la administración pública solo funcionan por medio de dádivas, promesas o influencias¹²⁸. El prestigio de la administración pública se convierte de esa forma en jurídico específico relevante de este delito. Ese prestigio debe cautelarse y resguardarse en todo sentido, caso contrario se deslegitima y pierde la confianza de los ciudadanos.

Una interpretación similar nos brinda Hurtado Pozo¹²⁹, al sostener que en principio debe considerarse que el delito de tráfico de influencias constituye, en general, un atentado contra la administración pública, ataque que, por no preverlo el tipo penal, no necesita producir un resultado físico y temporalmente separado de la acción. El vínculo —continúa Hurtado Pozo— está dado por el hecho de que la administración pública requiere gozar de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades, en beneficio del tratamiento igual de todos los que recurran a ella o estén sometidos a sus órganos. Invocar influencias reales o simuladas con el ofrecimiento serio o no de interceder ante un funcionario o servidor público, supone hacer comprender al tercero que este es corruptible, y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la administración pública. Este hecho ha sido considerado por el legislador como un factor que puede crear un ambiente desfavorable para el buen funcionamiento de la administración, en especial del proceso de toma de decisiones. Así, en esta perspectiva, se puede afirmar que se trata de un delito de peligro abstracto.

¹²⁸ En sentido parecido, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 557. Por su parte, FRISANCHO APARICIO y PEÑA CABRERA exponen que las conductas punibles hacen creer a los particulares que la administración pública se mueve por medio de intrigas, protecciones y dinero (FRISANCHO APARICIO y PEÑA CABRERA, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 3279).

¹²⁹ HURTADO POZO, "Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú: Delito llamado de tráfico de influencias", cit., p. 288.

En este sentido, la ejecutoria suprema del 20 de mayo de 1998 argumenta que “en nuestro medio se ha constatado que personas inescrupulosas, trafican con la justicia valiéndose de la debilidad de algunos encargados de administrar justicia, los que atentan contra la correcta administración de justicia y se aprovechan de la desesperación del litigante que acude a resolver su problema de cualquier manera; que casos como estos deterioran la imagen del Poder Judicial”¹³⁰.

En tal línea argumentativa, no es de recibo para interpretar el tipo penal en hermenéutica jurídica, la posición adoptada por Abanto Vásquez¹³¹, quien considera que “el bien jurídico específico u objeto del bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser el prestigio o el buen nombre de la administración pública, pues este concepto no armoniza con un Estado social y democrático de Derecho. Existe un atentado, aunque lejano, contra la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función y en el supuesto de la influencia simulada ‘el patrimonio individual’”.

El patrimonio individual, a que se refiere Abanto Vásquez, de modo alguno merece protección por el delito en análisis, a lo más, si el engaño es de tal magnitud que genere error y este origine el desprendimiento patrimonial, el afectado podrá denunciar al agente del engaño por el delito de estafa¹³². El engañado, mediante una influencia simulada, de modo alguno es sujeto pasivo del delito de tráfico de influencias. Siempre en este delito, el sujeto pasivo será el Estado.

Por su parte, San Martín Castro, Caro Coria y Reaño¹³³, siguiendo los planteamientos de Abanto Vásquez y de la doctrina española, entienden que la modalidad de “tráfico de influencias reales” impide asimilar como bien jurídico tutelado al “prestigio y buen nombre de la administración”, por tratarse de un

¹³⁰ Exp. N° 638.98-Lima, Sala C (ROJAS VARGAS, 1999, p. 489).

¹³¹ ABANTO VÁSQUEZ, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, cit., p. 524.

¹³² No sería posible invocar el delito de estafa, debido a que el fin que persigue el engañado es ilícito y, por tanto, no merece protección del derecho. Esta posición es aún discutible en la doctrina, pues de aceptarse debe concluirse en la descriminalización de las conductas denominadas estafa).

¹³³ *Ibíd*em, p. 37.

interés espiritual que no es digno de tutela en un Estado social y democrático de Derecho, pues tal planteamiento presupone la existencia de un aparato de administración de justicia prestigioso, cuya intangibilidad quiere ser preservada: ¡nada más lejos de la realidad social peruana; por el contrario, los citados profesores¹³⁴ entienden que el objeto de protección ha de concretarse en “la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas”, como el interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional consagrado en el artículo 139°, inciso 2, de la Constitución.

Consideramos que negar o sorprenderse de que en nuestra patria no exista una “prestigiosa” administración de justicia de modo alguno puede servir para descartar como bien jurídico “el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa”¹³⁵. Si bien la ocurrencia de actos aislados de corrupción, afecta o lesionan el normal funcionamiento de la administración de justicia, ello no significa que desaparezca el interés fundamental de pretender preservar el prestigio y normal desenvolvimiento de la administración de justicia. Si no se trata de preservar y cautelar este aspecto fundamental, en la organización estatal, simplemente no hay Estado democrático de Derecho. La preservación de este interés es connatural al mantenimiento, del Estado democrático de Derecho. Y no es que sea espiritual, sino es un cimiento real de la organización del tipo de Estado que recoge nuestra Constitución Política. Es este interés el que se pretende proteger con el delito de tráfico de influencias.

Consideramos que el objeto del delito de tráfico de influencias reales no lo constituye “la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas”, toda vez que el delito en análisis se consuma mucho antes que el traficante llegue a entrar en contacto o influir en el funcionario o servidor público. El delito se verifica y perfecciona antes de poner en peligro o lesionar la imparcialidad u

¹³⁴ SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA y REAÑO PESCHEIRA, Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales, cit, p. 38.

¹³⁵ Caso contrario, significaría sostener irrazonablemente que como el agraviado sufría de leucemia no puede ser víctima del delito de lesiones graves producida por el agente, debido a que no gozaba de buena salud, o que los pobres no pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el patrimonio, debido a que en el Perú no tienen un buen patrimonio que proteger, etc.

objetividad del funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones normales al interior de la administración de justicia jurisdiccional o administrativa. Si el traficante llega realmente a influir o tratar de influir estaremos ante la fase de agotamiento del delito de tráfico de influencias. Que en esta fase se afecte determinado interés fundamental que se pretende preservar, como la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función pública, es irrelevante penalmente para efectos del delito en hermenéutica¹³⁶.

Rojas Vargas¹³⁷ apunta a que el objeto de la tutela penal es el de preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública, específicamente en su ámbito jurisdiccional y de justicia administrativa, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descrédito con el comportamiento típico del agente. Por su parte Abanto Vásquez¹³⁸ sostiene que el bien jurídico no puede ser el “prestigio” o el “buen nombre” de la administración pública, ya que ella no responde a las exigencias de un Estado social y democrático y de Derecho. Y que más bien existe un atentado, aunque lejano, contra la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función y, en el supuesto de la “influencia simulada” el “patrimonio individual”. Reaño Peschiera indica que “...el objeto de protección ha de concretarse en la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas, interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin duda este bien jurídico es tutelado a través de un delito de peligro abstracto en el que la criminalización del tráfico de influencias importa el adelantamiento de la barrera punitiva a un estadio previo a la lesión del bien jurídico, pues su consumación no exige la materialización de la intercesión”¹³⁹.

¹³⁶ En este sentido y contradictoriamente “el delito en mención no afecta en sí mismo, no lesiona específicamente la imparcialidad de la función pública” (SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA y REAÑO PESCHEIRA, Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir Aspectos sustantivos y procesales, cit., p. 39).

¹³⁷ ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la Administrativa pública, Lima, 2007, p. 786.

¹³⁸ ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, pp. 524 y 525.

¹³⁹ REAÑO PESCHIERA; Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del «Caso Montesinos’ Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿Comprador de humo, víctima o partícipe?, cit., p. 294.

En el delito de tráfico de influencias, tal como está redactado en el Código penal, nos encontramos ante un tipo de los llamados pluriofensivos, con el que se trataría de proteger, no solo la transparencia e independencia de la función pública, sino también la situación de igualdad de los ciudadanos frente a esta. Asimismo es protegido el valor de la incorruptibilidad funcional, que resulta lesionada por el ejercicio de la acción del tráfico de influencias determinante de una resolución facilitadora por medio de un beneficio económico.

2.2.3.3. Tipicidad Objetiva.

2.2.3.3.1. Descripción legal del artículo 400° del código penal.

El Código Penal de 1991 lo tipificó en su artículo 400°, no obstante, su contenido inicial ha sido objeto de modificación por el artículo 1° de la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004¹⁴⁰. Luego fue modificado por la episódica y polémica Lev N° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que fue derogada en parte por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011. Esta última ley volvió al texto impuesto por la Ley 28355. Finalmente, luego de la modificación introducida por la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, el contenido del tipo penal 400 del Código Penal es el siguiente:

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

¹⁴⁰ Como fuente extranjera de este delito cabe citarse, solo como fuente indirecta, el artículo 147° del Código Penal colombiano, pero antes de la dación del Código del 2000, pues en este texto, se tipifica en el artículo 411° de modo diferente. Con razón, HURTADO POZO enseña que es importante individualizarla para utilizar adecuadamente la doctrina extranjera, pues esta como toda elaboración dogmática tiene como base un sistema legal particular. Por lo tanto, si se quiere justificar la atribución de un sentido a una disposición invocando la opinión autorizada de un autor determinado, es necesario constatar si se basa en una disposición idéntica o similar a la disposición en cuestión. Lo mismo debe hacerse respecto a los criterios jurisprudenciales foráneos. Citar a estos solo es pertinente cuando se tiene en cuenta la semejanza o diferencia existente entre la disposición material de dichos criterios y el artículo que se interpreta (Ibídem, p. 276).

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Artículo vigente según el Artículo Único de la Ley No 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 400. Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

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

Tráfico de influencias. Texto original del Código penal de 1991:

Artículo 400.- El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 400.- Tráfico de influencias El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté

conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

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

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley No 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Esta figura delictiva fue puesta de relieve con el Código penal de 1924 (como art. 353-A) por el Decreto Leg. De 12-06-1981; las fuentes legales extranjeras que influenciaron en el modelo peruano, las podemos encontrar en los artículos 204, 346 de los códigos penales italiano de 1889 y 1930, respectivamente, en el artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980 y el artículo 404 bis c) del Código español de 1973.

Una fuente que merece resaltar es la legislación española que lo regula desde hace poco tiempo, a partir de la Ley de 1991 introdujo esta tipología delictiva, cuya sistematización es asumida en el Código de 1995, que se encuentra inserta en el Cap. VI (“Del tráfico de influencias”) del Tít. XIX (“Delitos contra la Administración Pública”), la incriminación se realiza de una manera amplia y profusa en los contornos generales y específicos del delito de tráfico de influencias, que se pueden sintetizar en tipos legales del delito.

De otra parte, podemos señalar que en los diversos modelos normativos que ofrece la legislación comparada sobre el delito de tráfico de influencias — España, Italia, Argentina, Colombia, etc.— no se ha criminalizado la simple influencia que pueda poseer el agente sobre los funcionarios públicos —jueces y fiscales—, pues tal nivel de irradiación de poder es un dato inherente a toda interacción social y sobre el cual no existe legislación en el contexto del Derecho occidental que lo castigue penalmente. En efecto, la sola existencia de influencia, la capacidad de influencia o de ejercicio de influencias consideradas, en tanto situaciones de hecho desprovistas de los aditamentos de tipicidad exigidos en la norma penal, carecen de interés penal. Los diseños político-criminales se han preocupado por enfatizar la venta o compromiso pecuniario de que es objeto tal marco de influencias en posesión de un sujeto indeterminado, haciendo radicar en dicho punto la relevancia penal, sin que sea realmente importante que la influencia vendida haya sido concretada o eficaz¹⁴¹.

En consecuencia, la simple influencia que pueda tener una persona sobre un magistrado por ejemplo, de modo alguno es conducta penalmente relevante. Hay conducta típica cuando esa influencia es ejercida a cambio de una ventaja patrimonial o de otra índole. Pero como veremos luego, no es necesario que realmente la influencia invocada se concrete. La conducta se consume en el momento en que el agente invocando tener influencias reales o simuladas solicita una ventaja con el ofrecimiento de usar esas influencias.

2.2.3.3.2. Legislación comparada

La técnica que empleó el legislador español, a diferencia del nuestro, es mucho más acorde para una correcta comprensión y aplicación de las normas penales. Permite pues, tener una mejor sistematización en la descripción de las conductas punibles, de acuerdo a la calidad del sujeto activo. El codificador español ha preferido separar la figura básica en dos tipos distintos según si el sujeto activo es un funcionario (art. 428 influencia propia) o cuando es un

¹⁴¹ Vid. ROJAS VARGAS, Delitos contra la administración pública, cit., p. 551.

particular (art. 429 influencia impropia); solamente el tipo adicional del artículo 430 del Código español es similar al peruano.

El tipo delictivo se encuentra tipificado en el artículo 428 del C.P. de España (1995) Art. 428° del CP español:

“El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviese el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior’

El delito del tráfico de influencias impropio, se encuentra tipificado de la siguiente manera:

Art. 429° del CP español: “El que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con este o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrá las penas en su mitad superior”.

Esta modalidad delictiva constituye una contrapartida del delito de tráfico de influencias, pues la principal características es la ausencia de la cualidad de funcionario público en el sujeto activo, es decir estamos ante la presencia de un delito común. La presente infracción penal no se encuadra en el ámbito de los delitos consistentes en la infracción de especiales deberes jurídicos propios de los funcionarios. El beneficio económico proviene de la resolución funcional

que se pretende obtener con el ejercicio de influencia sobre la autoridad, la obtención de tal beneficio solo se logra en virtud de la conducta de resolución debida a persona distinta del autor.

El delito de ofrecimiento de ejercer influencia ante funcionario público, se tipifica de la siguiente manera:

Art. 430 del CP español: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 18), que en el punto de tráfico de influencias, señala expresamente:

“Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;
- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido”.

2.2.3.3.3. Sujeto activo

El sujeto activo o agente del delito de tráfico de influencias puede ser cualquier persona. El artículo 400° no exige alguna cualidad especial en el sujeto activo. Estamos ante un delito común y no especial como la mayoría de delitos que lesionan o ponen en peligro la administración pública. Con base en tal consideración, en la doctrina se sostiene que la ubicación del citado delito en el Código Penal debe estar fuera de los delitos contra la administración pública; sin embargo, su ubicación en este título del Código Penal, se impone por el bien jurídico general y específico que se pretende proteger, esto es, el recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa, en tanto que el bien jurídico específico lo constituye el prestigio y el regular desenvolvimiento de la justicia jurisdiccional y administrativa.

De la redacción del tipo penal se concluye que el tercero interesado de modo alguno puede ser considerado como autor o coautor del delito en análisis. No obstante, en el supuesto que el tercero interesado actúe con conocimiento y voluntad del tráfico de influencias que incentiva, será inductor del delito debido a que se daría el supuesto debidamente previsto en el artículo 24° del Código Penal. Asimismo, el tercero interesado que acepta la oferta expresada por el traficante será cómplice primario del delito de tráfico de influencias —artículo 25°, Código Penal—, pues sin su participación dolosa el delito no se consuma o perfecciona, por lo que la pena que se le imponga será la misma que para el autor traficante¹⁴².

Así, San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera¹⁴³ expresan, contrariamente a la opinión que sostiene la atipicidad de la conducta del tercero interesado que interviene en el desarrollo de la conducta punible de tráfico de influencias, que “es posible aplicar las reglas de la participación delictuosa

¹⁴² El tercero interesado hasta puede ser considerado cómplice secundario en el caso de invocación de influencias reales, debido a que las reglas de la participación secundaria no son incompatibles con la manera en que el legislador ha regulado en el artículo 400° el comportamiento incriminado HURTADO POZO, “Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú: delito llamado de tráfico de influencias”, cit., p. 299).

¹⁴³ Basados en las posiciones asumidas por los españoles MUÑOZ CONDE, MIR PUIG, 2002, pp. 54, y 62. En sentido parecido, HURTADO POZO, “Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias”, cit, pp. 29 1-293.

previstas en los artículos 24° y 25° del Código Penal que regula la instigación y la complicidad, pero aquel de modo alguno puede ser considerado como autor o coautor. El tercero interesado será considerado cómplice primario —artículo 25°, primer párrafo del Código Penal— cuando acepta la oferta del vendedor de humo, otorgando o prometiendo dar dádivas, donativo o cualquier otra ventaja, o en calidad de instigador —artículo 24° del Código Penal— cuando solicita la intercesión del traficante de influencias”.

Esta posición tiene su fundamento en el hecho que la etapa de consumación del delito no se produce sin la intervención del tercero interesado, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y, con ello, un acuerdo de voluntades entre el traficante y el comprador de humo. Ambos orientan su conducta a la puesta en riesgo del mismo bien jurídico, aunque desde diferentes perspectivas; el traficante persigue una prestación por su intercesión, mientras que el comprador una resolución judicial o administrativa que le favorezca¹⁴⁴.

En el caso que el agente de la conducta punible tenga la calidad de funcionario o servidor público, la conducta se agrava y por tanto, el agente es merecedor de mayor penalidad, tal como se prevé en el segundo párrafo del artículo 400° del Código Penal¹⁴⁵.

Al tratarse de un delito común, para identificar quién es autor o coautor y quiénes pueden ser partícipes del grave delito, sirve la teoría del dominio del hecho, pero desde la óptica de Roxin.

¹⁴⁴ SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA y REANO PESCHIERA, Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales, cit., p. 61.

¹⁴⁵ Este párrafo que hace fa distinción fue incorporado recién por la Ley N° 28355 de octubre de 2004. La modificación sin duda fue consecuencia de la crítica expresada en la doctrina al texto original del numeral 400 del Código Penal. Abanto Vásquez, comentando el texto del Código español, alegaba: “Es más justo que cuando el sujeto activo sea un funcionario público, haya más pena que cuando se trate de un particular”, (ABANTO VÁSQUEZ, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, cit., p. 527). Por su parte, Rojas Vargas comentando el texto original, argumentaba: “La norma peruana no ha hecho aquí distinciones, ni ha considerado pertinente criminalizar con mayor pena cuando el sujeto activo es Funcionario público o una autoridad, lo cual sin embargo merece una lectura más objetiva por parte del legislador a efectos de obtener una mejor función preventiva general” (ROJAS VARGAS, Delitos contra la administración pública, cit., p. 557).

Por lo demás, la interpretación debe hacerse de acuerdo con los parámetros establecidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que se aprobó en Mérida (México) en diciembre de 2003 y que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. En efecto, en el artículo 18° de la convención se establece que cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a. La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona.

b. La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido.

2.2.3.3.4. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo solo es el Estado como único titular del bien jurídico protegido. El tercero a quien es ofertada la influencia por el traficante, el funcionario o servidor público a quien va dirigida la influencia que invoca el vendedor de humo de modo alguno se constituyen en sujetos pasivos del delito como erróneamente sostiene Abanto Vásquez¹⁴⁶. Estos sujetos automáticamente se convierten en testigos de excepción del hecho punible que desarrolla el agente en perjuicio del Estado.

¹⁴⁶ ROJAS VARGAS, siguiendo la doctrina italiana que mayoritariamente considera que el interesado es víctima del delito de tráfico de influencias. Vid. Rojas VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 573. Incluso Hurtado Pozo, en parecida posición pero solo en el supuesto de invocación de influencias simuladas, expone que en la medida en que el tercero es engañado es posible considerarlo una víctima del delito, por lo que no puede ser reprimido en estos casos como cómplice (HURTADO Pozo, "Interpretación y aplicación del artículo 4000 del Código Penal del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias", cit., p. 297).

La lesión económica y la frustración de expectativa que le pueden ocasionar al tercero, al sentirse estafado por el traficante, de modo alguno puede considerarse como un costo que necesariamente tiene que asumir el tercero por haberse involucrado en la ilícita actividad de compra de influencias, como sostiene Rojas Vargas¹⁴⁷ asumiendo lo expresado por Fiandaca y Musco que interpretan el Código Penal italiano. Por el contrario, si el tercero es estafado por el traficante tiene franqueado su derecho de proceder a denunciar al agente del engaño por el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 196° del Código Penal. Ello dependerá de la forma y circunstancias en que se produjo el engaño y siempre que la ventaja o beneficio indebido obtenido por el agente sea de carácter patrimonial.

2.2.3.3.5. Conducta típica.

“El comportamiento típico del delito está dado por el núcleo rector principal ‘invocar con el ofrecimiento de interceder’, los verbos rectores complementarios ‘recibir’, ‘hacer dar’ o ‘hacer prometer’; los medios corruptores por los sustantivos ‘donativo’, ‘promesa’ o ‘cualquier otra ventaja’ y el elemento finalístico ‘con el ofrecimiento de’; que contrastando ello los medios de prueba incorporados al proceso, se concluye que está debidamente probado que el procesado ofreció interceder ante la Sala Penal donde se ventilaba el incidente y a cambio de ello recibió el dinero que previamente había sido acondicionado por los funcionarios de la entidad de control y que le fuera encontrado en uno de los bolsillos de su pantalón al momento de ser intervenido; que dicha suma de dinero fue recibida voluntariamente por el procesado, quien incluso entregó al denunciante el vuelto de diez soles; que si bien el proceso afirma que era para los gastos de un almuerzo que el denunciante le había propuesto invitarle, ello no le quita el carácter de donativo o ventaja”¹⁴⁸.

Los factores comunes a todas estas hipótesis son los hechos de invocar influencias, ofrecer interceder ante un funcionario o servidor público y el objeto

¹⁴⁷ ROJAS VARGAS, Delitos contra la administración pública, cit., p.

¹⁴⁸ Ejecutoria suprema del 7 de mayo de 2003, Exp. N° 1981-2002-Lima (SALAZAR SÁNCHEZ, Delitos contra la administración pública, cit., p. 526).

del delito (“cualquier ventaja”). Se distinguen por lo siguiente: a) las influencias son reales o simuladas; b) la ventaja es para el mismo autor o para un tercero; c) el funcionario sobre el que se influye conoce o ha conocido el caso; d) la índole de este último es judicial o administrativa¹⁴⁹.

Entre estos factores intercambiables, dos juegan un papel decisivo: por un lado, el relativo a la naturaleza de las influencias (reales o simuladas); por otro, el referido a que el funcionario ante el cual el agente ofrece interceder esté conociendo el asunto o lo haya ya conocido.

De ese modo, el hecho punible de tráfico de influencias se verifica o aparece cuando el agente (ya sea funcionario, servidor público o particular) invocando o teniendo influencias reales o simuladas, ofrece a un tercero interesado, interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo, ha de conocer o haya conocido un caso judicial o administrativo, a cambio de donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio que recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero.

Del concepto ensayado se deduce que el hecho punible en análisis puede presentarse en diversas modalidades¹⁵⁰:

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, recibe para sí o para un tercero donativo 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.

— El sujeto activo, invocando o teniendo influencias reales, hace dar para sí o para un tercero donativo 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.

¹⁴⁹ HURTADO POZO; ‘Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias’, cit., p. 272.

¹⁵⁰ Véase también: SALINAS SICCHA, Ramiro, «El delito de tráfico de influencias en la legislación y en la jurisprudencia peruana», en Jus Jurisprudencia N° 9, Grijley, Lima, setiembre 2008, pp. 173-190.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace prometer para sí o para un tercero donativo con la oferta u ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, recibe para sí o para un tercero promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace dar para sí o para un tercero promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace prometer para sí o para un tercero promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, recibe para sí o para un tercero 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace dar para sí o para un tercero 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.

— El sujeto activo o agente, invocando o teniendo influencias reales, hace prometer para sí o para un tercero 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, recibe para sí o para un tercero donativo con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace dar para sí o para un tercero donativo 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace prometer para sí o para un tercero donativo 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, recibe para sí o para un tercero promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace dar para sí o para un tercero promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace prometer para sí o para un tercero promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, recibe para sí o para un tercero cualquier otra ventaja o beneficio el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace dar para sí o para un tercero 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace prometer para sí o para un tercero 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.

Por la manera en que está redactado el texto se puede pensar, primero, que el agente invoque, reciba y, luego, ofrezca interceder; segundo, que invoque y que al recibir ofrezca interceder; tercero, que en un mismo lapso —indistinta y

estrechamente relacionados— se produzcan los tres actos. En todo caso, lo interesante por ahora es subrayar que la referencia al ofrecimiento de una ventaja permite atribuir al art. 400 el sentido amplio que proponemos: realización sucesiva o simultánea de los actos en cuestión¹⁵¹.

De la descripción típica se desprende que los sujetos activos estarían configurados por particulares, sin embargo, no queda absolutamente descartada la posibilidad de la autoría del delito también por funcionarios que, no concretando el tipo de tráfico de influencias propio del funcionario, se limitan a ejecutar la presente modalidad delictiva del ofrecimiento de influencia.

Es un tipo donde se prevén conductas mixtas alternativas que engloban todas las fases por las que atraviesa el intento de acuerdo entre el traficante y el particular; el tipo penal: “solicitar” y “aceptar”.

En todas las modalidades del delito de tráfico de influencias, intervienen los siguientes elementos objetivos.

A. Invocar o tener influencias reales o simuladas

A.1. Las influencias reales

Debemos de recalcar que mediante el Artículo 1 de la Ley No 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el siguiente: Artículo 400.- Tráfico de influencias: “El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público...”.

“Traficar” significa “comerciar, negociar con el dinero y las mercaderías, trocando, comprando o vendiendo, o con otros semejantes tratos”. Por su parte, “influencia”, es sinónimo de poder, autoridad, dominio, ascendiente, preponderancia o capacidad para determinar o modificar tendencias culturales,

¹⁵¹ HURTADO POZO; “Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias”. cit., p. 280.

opiniones, actitudes, etc. Dejarse influir es sufrir la influencia de alguien y esta influencia constituye un poder para obtener algún resultado.

El núcleo de la acción consiste en influir, que según el Diccionario de la Real Academia significa: “ejercer una persona o cosa predominio, o fuerza moral”. La acción la constituye el comportamiento de “influir” un funcionario público, “prevaliéndose” del ejercicio de las facultades de su cargo —si es funcionario— o de cualquier otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro funcionario en la toma de decisión de este en asunto de su competencia.

La acción consiste en “influir”, entendiendo como tal la efectiva consecución de un cambio de decisión, una alteración de la voluntad de quien la sufre. Por “influir”, según la Sentencia de la Sala 2da. Del tribunal Supremo de 24 de junio de 1994, en el fundamento de derecho 5° señala que. “la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de esta, que ha de ser un funcionario respecto de una decisión a tomar en el ejercicio del cargo, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis previo a la decisión.

En otras palabras, las influencias son reales, que quiere decir que efectiva y realmente sean existentes, que verdaderamente el sujeto activo tenga el poder sobre la voluntad del funcionario público que ha de conceder el favor. En otras palabras, si el agente invoca influencias reales, significa que tiene la capacidad, es decir, el poder efectivo de influir sobre el funcionario; si, además, su ofrecimiento de interceder ante este es serio, se puede admitir que este comportamiento podría afectar el funcionamiento de la Administración pública, en particular si el funcionario o servidor público conoce el caso¹⁵².

¹⁵² HURTADO POZO; “Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias”, cit., p. 287.

A.2. El regreso de las influencias “simuladas” mediante la Ley Nro. 29758.

Cabe destacar que el tipo penal de Tráfico de Influencias no exige el ejercicio efectivo de influencia sobre un funcionario público determinado, ya que de esperar hasta poder probar la influencia efectiva implicaría una demora innecesaria en la intervención penal que precisamente el legislador quiso evitar.

La influencia simulada, resulta difícil encontrar un bien jurídico concreto que pueda ser materia de protección; se resalta un supuesto de peligro muy remoto tanto para el patrimonio del particular (en el caso en que este acceda a comprar la influencia y el sujeto activo no cumpla su contraprestación) o para la imparcialidad del desempeño funcional (el funcionario público que se va a influir no tiene que conocer siquiera los tratos de los sujetos). Cabe hacer tres precisiones en torno a este supuesto:

- Lo que se sanciona aquí, no es el hecho de que se tenga las influencias, o de que se utilicen las mismas en un sentido reprochable, sino lo que se sanciona es el descrédito al cual se somete a la administración, cuando ante terceros se hace aparecer que basta con que el traficante ponga en movimiento sus influencias.
- El hecho que se tipifique esta modalidad, llevaría a confusiones con el delito de estafa (art. 196 del CP), en la medida en que el sujeto activo estaría induciendo a error a otra persona, haciéndole creer que tiene unas influencias que en realidad no posee).
- Por último, las influencias pueden ser simuladas, mas no así el pacto o acuerdo que debe existir entre la víctima y victimario, que ha de ser real; como tampoco la persona sobre la cual, al menos de manera supuesta, se posee la influencia, que ha de existir. Solo siendo verdaderamente influenciable el funcionario público, habrá un verdadero pacto ilícito que agota el tráfico, de tal manera que lo que puede ser simulado es la influencia sobre ellos, pero no su propia existencia, pues que en este último evento lo que se con figura sería una estafa.

Dentro de los avances y retrocesos a los que nos tiene acostumbrado el legislador, esto es, de acuerdo con la coyuntura política, el 21 de julio de 2011 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Ley 29758, norma que prácticamente ha permitido que la configuración típica del delito de tráfico de influencias regrese a su estado anterior, es decir, conforme se encontraba regulado mediante la Ley N° 28355. Siendo esto así, debemos establecer las siguientes conclusiones: la derogatoria del tráfico de influencias simulado o irreal, que era un reclamo casi unánime de la doctrina nacional en el sentido de no existir algún bien jurídico que proteger, esta modalidad delictual ha regresado a ser parte de nuestro ordenamiento jurídico penal, sin perjuicio de las críticas expuestas. El legislador ha vuelto a regular esta modalidad de tráfico de influencias¹⁵³. Por ello se afirma que la lesión económica y la frustración de expectativas que pueden sobrevenir al interesado, esto es, al sentirse estafado por el traficante, constituyen un costo que necesariamente tiene que asumir por haberse involucrado en la ilícita actividad de compra de influencias.

Por otro lado, si bien esta última configuración típica deja de lado la posibilidad de cometer un tráfico de influencias con la sola presencia del traficante, a través de la solicitud de cualquier tipo de ventaja o beneficio que pueda realizar a favor del eventual interesado o beneficiario, tal posibilidad sigue siendo penalmente relevante por medio de las reglas de la parte general del Código penal que nos brinda la tentativa como una excepción a la regla que entiende que este delito siempre requiere una pareja criminal o ser convergente a pesar de existir crítica en la doctrina nacional por negar la existencia de tentativa en los actos preparatorios, que es propiamente la regulación del tráfico de influencias, ya que se ubica en el momento de la ejecución delictual, es decir, en un momento posterior a la etapa de la preparación delictual.

En este punto, debemos tener en consideración lo normado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre

¹⁵³ NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente; "La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La venta de difumo en el pacto sceleris", en Gaceta Penal, tomo 26, Agosto, 2001, p. 19.

Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 18), en el punto de tráfico de influencias, señala expresamente la represión de las influencias supuestas. En efecto: “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta... ”.

A.3. La influencia tiene que ser ejercido mediante el verbo “invocar”.

La influencia adquiere solo relevancia penal en la medida que esta sea realizada mediante el uso de “invocar” determinación situación —abuso de poder de cargo, o de relación jerárquica o personal— no constituyendo delito de tráfico de influencias la conducta del particular que influye en otro funcionario sin hacer uso de dicha invocación, pues el tipo penal limita la acción mediante un medio determinado.

Invocar es anunciar, propalar que se tiene una determinada condición o calidad (que, en el caso que nos ocupa, ha de ser en relación con el funcionario que debe conceder el supuesto favor). En nuestro delito de tráfico de influencias se elude textualmente al vocablo “invocando” lo que se conoce como “venta de humo” consistente en la “afirmación” o la “atribución” de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de la influencia (amistad, parentesco, favores debidos, etc.).

La influencia presenta las siguientes características:

- A) El tipo legal no exige que la influencia realmente exista, ya que se refiere a que la influencia puede ser real o simulada. Resulta totalmente discutible la influencia simulada, pues no se atenta verdaderamente el “correcto funcionamiento de la administración pública”.
- B) Nuestro tipo legal no exige el ejercicio efectivo de influencias sobre un funcionario público determinado.

C) La técnica utilizada en el tipo penal es un verbo rector de conducta positiva (“invocar”).

D) No existirá invocación cuando el sujeto activo no ha afirmado tener las influencias sino simplemente se ha ofrecido a corromper a determinados funcionarios que ha acordado con el particular. Se presentará un supuesto de complicidad “cohecho activo” del extraneus, y si el sujeto no pensaba corromper al funcionario, sino apropiarse del dinero, se producirá una estafa.

Sin embargo, el término “influir” parece muy amplio pues parece abarcar conductas que objetivamente pueden considerarse ajustadas a usos sociales penalmente irrelevantes, vale decir, se tendría que interpretar la norma de acuerdo al carácter fragmentario y de “última ratio” del Derecho penal, que se centra en el concepto de invocar.

El término invocando debe ser comprendido, en consecuencia, teniendo en cuenta la particular manera como es utilizada por el legislador peruano: el gerundio del verbo invocar. Esta forma significa simultaneidad o anterioridad del hecho de invocar respecto al de recibir o hacerse prometer. Es decir, comunica a la acción verbal una dimensión de duración. Esto permite afirmar que la acción de invocar, por ejemplo, puede tener lugar con anterioridad, pero también puede darse de manera simultánea a la de recibir, hacer o prometer.¹⁵⁴

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

Otro elemento objetivo del delito en hermenéutica jurídica lo constituye el recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero un donativo o cualquier otra ventaja por parte del traficante. Es decir, el agente invocando tener influencias reales o simuladas o evidenciando tenerlas ante un tercero interesado, logra que este le entregue o prometa entregar en el futuro un beneficio patrimonial o de cualquier otra naturaleza.

El recibir significa que el agente acepta, acoge, admite, embolsa o toma el donativo u otra ventaja o beneficio que el tercero interesado le entrega a

¹⁵⁴ HURTADO POZO; “Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias”, cit., p. 279.

cambio de las influencias que ofrece aquel. El tercero interesado ya está predispuesto a hacer la entrega a cambio de la promesa de influenciar. Mediante el uso del verbo recibir el legislador ha pensado, en primer lugar, que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja. Mediante el acto de entregar —en caso de no existir pedido de parte de quien recibe— el que da empuje al agente a aceptar y recibir la ventaja, ocasión en que este último ofrece interceder para hacer lo que le pide el tercero¹⁵⁵.

Como precedente de esta modalidad delictiva es posible citar la ejecutoria suprema del 28 de enero de 1998, allí se esgrime que “se halla acreditado el delito de tráfico de influencias así como la responsabilidad del procesado, quien en su condición de auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, prometió a la justiciable influir en la causa seguida en su contra, habiendo recibido dicho encausado una suma de dinero para tal efecto”¹⁵⁶.

El hacer dar significa que el agente logra o convence al tercero interesado que le entregue, ceda, conceda, facilite o provea del donativo u otra ventaja. Hacer dar se traduce en el hecho que el agente-trafficante, invocando tener influencias, logra que el tercero interesado le dé o facilite un donativo u otra ventaja o beneficio. El agente no se limita a recibir, Sino a hacer nacer en el tercero interesado la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el trafficante.

En cambio, la modalidad materializada por el verbo prometer significa que el agente invocando tener influencias logra que el tercero interesado le ofrezca, proponga, pacte o prometa la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole en un futuro cercano. Mayormente aparece cuando el agente logra que el tercero interesado le ofrezca entregar donativo una vez que el funcionario o servidor de la administración de justicia se pronuncie en un determinado sentido.

¹⁵⁵ HURTADO POZO, “Interpretación y aplicación del artículo 4000 del Código Penal del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias”, cit., p. 282.

¹⁵⁶ Exp. N° 5002-97-Lima, Sala B (ROJAS VARGAS, Jurisprudencia penal comentada, cit., p. 486.

El provecho económico —u otra ventaja— percibido o hecho prometer por el sujeto activo del delito pueden ser para él mismo o para un tercero. El término “tercero” es de significado amplio, abierto, pues comprende tanto a familiares, amigos, allegados, otro funcionario, servidor público, el mismo funcionario influenciado, etc.¹⁵⁷

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

En la conducta del agente, debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, hacer dar o hacer prometer un beneficio patrimonial o cualquier otra ventaja o beneficio. Si en determinado hecho investigado llega a verificarse que ninguno de los medios citados concurre, sencillamente el delito de tráfico de influencia no aparece.

El donativo¹⁵⁸ es aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete —otro funcionario o particular—. Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc.

La promesa¹⁵⁹, en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en

¹⁵⁷ ROJAS VARGAS, Delitos contra la Administración pública, cit., p. 566. ABANTO VÁSQUEZ, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, en., p. 533.

¹⁵⁸ Sin duda tiene razón HURTADO POZO cuando afirma que el término donativo está mal empleado en el tipo penal, pues proviene del verbo donar que significa “traspasar graciosamente a otro algo o el derecho que sobre ello tiene”. Por lo tanto, donativo significa “dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios”. En el tipo penal, no se trata de ninguno de estos casos. El tercero no entrega gratuitamente al agente la cosa, sino como precio o retribución del ofrecimiento de interceder ante el funcionario. Lo que debe retenerse es que el objeto material del acto es algo de valor que beneficia a quien lo recibe” (HURTADO POZO, “Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias”, cit., p. 284).

¹⁵⁹ Hurtado Pozo sostiene que tampoco es acertado el uso del término promesas, debido a que si bien se pueden recibir o hacer dar promesas, no es coherente afirmar de hacer prometer

un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del delito. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

El contenido de la promesa puede ser muy variado: la entrega futura de una oferta remunerativa, bien mueble-o inmueble, ventajas (utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, etc.). La modalidad de la promesa tiene que ser directa. El momento de hacerse realidad la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso antes de que el funcionario o servidor influenciado se pronuncie de acuerdo con lo que el tercero interesado pretende. Lo fundamental es el vínculo que une a los actos del traficante con la promesa efectuada.

Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo. Es una cláusula general que completa la lista de ventajas enumeradas en el tipo penal —donativo, promesa—. Comprende a cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad supuesta de influenciar ante un funcionario o servidor jurisdiccional o administrativo: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.

En suma, la expresión “cualquier otro beneficio o ventaja” comprende cualquier beneficio patrimonial como no patrimonial, pero que implique una utilidad apropiada para que el agente convenga en recibirla o aceptarla como objeto de la promesa de parte del tercero interesado¹⁶⁰.

promesas. Así mismo, no se indica el contenido de la promesa por lo que debe pensarse que se trata de promesas referentes a donativos o a cualquier otra ventaja (Loc. cit.).

¹⁶⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 285.

D. Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público

Otro elemento de la tipicidad objetiva lo constituye el ofrecimiento que hace el agente al tercero interesado de mediar, abogar, terciar, recomendar, intermediar o interceder ante un funcionario o servidor de la administración de justicia: jurisdiccional o administrativa.

Aquí es donde mejor resalta la idea de que el tráfico de influencias es un ilícito de peligro, es un delito de resultado cortado en dos; pues el sujeto activo invoca las influencias ilícitas, sobre la base de algunos de los medios corruptores del artículo 400° del Código penal, para interceder ante un funcionario o servidor público, solo es necesario para efectos de la tipicidad, que el sujeto activo tenga esa finalidad específica, aunque en la realidad no se llega a concretar tal o cual influencia sobre el funcionario judicial o administrativo. El tipo penal en cuestión es clarísimo: "...con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor...".

Entiéndase por ofrecimiento a una declaración de voluntad, en este caso del sujeto activo, de expectativa a futuro sobre una determinada gestión ante la Administración Pública. Solo basta a nuestro juicio, acreditar en el proceso penal, la invocación de influencias, los medios corruptores, y el ofrecimiento de interceder ante un funcionario judicial o administrativo, para perfeccionar el tipo penal en cuestión. Por ejemplo, el traficante, luego de haber arreglado con el interesado, lo intervienen policialmente en el preciso momento que se proponía ingresar al despacho del funcionario o servidor público, proponiéndole ilícitamente que resuelva en determinado sentido el caso.

En otras palabras, con la frase "...con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor..." marca un antes y un después en la tipicidad objetiva del tráfico de influencias. Se trata de un momento "antes" porque marca el presupuesto material y necesario para iniciar la tipicidad objetiva del tráfico de influencia; y marca un momento "después" porque solo constituye un presupuesto finalístico, pues solo interesa probar la finalidad específica del sujeto de interceder ante un funcionario judicial o administrativo.

Como en todo delito de corrupción de funcionarios, el legislador patrio, no espera a que se realice efectivamente el acto funcional, por el cual el traficante ha influenciado en su momento; en ese sentido, sólo el delito quedará consumado cuando se verifiquen los dos extremos de la tipicidad objetiva: en primer lugar, cuando el sujeto activo “invoque” (se entiende para los sujetos interesados) las influencias reales o simuladas ante un funcionario o servidor público, hasta aquí se trataría de una conducta socialmente adecuada, atípica en términos penales; y en segundo lugar, se tendría que comprobar para efectos de la consumación, que el sujeto activo “recibe” “hace dar” o “prometer para sí o para otro” algunos de los medios corruptores: “donativo” “promesa” “ventaja” o “beneficio” Comprobado en el proceso penal estos dos extremos estaremos ante un tipo perfecto de consumación y no simplemente de un tipo imperfectamente realizado (tentativa), aunque en la realidad, no se verifique que el funcionario o servidor público haya realizado el acto funcional por el cual el traficante influenció. Por ello se dice, correctamente, que el tráfico de influencia se trata de un delito de peligro y no de resultado lesivo.

En otro aspecto, la mediación puede verificarse con el empleo de terceras personas —mediatez de la intermediación—, quienes se hallan en situación de mayor cercanía o allegadas para influir sobre el funcionario o servidor público que administra justicia, lo que generará un contexto de traficantes en cadena que pueden formar parte de una asociación ilícita. El contenido de esta intermediación puede versar sobre un petitorio lícito o ilícito, justo o injusto, pero deberá tratarse de un efecto que favorezca al interesado o allegado o no le perjudique, o que perjudique a terceros.¹⁶¹

E. Influcidar ante un funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo

El destino de las influencias que invoca o alega el traficante no es cualquier funcionario o servidor de la administración pública, sino solo un funcionario o servidor público que ejerce funciones al interior de la administración de justicia

¹⁶¹ ROJAS VARGAS, Delitos contra la administración pública, cit., p. 563. En sentido parecido, ABANTO VÁSQUEZ, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, cit., p. 532.

en el ámbito jurisdiccional o administrativo. Es más, no cualquier funcionario de la administración de justicia, sino aquel que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo que interesa al tercero ante el cual el sujeto activo invoca o afirma tener influencias. Si se verifica que el destino de las influencias es un funcionario o servidor público que no tiene alguna relación funcional con el caso o proceso que interesa al tercero, el delito en hermenéutica jurídica no se verifica.

En este sentido, se pronuncia Rojas Vargas¹⁶² cuando argumenta que solo es relevante la conducta cuando el funcionario o servidor público se halle en vinculación funcional con cualquiera de los dos procesos de dilucidación de conflictos señalados en el tipo —jurisdiccional o administrativo— y solo con relación a ello, excluyendo taxativamente a cualquier otro funcionario o servidor y a cualquier otro proceso.

Así, por ejemplo, en la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2003, se confirmó la sentencia en contra de Rodríguez Medrano argumentando “que, en cuanto al delito de tráfico de influencias, previsto en el artículo 400° del Código Penal, igualmente se encuentra acreditado ya que el imputado, se comprometió con el querellante Enrique Escardó Gallo, director de la revista ‘Gente’, medio periodístico de información pública, para interceder ante la juez Medina Calvo, quien estaba avocada al conocimiento de la querrela, interpuesta por el señalado querellante, por ante el Noveno Juzgado Penal de Lima”¹⁶³.

La jurisprudencia nacional tiene claro que “cuando el tipo penal del artículo 400° del Código Penal, hace referencia al ofrecimiento de Interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo [...] indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas —

¹⁶² ROJAS VARGAS, Delitos contra la administración pública, cit., p. 565.

¹⁶³ R.N. N° 10-V-01-Lima, considerando noveno.

jueces— o amplias —fiscales— respecto del caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo”¹⁶⁴.

Para completar la tipicidad del delito en comentario, el traficante tiene que influenciar sobre un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso “judicial” o “administrativo”:

— En el primer supuesto, se trata de casos que involucren procesos seguidos ante el Poder Judicial, en cualquiera de las instancias correspondientes (Jueces de Paz, Jueces de Paz Letrados, Jueces Especializados, Jueces Superiores o Jueces Supremos) o especialidades (Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Laborales, Constitucionales, etc.); se tiene que tratar de procesos judiciales en trámite o en giro, es decir, que no haya todavía un pronunciamiento sobre el fondo del caso, que es lo que finalmente busca el traficante —y el interesado— influenciar en el fondo del caso. Aunque puede darse alguna excepción: se puede traficar influencias sobre procesos judiciales fenecidos, que han terminado por cualquier motivo (por sentencia, por excepción, etc.) y que esté en la Oficina de Archivo de una Corte Superior.

— En segundo lugar, el artículo 400° señala “casos administrativos”. Se trata, en otras palabras, de procesos o procedimientos seguidos ante la Administración Pública en cualquiera de sus instancias o niveles; es decir, procesos disciplinarios de Control Interno, procesos del Derecho Administrativo sancionador, procesos administrativos seguidos ante la Administración Tributaria, Aduanera, etc. La pregunta sería ¿Si una investigación preliminar en el viejo modelo procesal penal, o Diligencias Preliminares, en el nuevo modelo procesal penal, dirigidas ambos por el Ministerio Público, sería considerada como un caso “administrativo”? Si somos estrictos a la normativa vigente, concluimos que definitivamente una investigación fiscal no podría ser equiparada a una investigación de corte administrativo.

¹⁶⁴ PÉREZ ARROYO, La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, cit., T. III, p. 1502 (ejecutoria suprema del 23 de julio de 2003, R.N. N° 11-2003-Lima).

Esta conclusión también podría ser extendida a una investigación policial, porque en realidad esta depende funcionalmente del Ministerio Público. Entonces, si esto es así, si el traficante influye en un Fiscal o un miembro Policial, que está conociendo o haya conocido un caso “fiscal” o “policial” que todavía no está en sede jurisdiccional, ¿Comete delito de tráfico de influencia? El legislador penal nacional pensó que solo existían dos grandes procesos en el sistema jurídico, y se olvidó inconscientemente de los procesos pre-jurisdiccionales en materia penal: fiscales y/o policiales; y es que en realidad entre los mismos procesalistas en materia penal, no se han puesto de acuerdo sobre cuál es la naturaleza (pre-jurisdiccional o administrativa) de la investigación preliminar o Diligencias Preliminares, normadas por la Ley Orgánica del Ministerio Público y por el Código Procesal Penal de 2004, respectivamente. Como hemos dicho, no puede ser considerado como una investigación de corte administrativo, ya que eso sería admitir que dicha investigación sería normada o regida por la Ley General de Procedimientos Administrativos, lo cual rechazamos. En nuestro concepto, dicha investigación se trataría de tipo pre-jurisdiccional, y si esto es así, los actos de influencia que se realicen hacia un fiscal o un policía quedarían impunes desde el delito de tráfico de influencia.

2.2.3.3.6. Agravante

Si el agente tiene la condición de funcionario o servidor público al momento de desarrollar la conducta punible, aparece la agravante tipificada en el último párrafo del artículo 400° del Código Penal. En tal sentido, a efectos de materializarse la agravante no es necesario que el agente esté en pleno ejercicio de sus funciones encomendadas al interior de la administración pública. Igual se verifica la agravante así el sujeto público se encuentre en sus días de descanso o de vacaciones, e invoque influencias reales o simuladas ante un tercero interesado a cambio de una ventaja indebida. El tipo penal solo exige verificar que el sujeto público, traficante al momento de cometer el delito, tenga la condición de funcionario o servidor público. Es indudable que la agravante no se aplica a los ex funcionarios o servidores públicos. Tampoco se aplica al traficante particular que alega o aduce ante el tercero interesado, ser funcionario o servidor público.

Para determinar qué persona tiene estas calidades, el operador jurídico no tiene más que recurrir al artículo 425° del Código Penal. Allí se indican los supuestos en los cuales a una persona se le considera funcionario o servidor público para el Derecho penal nacional.

Así mismo, a efectos del delito en hermenéutica jurídica sirve la definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁶⁵. En ella se dispone que a efectos de la convención, se entiende por «funcionario público o servidor público a todo funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos». Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público. Abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria, para desempeñar un cargo público aunque no hayan juramentado y asumido realmente funciones.

2.2.3.4. Tipicidad Subjetiva

De la lectura se advierte con claridad meridiana que se trata de un delito netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. El agente actúa con conocimiento y voluntad de primero invocar influencias, luego de ofertar al tercero e influir sobre determinado funcionario o servidor público de la administración de justicia a cambio de un provecho indebido para sí o un tercero allegado. El dolo, sin duda, se extiende a los instigadores y cómplices¹⁶⁶.

¹⁶⁵ El Perú, con fecha 29 de marzo de 1995 suscribió la Convención, la aprobó por Resolución Legislativa N° 26757 del 5 de marzo de 1997 y fue ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE del 21 de marzo de 1997, por lo que forma parte del derecho interno en aplicación del artículo 55° de la Constitución Política vigente. Parecida definición pero más amplia, recoge el artículo 2° de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción en vigor desde el 14 de diciembre de 2005.

¹⁶⁶ Cfr. HURTADO POZO, “Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias”, cit., p. 294.

Por las características de la fórmula peruana es lugar común, en la doctrina nacional¹⁶⁷, sostener que el delito de tráfico de influencias solo se perfecciona por dolo directo, ya que el agente —al atribuirse capacidad de influencia sobre el funcionario o servidor público de la administración de justicia, así como el ofrecer interceder— está dirigiendo intencionalmente su accionar hasta la puesta en peligro del bien jurídico ya la obtención de provecho indebido. El agente en todo momento actúa movido o motivado por el objetivo de obtener un provecho o ventaja de cualquier naturaleza, puede ser patrimonial, sexual, laboral, etc. Actúa con ánimo de obtener ventaja.

Resulta muy claro, que el tipo penal exige un comportamiento doloso en el sujeto activo. El dolo o componente subjetivo principal del delito comprende tanto el conocimiento que tiene el agente de cada uno de los componentes típicos objetivos y normativos.

El análisis del dolo, pese a su gran amplitud, sin embargo está limitado o circunscrito a los componentes que se hallan expresamente contenidos en el tipo penal de tráfico de influencia. En efecto, la presencia del dolo, abarcara no solamente el acto mismo de vender la influencia, sino también el compromiso de interceder en el futuro ante un funcionario público.

Hay que tener presente que si el beneficio económico, ni siquiera la resolución misma, constituyen un resultado incluido en el tipo, que se necesita para perfeccionar el tipo. Este delito opta por anticipar una vez más el marco de protección penal a la mera zona de peligro, y por tanto esos dos elementos: resolución y ulterior beneficio económico, operan tan solo como partes integrantes del elemento subjetivo del injusto.

No es posible, en consecuencia, que el delito de tráfico de influencias se materialice por dolo eventual. Menos aún que exista la posibilidad de que el

¹⁶⁷ ROJAS VARGAS, Delitos contra la administración pública, cit., p. 567. Abanto Vásquez, incluso enseña que el dolo abarca no solamente el acto mismo de vender la influencia, sino también el compromiso de interceder en el futuro ante un funcionario público; por eso se trata de un caso de dolo trascendente o de intención (ABANTO VÁSQUEZ, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, cit., p. 534).

agente actúe por error de tipo. El traficante de influencias reales o simuladas conoce y sabe bien lo que pretende hacer.

2.2.3.5. Consumación y Tentativa.

En el supuesto de recibir, la conducta se perfecciona en el momento en que el agente, luego de invocar influencias reales o simuladas y ofertar al tercero interceder ante un funcionario o servidor público de la administración de justicia, recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

El precedente jurisprudencial emitido en el caso del ex juez supremo provisional Palacios Villar, da cuenta de un típico caso de tráfico de influencias consumado- En efecto, en la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del 21 de mayo de 2007¹⁶⁸, se argumenta que “el imputado recibió beneficios patrimoniales —dinero en efectivo, botellas de licor, carne seca y chifle—, incluso antes de la operación de detención en flagrancia para invocar o demandar ante colegas suyos de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia la ayuda necesaria —que, por lo demás, estaba en capacidad de llevar a cabo— para que dictaran un fallo que objetivamente beneficie al interesado Ipanaqué Lezcano [...] que las tratativas entre traficante e interesado se dieron a plenitud [...] se trata en suma, de un delito de tráfico de influencias consumado”.

En el supuesto de hacer dar, la conducta se perfecciona en el momento que el agente, luego de invocar influencias reales o simuladas y ofertar al tercero interceder ante un funcionario o servidor público de administración de justicia, hace dar, solicita o requiere al tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

En el supuesto de prometer, la conducta se perfecciona en el momento que el agente, luego de invocar influencias reales o simuladas y ofertar al tercero intercede ante un funcionario o servidor público de la administración de justicia, hace que aquel tercero le haga la promesa de que en un futuro cercano le dará

¹⁶⁸ Exp. N° 06-2007-Ay, Sala Penal Especial de la Corte Suprema, artículos CPP y 34°.4 LOPJ, Ponente: Dr. San Martín Castro.

donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. En este supuesto, para efectos de la consumación, no es necesario que el tercero luego cumpla con su promesa. Si se cumple la promesa estaremos ante un delito de tráfico de influencias agotado.

Por el contrario, el delito se perfecciona con la sola promesa, aunque luego el obligado no cumpla. Sin embargo, este aspecto de modo alguno puede llevar a concluir que estamos ante un delito de mera actividad¹⁶⁹, pues el agente necesariamente requiere que el tercero le haga la promesa para actuar. Si el agente no logra que le hagan la promesa de entregarle una ventaja indebida, todos los actos anteriores constituirán tentativa.

El delito de tráfico de influencias es un delito mutilado de dos actos. Es decir, el perfeccionamiento del injusto exige que quien invoca ser titular de influencias, primero reciba, haga dar o haga prometer una ventaja o promesa de donativo por parte del tercero interesado, y posteriormente se comprometa a interceder ante un magistrado judicial o funcionario a cargo de un caso administrativo, sin que la consumación requiera que el ofrecimiento de intercesión se haga efectivo¹⁷⁰. Este compromiso constituye una finalidad ulterior a la consumación del delito, pues trasciende al propio ámbito del dolo, en la medida en que la fase consumativa no exige el uso efectivo de las influencias por parte del traficante, las cuales pueden ser incluso irreales¹⁷¹.

Las formas de tentativa son perfectamente admisibles. Existirá tentativa mientras no se produzca la dación o realización de los medios corruptores — recibir, hacer dar o hacer prometer donativo u otro beneficio—. En suma, hay que tomar en cuenta que la sola existencia de medios corruptores entregados o prometidos no evidencia delito de tráfico de influencias si previamente no ha

¹⁶⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, cit., p. 534.

¹⁷⁰ De modo que incurre en error la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema cuando en la ejecutoria suprema del 20 de abril de 2010 argumenta que “para su consumación solo exige la invocación de influencias, haciendo hincapié que resulta irrelevante si estas son reales o simuladas”, R. N. N° 4218 -2009- Piura.

¹⁷¹ SAN MARTIN CASTRO; CARO CORIA y REAÑO PESCHIERA, Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales, cit., p. 25.

existido la invocación de influencias dirigidas al interesado por parte del intermediario o traficante. Este aspecto al ser parte central del núcleo de la acción típica, condiciona la configuración del tipo penal¹⁷².

Finalmente, debe quedar expresado que si el traficante llega a tomar contacto o influye realmente o trata de influir en la actuación del funcionario o servidor público, estaremos ante la fase de agotamiento del delito.

2.2.3.6. Circunstancia agravante del segundo párrafo del artículo 400° C.P. por razón del cargo especial del autor.

El 400°, segundo párrafo, del Código penal peruano, sanciona lo siguiente: “Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.” Aquí el sujeto activo no es un particular como en el primer párrafo, sino se trata de un funcionario o servidor público, siempre desde la perspectiva del Derecho penal peruano (artículo 425°).

El agravante típico se sustenta en un mayor disvalor de la acción motivado por la calidad especial del sujeto activo, además porque está en mejor posición para poder influenciar ante otro funcionario o servidor público de igual, de mayor o de menor jerarquía. Es decir, tratándose de funcionario público o autoridad, no deberá tener en ningún caso el poder de decisión sobre el asunto concreto, puesto que es esta circunstancia lo que determina el acudir a su “influencia” para conseguir el beneficio perseguido.

Debemos aclarar que el funcionario o servidor público, para ser considerado autor del artículo 400°, debe estar totalmente desprovisto funcionalmente del caso judicial o administrativo; es decir, no debe haber conocido, o esté por conocer o esté efectivamente conociendo un caso judicial o administrativo, porque si es lo contrario, ya no estamos en el terreno del tráfico de influencia sino del delito de cohecho (art. 393° y siguientes).

¹⁷² ROJAS VARGAS, Delitos contra la administración pública, cit., p. 569,

2.2.3.7. La problemática jurídico-penal del sujeto “interesado” en el artículo 400° del código penal.

Definitivamente la intervención del sujeto interesado constituye un presupuesto indispensable, pero a la vez problemático, en el desarrollo del iter criminis del sujeto traficante. Decimos problemático porque de la lectura íntegra del artículo 400° no encontramos un supuesto de hecho, ni mucho menos sanción alguna a la conducta del interesado, quien en realidad, es el sujeto que inicia el proceso de ejecución delictiva, y que luego dicha conducta es receptada por el sujeto traficante, para canalizarse ante la Administración Pública. Al parecer, al legislador patrio le interesó únicamente sancionar la conducta del traficante y no así al sujeto interesado, quien de forma consciente y voluntaria solicita la intervención del sujeto traficante.

El tipo penal del art. 400 se ha “olvidado” de describir la conducta del “comprador de la influencia” desconociendo que el “tráfico de influencias”, al igual que el “cohecho” y otros tipos penales (muerte a petición, aborto, usura, venta ilegal de reproducciones ilícitas, etc.), constituye un “delito plurisubjetivo” o “de participación necesaria” es decir, en el injusto penal el autor principal se da recién cuando es complementado con la conducta de otro (la víctima, el favorecido, un tercero). En el tráfico de influencias esta conducta se genera en la parte compradora, la cual, entonces, quedara casi siempre impune ya de lege lata.

La conducta del interesado es causalmente necesaria para todo el desarrollo posterior, pero a la vez, irrelevante desde la tipicidad objetiva del artículo 400° (algo parecido sucede con el delito de colusión simple o agravada del artículo 384° del Código penal, en función a la conducta del interesado con respecto a la colusión con el funcionario o servidor público). Decimos solo desde la tipicidad objetiva, porque si lo analizamos desde el contexto global de nuestro Código penal, dicha normativa punitiva, como es sabido, no solo está compuesta por normas que reprimen conductas delictivas (Parte especial o Legislación complementaria), sino también por normas complementarias de carácter general, que llenarán algunos vacíos de la Parte especial, por ejemplo,

en los procesos de ejecución para abarcar la tentativa, en las causas de atenuación o extinción de la acción o la responsabilidad penal, en el sistema de reacción penal y sus alternativas, y por supuesto en el tema de los sujetos intervinientes en el evento delictivo, específicamente en el rubro de la participación criminal.

En ese sentido, las únicas dos posibilidades concretas que encontramos dentro del Código penal, y que así lo ha establecido en su momento la doctrina especializada, es que el sujeto interesado sea considerado como “Inductor” (artículo 24° del Código penal) o como “cómplice” (artículo 25° del Código penal). Con respecto a la primera posibilidad se tiene que verificar en el caso del art. 400, el análisis de si este funcionario puede actuar o no como instigador depende mucho de la manera en que se comprende la descripción del comportamiento contenida en dicha disposición.

El comportamiento delictivo está individualizado por los verbos recibir, hacer dar o prometer, y que la descripción del comportamiento delictivo en el tipo legal comprende también los casos en que los participantes necesarios (agente y tercero) actúan con simultaneidad, de modo que se influyen recíprocamente, luego podríamos afirmar que los hechos revestirían la forma de una negociación en la que, por ejemplo, quien está en posición de ejercer influencia sobre un órgano de la Administración pública trata con la persona interesada en que se resuelva favorablemente para sí un caso judicial, y le sugiere que tal vez pueda interceder ante el juez que conoce el caso, ocasión en que ambos exponen lo que pueden hacer, uno para influir y el otro para compensar, hasta que logran ponerse de acuerdo, y concluye con la acción de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja. Vistas las cosas en esta perspectiva (diferente a la que se tiene cuando se trata de invocar influencias simuladas), se trataría, en buena cuenta, de un conjunto de actos destinados a torcer la marcha de la Administración pública. La coincidencia de las voluntades del agente y del tercero no se debe a que el agente persuade a este último a dar la ventaja, ni a

un acuerdo previo propio de la participación en coautoría, sino a la influencia del tercero sobre el agente para que este se decida (instigación).¹⁷³

Velásquez Velásquez afirma que tampoco puede ser punido como inductor de un tráfico de influencias porque salvo que se incurra en un exabrupto dogmático y se desvertebren los fundamentos de la teoría del hecho punible, un agente no puede, coetáneamente ser víctima (incluso sujeto pasivo secundario) de la venta del humo y gestor de la idea criminal que desencadena la misma, máxime si al tenor del Art. 24 del C.P. ello implica la realización de un actuar doloso que determine a otro a obrar. Admitirlo sería incurrir en una *contradictio in adjecto* e implicaría desbordar todos los principios largamente elaborados por la Doctrina penal en este ámbito los mismos que, por cierto, se desprende de los dispositivos de la parte general del C.P.¹⁷⁴

Que el sujeto interesado es quien haya tenido la intención de hacer nacer la idea delictiva en la cabeza del traficante, el inductor tiene que tener la capacidad de influenciar psicológicamente en el sujeto inducido, pero que al final este es quien tiene el dominio del hecho (autor) para ejecutar o no la conducta típica; es decir, que por ejemplo, el interesado haya ido al domicilio del traficante varias veces, para que este interceda ante un funcionario judicial, conducta que consiste en ruegos y súplicas del interesado hacia el traficante, y luego de que el traficante evalúa los pro y los contra de la situación, finalmente decide ejecutar el acto traficante.

Velásquez Velásquez afirma que tampoco puede concebirse de manera simultánea al comprador del humo o interesado como cómplice del sujeto activo de la conducta típica de tráfico de influencias y como sujeto pasivo secundario y/o víctima por la potísima razón de que es cómplice quien dolosamente presta un auxilio, ayuda, colaboración o asistencia, a otra persona, el autor acorde con el principio de accesoriedad que rige en esta

¹⁷³ HURTADO POZO, "Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias", cit., pp. 292 y 293.

¹⁷⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; Informe, incluido en NOLASCO VALENZUELA, José; AYALA MIRANDA, Erika; Delitos contra la Administración Pública, tomo 1, Lima, 2013, pp. 1312-1313.

materia para realización del hecho punible (Art. 25) esa doble calidad pues no puede concurrir¹⁷⁵.

De la misma manera, cabe la posibilidad de que la conducta del interesado sea considerada como un cómplice del acto luego ejecutado por el traficante. La condición es que el sujeto interesado no haya persuadido psicológicamente en ningún momento al sujeto traficante, por que en este caso habría inducción. Ahora bien, la conducta del cómplice tiene que consistir concretamente en actos de colaboración eficaces y causales tendientes a la consecución del objetivo del traficante, cual es el de interceder ante la Administración Pública. Por ejemplo, el sujeto interesado presta su vehículo motorizado donde lo traslada varias veces al sujeto traficante, para que este vaya al domicilio del funcionario judicial o administrativo; al margen de si la gestión sea óptimo o no (porque el funcionario puede rechazar la visita en su casa del traficante), aquí existe un acto de colaboración concreta y consciente del sujeto interesado, hacia la conducta desplegada por el sujeto traficante.

2.2.4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS INTERVINIENTES EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

2.2.4.1. Consideraciones generales.

El tráfico de influencias pertenece a la categoría de los delitos de encuentro porque su dinámica comisiva exige el acuerdo de dos voluntades para consumarlo. Por una parte, el traficante invoca influencias y ofrece interceder a favor del interesado ante un funcionario judicial o administrativo, a cambio de una ventaja efectiva o prometida; y, de otro lado, el interesado acepta la oferta de intercesión formulada y entrega la ventaja solicitada o se compromete a entregarla¹⁷⁶. Esta suerte de bilateralidad, estructuralmente semejante a la

¹⁷⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; Informe, incluido en NOLASCO VALENZUELA, José; AYALA MIRANDA, Erika; Delitos contra la Administración Pública, tomo I, Lima, 2013, pp. 1312-1313.

¹⁷⁶ Los delitos que exigen la concurrencia de varios intervinientes son clasificados, desde Freudenthal, en dos grupos: a) en los delitos de convergencia la actuación coordinada de varios sujetos se dirige hacia una meta común, esto es, los concurrentes se encuentran del mismo lado; y, b) en los delitos de encuentro los aportes de los intervinientes también se dirigen a una meta común, pero se realizan desde ángulos distintos. Aquí, los concurrentes se hallan en posiciones distintas. Sobre la categoría de los delitos de encuentro, vid. JAKOBS,

secuencia oferta-aceptación que caracteriza a los negocios jurídicos, no es exclusiva del tráfico de influencias, sino que también se aprecia en tipos penales como la estafa, la usura, la seducción, entre otros. Pero a diferencia del estafado, del sujeto pasivo de la relación crediticia usuraria y del seducido, el interesado que acepta una propuesta de tráfico de influencias no es víctima del delito que contribuye a consumar con su aporte, pues el tipo penal no está orientado a su protección.

En lo que alcanzo, el interesado en un tráfico de influencias puede comportarse de tres modos distintos y excluyentes entre sí: a) aceptar la oferta de intercesión formulada por el traficante, sin haberla solicitado directa o indirectamente, consintiendo el pago de una contraprestación por su servicios; b) solicitar directa (personalmente) o indirectamente (a través de intermediarios) la intercesión del traficante, llegando a un acuerdo económico respecto a la contraprestación que éste recibirá por su gestión; c) rechazar la oferta de intercesión formulada por el traficante, habiéndola solicitado el mismo interesado o habiendo nacido del traficante.

Respecto al tema de la responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias, es necesario revisar las siguientes hipótesis: a) el sujeto que acepta la intercesión ofrecida por el traficante, a cambio de una contraprestación, es punible como cómplice primario de tráfico de influencias; y, b) el sujeto que solicita exitosamente una oferta de intercesión al traficante, llegando a un acuerdo remunerado de intercesión, es punible como instigador de tráfico de influencias. La discusión sobre el tema mencionado no ha sido pacífica. REAÑO PESCHIERA sostiene la posibilidad de responsabilizar a los intervinientes que participan en un acto de tráfico de influencias, imputándoles el suceso a los traficantes bajo un esquema de autoría y a los interesados en la

Günther. Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación (traducción de la 2º ed. alemana a cargo de Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis), Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 840-842; JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho penal. Parte general (traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig, Santiago y Muñoz Conde, Francisco), Bosch, Barcelona, 1981, pp. 968-971; MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho penal, tomo II (traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, Juan), Ariel, Barcelona, 1962, pp. 351- 354.

intersección como instigadores y/o cómplices¹⁷⁷. Esta tesis ha sido intensamente criticada por quienes consideran que el interesado nunca puede ser cómplice del tráfico de influencias en el que interviene¹⁷⁸, ni tampoco instigador¹⁷⁹.

Los problemas interpretativos que giran en torno a la intervención del interesado en el tráfico de influencias están siendo abordados por los órganos judiciales peruanos, cuyas decisiones no deben ser soslayadas en tanto intérpretes definitivos de la ley penal. La línea jurisprudencial que en esta materia viene sentando la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia encargada de los procesos anticorrupción merece una valoración positiva. Este Tribunal se ha pronunciado ya en diversas ocasiones sobre la tipicidad del comportamiento del interesado que solicita el tráfico de influencias, considerando posible su procesamiento penal como instigador, lo que significa admitir que puede ser sancionado con la misma pena del autor conforme se establece en el artículo 24° del Código Penal.

2.2.4.2. Fundamentos de la teoría de la intervención delictiva.

2.2.4.2.1. El injusto de intervención y la denominada accesoriedad de la participación

A diferencia de los ordenamientos en los que rige un concepto unitario de autor¹⁸⁰, el Código Penal peruano divide a los sujetos que imputablemente

¹⁷⁷ REAÑO PESCHIERA, «Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?», *Ius et Veritas* N° 23 (2001), pp. 283-298. Vid. SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA y REAÑO PESCHIERA. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, 2002, pp. 43-75.

¹⁷⁸ RODRIGUEZ DELGADO, «El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables?», *Ius et Veritas*, N° 24 (2002), pp. 264-275, especialmente, p. 275; YON RUESTA, «Tráfico de influencias. Un análisis al contenido del tipo penal», *Themis*, N° 45 (2002), pp. 229-242; GARCÍA CANTIZANO, «Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias al amparo del principio de legalidad en materia penal», *Actualidad Jurídica*, N° 102 (2002), p. 18 ss., trabajo también publicado en: AA.VV. *Estudios Penales, Libro homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias*, 2003, pp. 551-566, que es tomado como referencia en las citas del presente texto.

¹⁷⁹ YON RUESTA, «Tráfico de influencias»; GARCÍA CANTIZANO, «Algunas consideraciones sobre el delito de Tráfico de influencias».

¹⁸⁰ Por ejemplo en el Derecho austriaco, donde la legislación no distingue entre autores y partícipes, sino que califica a todos los intervinientes imputables en el hecho punible como autores. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 47 ss.

intervienen en un suceso delictivo en autores y partícipes, según su protagonismo. La doctrina dominante considera que esta distinción opera en el ámbito de la tipicidad, diferenciando entre injusto de autoría e injusto de participación según se lesione una norma de la Parte Especial o una de la Parte General del Código penal, respectivamente¹⁸¹. Esta idea se deriva del concepto restrictivo de autor¹⁸², según el cual los tipos de participación (complicidad e instigación) son causas que extienden la punibilidad, en principio sólo prevista para los autores en los tipos de la Parte Especial. Con ello quiere decirse que los tipos penales de la Parte Especial son completados o ampliados por los preceptos de complicidad e instigación previstos en la Parte General.

La razón que justifica dicha ampliación de la punibilidad a conductas que no realizan inmediatamente el tipo especial, esto es, que no se dirigen directamente contra el interés jurídico allí tutelado, ha sido buscada insistentemente en los estudios de dogmática penal. Estos esfuerzos pueden agruparse según posiciones que defienden la idea de accesoriedad o dependencia del injusto de participación al injusto de autoría, y posturas que rechazan tal vinculación por entender que ambos injustos son autónomos.

Revisemos brevemente las tesis que intentan fundamentar el injusto del partícipe al hilo de un ejemplo sencillo y de una variante del mismo: Para matar a su infiel novio, una mujer decepcionada del amor le pide a un amigo repostero que prepare una torta de chocolate que contenga la dosis de cianuro necesaria para quitarle la vida a una persona. El amigo repostero accede a lo solicitado, e inmediatamente, luego de entregar el postre envenenado, emprende un largo viaje al extranjero. La mujer, luego de dos días de haber recibido el pastel envenenado, invita una porción a su novio, quien rápidamente fallece a causa del cianuro. Variante; luego que recibir el dulce envenenado, la

¹⁸¹ PEÑARANDA RAMOS, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 329 ss.; GÓMEZ RIVERO, La inducción a cometer el delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 41 ss; LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen. La complicidad en el delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 113 ss.; RUIZ ANTÓN Luis Felipe. «El fundamento material de la pena en la participación», Cuadernos de Política Criminal, N° 11, 1980, pp. 47 ss.

¹⁸² Vid. La recepción de esta concepción en la doctrina alemana en JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, 1981, pp. 892-894; y, en la doctrina española, vid. MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general. 6ª ed., Reppertor, Barcelona, 2002, pp. 362-370.

mujer se arrepiente de sus planes, echa a la basura el pastel y se reconcilia con su novio.

Por el lado de quienes defienden la autonomía (no accesoriedad) del injusto de participación respecto al injusto de autoría, se entiende que partícipes y autores realizan delitos independientes de modo que cada uno debe responder por el injusto propio. Lo propio entonces sería hablar de «delito de partícipe» y no de «participación en el delito», pues el comportamiento del partícipe, consistente en contribuir a la realización de un hecho ajeno, lesiona directamente un interés jurídico distinto del vulnerado por el autor. Si aplicamos estas ideas a nuestro ejemplo, tenemos que la mujer engañada lesiona la norma que prohíbe matar a otra persona (art. 106° CP91), mientras que el amigo repostero infringe la norma que prohíbe colaborar en el hecho lesivo que realiza otra persona (art. 25° CP91). Según esta concepción, defendida en Alemania por Lüderssen y en el ámbito latinoamericano por Sancinetti¹⁸³, en la variante de nuestro ejemplo el amigo debe responder penalmente por un delito de participación pues con la entrega del postre envenenado acaba su ilícito, al haber perdido toda posibilidad segura de revocación del hecho en el que admitió colaborar.

Es indudable la coherencia que guarda este planteamiento con el principio de responsabilidad personal, según el cual nadie debe ser incriminado por el hecho de otro, pero al considerar punible un comportamiento anterior a la realización del hecho típico quiebra el denominado principio del hecho, según el cual sólo son punibles los sucesos que exteriorizan socialmente una perturbación a intereses penalmente garantizados¹⁸⁴. Efectivamente, desde la perspectiva del homicidio planeado, la entrega de la torta envenenada al potencial autor no comporta el inicio de la ejecución del delito (tentativa), sino que tan solo constituye un acto preparatorio dentro del iter criminis, de modo que si el potencial autor se abstiene de continuar el plan ideado no existe fundamento para sancionar a su colaborador. Quien dude de ello, y piense que

¹⁸³ SANCINETTI, Marcelo. El ilícito propio de participar en el hecho ajeno, Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 3, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, *passim*.

¹⁸⁴ LESCH, «¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?», PJ N° 57 (2000), pp. 83-84; ROBLES PLANAS, Ricardo, La participación en el delito: Fundamento y límites, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. 133.

colaborar con un sujeto dispuesto a cometer un delito, realizando aportes peligrosos e idóneos para lesionar bienes jurídicos, es ya un acto punible con independencia de lo que haga el potencial autor, imagine que la mujer de nuestro ejemplo decide prescindir de su amigo repostero, y luego de haber preparado ella misma el dulce envenenado se arrepiente de sus planes y lo echa a la basura, ¿alguien se atrevería a afirmar la responsabilidad penal de esta novia despechada y mal intencionada, cuyos actos nunca exteriorizaron si quiera un peligro abstracto para la vida de su novio?, ¿por qué este mismo comportamiento debe ser reprimido cuando es realizado por una persona distinta al potencial autor? Simplemente, inexplicable desde la perspectiva del principio del hecho. Lleva razón Jakobs cuando afirma que el subjetivismo radical confunde injusto (hecho antijurídico) con pecado¹⁸⁵.

Por otro lado, la doctrina dominante defiende la tesis de la dependencia (accesoriedad) del injusto de participación al injusto de autoría, afirmando que la razón por la que se castiga al partícipe reside en haber co-causado el hecho principal, sea determinando al autor para que lo realice (instigación) o favoreciendo al autor su realización (complicidad). Nótese que para esta concepción la relación entre el suceso principal y los partícipes se encuentra mediatizada por el autor, de modo que el partícipe sólo accede indirectamente al tipo de la Parte Especial. La accesoriedad constituye —para esta tesis— la esencia de la participación, de modo que la punición del partícipe depende necesariamente del hecho del autor¹⁸⁶. En la versión original de nuestro ejemplo, la muerte del novio infiel únicamente le pertenecería a la mujer defraudada, y el castigo del repostero se justificaría por haber colaborado dolosamente para que su amiga realice su hecho. La preparación de la torta envenenada constituye el aporte que fundamenta la imputación indirecta de la muerte del novio infiel al repostero. En la variante del ejemplo, el repostero no responde por complicidad en homicidio, pues el fundamento de su castigo dependería de lo que hiciera su decepcionada amiga.

¹⁸⁵ JAKOBS, Günther, «Representación del autor e imputación objetiva» (Traducción a cargo de Carlos Suárez González), en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1997, p. 226.

¹⁸⁶ En la doctrina peruana, definen la complicidad como intervención en un hecho ajeno, RODRÍGUEZ DELGADO, «El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables?», *Ius et Ventas*, N° 24, 2002, p. 268, y YON RUESTA, «Tráfico de influencias», p. 50, el primero siguiendo a Mir Puig, y el último a Cobo del Rosal.

Esta solución, de modo inverso a lo que ocurre con la tesis de la autonomía (no accesoriedad) de la participación, respeta el principio del hecho al dejar impune un suceso que no comporta perturbación social para el interés garantizado en el tipo de homicidio (vida), pero vulnera seriamente el principio de responsabilidad personal en tanto hace depender la responsabilidad del partícipe de un hecho ajeno, cuya realización sólo puede controlar el autor. Si el hecho propio del repostero termina cuando entrega la torta a su amiga, y lo que ocurra a partir de ese momento será algo ajeno, se advierte claramente que el cómplice pone su destino en manos del autor, y que finalmente —en caso que éste decida ejecutar su plan— aquel responderá por un hecho que no le pertenece. Esta consecuencia no puede admitirse en el Derecho penal de un Estado de libertades¹⁸⁷, en el que la teoría de la imputación se construye sobre la base del principio de autorresponsabilidad, según el cual cada persona es responsable por su propia conducta, de modo que no se puede atribuir a un sujeto lo que hace otra persona responsable¹⁸⁸.

Hemos visto que las teorías que defienden un fundamento autónomo del castigo de la participación, desvinculado del injusto del autor, son impracticables en tanto justifican la sanción de hechos atípicos, que no comportan una perturbación social intolerable, y que las teorías que derivan el fundamento del injusto del partícipe del injusto del autor no pueden compatibilizar sus soluciones con el principio de autorresponsabilidad, pues en

¹⁸⁷ A favor de la existencia de una relación de pertenencia entre el suceso delictivo y la totalidad de intervinientes punibles, entre otros, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, pp. 336, afirmando de modo contundente que «nadie puede ser hecho responsable del injusto de otro»; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general*, pp. 796-798; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1998, pp. 78-83; LESCH, *intervención delictiva e imputación objetiva*, pp. 52-57; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 143-180; 153-161. En un trabajo anterior ya me había pronunciado sobre la necesidad de considerar que el suceso también pertenece a los partícipes y no solo a los autores, cfr. REAÑO PESCHIERA, «Límites a la atribución de responsabilidad penal por defraudaciones tributarias cometidas en el ámbito empresarial», *Ius et Veritas*, N° 26, 2003, pp. 293-308.

¹⁸⁸ REYES ALVARADO, Yesid. «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° 45, 1992, p. 934, destaca como aporte crucial al Derecho la afirmación hegeliana de que a una persona sólo le puede ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o del destino.

definitiva terminan por adscribir al partícipe hechos realizados por otras personas (autores).

Como demuestran los estudios recientes en materia de intervención delictiva, las teorías que dominan la discusión actual sobre el fundamento del injusto de la participación yerran en el punto de partida, según el cual la distinción entre autoría y participación reside en un injusto diferente¹⁸⁹. La respuesta a la pregunta ¿por qué debe castigarse la participación en un delito? debe desligarse de la noción de accesoriedad que la concibe como dependencia de la participación al hecho del autor, y entenderla como el nexo que debe existir entre el suceso y todos los intervinientes. La construcción de la teoría de la intervención en el delito debe partir de la siguiente premisa: El hecho principal le pertenece tanto autores como a partícipes, aunque en distinto grado.

El Código penal peruano no aporta elementos para definir la accesoriedad como dependencia de la sanción del partícipe al hecho del autor, por lo que no hay inconveniente para reformularla e interpretarla como «aquella relación mínima necesaria que debe concurrir entre todo interviniente y hecho para poder atribuir responsabilidad penal»¹⁹⁰. En los delitos de organización, la relación de accesoriedad no debe mediatizar la vinculación del partícipe con el hecho principal, interponiendo al autor entre ellos, sino que debe vincular directamente a cada interviniente (autor o partícipe) con el suceso lesivo.

Para compatibilizar accesoriedad y autorresponsabilidad debe desterrarse la idea de que el partícipe contribuye a realizar un hecho ajeno, exclusivo del autor, pues el suceso lesivo pertenece a todos los intervinientes punibles, aunque en distinto grado de intensidad. Los aportes al evento delictivo no deben considerarse de modo aislado, como si cada sujeto realizara un injusto (hecho antijurídico) por separado, sino que deben valorarse conforme a una perspectiva global, que considere la existencia un solo injusto al que acceden directamente todos los intervinientes. Por ello, debe hablarse de injusto de intervención y no distinguir entre injusto de autoría e injusto de participación.

¹⁸⁹ ROBLES PLANAS, La participación en el delito, pp. 117-139.

¹⁹⁰ ROBLES PLANAS, La participación en el delito, p. 169.

Por su parte, la accesoriadad debe entenderse como nexo que vincula directamente a los intervinientes con el injusto, de modo que cada uno accede al hecho principal en función a su propio aporte.

La idea de pertenencia del suceso a los intervinientes ha sido destacada en la doctrina española por el profesor Mir Puig¹⁹¹, aunque restringiéndola a la categoría de la autoría y considerando que el partícipe interviene en el hecho de otro. A mi juicio, la convivencia pacífica del principio de autorresponsabilidad con el principio del hecho en un mismo ordenamiento jurídico sólo puede viabilizarse extendiendo la idea de pertenencia del hecho punible a los partícipes.

El delito debe concebirse como obra común a todos los intervinientes punibles, y la distinción entre autores y partícipes como un aspecto principalmente cuantitativo. La separación entre autores y partícipes es tan solo una ordenación en función al grado de dominio que poseen los intervinientes, pues en alguna u otra medida todos configuran y dominan el hecho antijurídico (injusto). La relación entre suceso delictivo e intervinientes punibles (autores y partícipes) es similar a la existente entre una compañía teatral y la obra que ésta estrena: la obra les pertenece a todos, aunque se distingue entre protagonistas y actores secundarios, entre guionistas y técnicos de iluminación. Aunque en el escenario únicamente aparecen actores principales, secundarios y extras, su estreno en las salas de teatro no puede ser explicado sin los aportes de los guionistas, directores, encargados del vestuario, maquilladores, técnicos de sonido, entre otros. Sólo habrá obra de teatro cuando los actores interpreten su papel frente al público, y aunque en ese momento quienes contribuyeron a su realización no se encuentren presentes en el escenario, ni siquiera en el auditorio, nadie podrá negar que dicha obra les pertenece en alguna medida. Así pues, del mismo modo en que actores y actrices ejecutan una obra común a todos los integrantes de la compañía teatral, el delito ejecutado por el autor pertenece también al resto de intervinientes que realizaron sus aportes en fase preparatoria y ejecutiva.

¹⁹¹ MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, pp. 357 ss.

Este símil también nos sirve para comprender la existencia de un único injusto de intervención, y no de injustos de autoría e injustos de participación por separado, así como para graficar las exigencias del principio del hecho. El colectivo de miembros de la compañía teatral no producen varias obras aisladas, sino una sola. De igual modo en que no hay obra teatral si los actores se niegan a salir a escena, el hecho no será típico hasta que el autor inicie la ejecución del delito. Si no lo hace, la obra colectiva no habrá siquiera empezado y, consiguientemente, no habrá nada que imputar a los sujetos que intervinieron con anterioridad a la negativa de la persona llamada a ser autor.

La doctrina dominante en materia de autoría y participación yerra al identificar plenamente la aportación del autor con el hecho típicamente antijurídico. Por el contrario, debe entenderse que el comportamiento del autor es sólo una de las partes del injusto, la más drástica, cuyo sentido sólo se aprecia de modo completo cuando se toman en cuenta el resto de aportaciones.

Si se concibe el injusto típico como obra común a todos los intervinientes que expresa un sentido contrario a la vigencia de la norma, se entiende porqué debe permanecer impune la aportación de un sujeto que no es continuada por el siguiente interviniente hasta la exteriorización del hecho lesivo (recuérdese la variante de nuestro ejemplo, en el que la novia echa a la basura la torta envenenada). Y es que, «un hecho, con independencia de que sea preparado por uno o varios autores, sólo pasa una vez —y no por separado para cada uno de los intervinientes— del estadio preparatorio al estadio del comienzo de la tentativa acabada; y es que se trata de un solo injusto, aunque sea propio de varias personas»¹⁹².

A modo de conclusión, interesa resaltar que el único injusto típico existente en un suceso delictivo le pertenece tanto a autores como a partícipes; aunque éstos últimos no hayan ejecutado de propia mano (en el plano físico-natural) el

¹⁹² JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho penal (traducción a cargo de Cancio Meliá, Manuel), Colección de Estudios N° 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 82-83.

comportamiento descrito en el tipo de la Parte Especial del Código penal, su realización le es imputada normativamente como propia, pues sin sus aportaciones el hecho no podría ser explicado de modo completo. Autores y partícipes únicamente se diferencian por su proximidad al injusto típico objetivo; mientras que el autor aparece como el responsable más inmediato, el partícipe es visto de modo más lejano.

En la versión original de nuestro ejemplo, debemos concluir que tanto el cómplice repostero como la mujer engañada matan al novio infiel. Dicha muerte no se explica si prescindimos de los aportes de ambos intervinientes, de modo que no podemos decir que sólo la mujer decepcionada mató a su pareja, ni que sólo fue el amigo repostero quien lo hizo; ni una ni otro mataron por separado al enamorado infiel, fueron ambos. Los tipos penales de la Parte Especial sancionan supuestos de hecho, cuya configuración puede presentar distintas estructuras según los aportes de los intervinientes en el suceso. La valoración jurídico-penal de dichos aportes no se encuentra en los tipos de la Parte Especial, sino que es asignada por la teoría general de la imputación que ha construido la dogmática penal, cuyos lineamientos generales mínimos se encuentran plasmados en la Parte General del Código penal¹⁹³.

2.2.4.2.2. La atribución del suceso a los intervinientes

En términos analíticos, la imputación del suceso a los intervinientes se realiza en dos niveles. En el primero se trata de determinar qué aportes suponen la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por el tipo penal correspondiente, y para ello debe aplicarse los criterios desarrollados por la teoría de la imputación objetiva de la conducta. En el segundo nivel de imputación se califica la conducta de los intervinientes como aportes de autoría o de participación¹⁹⁴.

¹⁹³ SANCINETTI, «Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales», *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs*, 2003, pp. 133-186.

¹⁹⁴ Este método analítico es seguido por LESCH, *Intervención delictiva*, y por ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*.

A. Primer nivel: La integración de la teoría de la imputación objetiva en la teoría de la intervención

Quien contribuye a la realización de un suceso delictivo responde penalmente sólo cuando su propia conducta suponga una intromisión típica en una esfera organizativa ajena. A su vez, ello ocurrirá cuando el comportamiento del interviniente supere el riesgo jurídicamente permitido en las interacciones sociales, de modo que su aporte tenga un sentido inequívoco de lesión a intereses penalmente garantizados. Pero, ¿cómo se determina este sentido inequívoco que necesariamente deben expresar los aportes de los intervinientes para ser considerados penalmente imputables?. Para ello es necesario integrar la teoría de la imputación objetiva de la conducta con la teoría de la intervención en el delito¹⁹⁵.

Para asignar sentido jurídico a los comportamientos humanos, la dogmática penal ha desarrollado la teoría de la imputación objetiva de la conducta, en cuya configuración actual han influido decisivamente los trabajos de Günther Jakobs¹⁹⁶ y Wolfgang Frisch¹⁹⁷.

Esta construcción teórica es un mecanismo que permite la concreción del principio de autorresponsabilidad en el análisis de la relevancia jurídico-penal de las conductas humanas, a través de sus conocidos sub-institutos: a) el riesgo permitido, b) la prohibición de regreso; c) el principio de confianza, y d) la competencia de la víctima¹⁹⁸.

La función de la teoría de la imputación objetiva es determinar el significado del comportamiento para la validez de la norma penal, definiendo si tiene el sentido de defraudar las expectativas institucionalizadas en la norma o si más bien

¹⁹⁵ MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, pp. 252-253; ROBLES PLANAS, La participación en el delito, p. 219,

¹⁹⁶ JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal.

¹⁹⁷ FRISCH, Wolfgang. Tipo penal e imputación objetiva (traducción a cargo de Cancio Meliá, Manuel; De la Gándara Vallejo, Beatriz; Jaén Vallejo, Manuel; Reyes Alvarado, Yesid, Colex, Madrid, 1995; EL MISMO, «La imputación objetiva: Estado de la cuestión», en ROXIN; JAKOBS; SCHUNEMANN; FRISCH y KÖHLER, Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fàbra), 2000, pp. 19-67.

¹⁹⁸ Sobre los sub-institutos de la imputación objetiva, vid. JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal, pp. 45-101.

constituyen acciones neutrales al hecho. Para ello se recurre a un esquema de interpretación tomado de la realidad social. Así, el destinatario de la imputación no es la persona concebida en su naturaleza psico-física, sino la persona en cuanto construcción normativa a la que se le adjudica la administración de un ámbito de competencias de acuerdo al rol que desempeña en determinado contexto de interacción social. El criterio del rol social permite reducir la complejidad consustancial a las interrelaciones personales y fijar los concretos ámbitos de competencia que poseen los sujetos. La base de la responsabilidad penal reside en los ámbitos de competencia de cada persona, ya que únicamente puede reprochársele a un sujeto la producción de cursos lesivos que debía haber evitado.

La definición de rol más difundida en los estudios sociológicos es la de Dahrendorf, quien lo entiende como un «constructo que aglutina un haz de expectativas sociales que se vinculan en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones»¹⁹⁹. El concepto de rol (papel) puede ser entendido asociándolo a la acepción que tiene en la dramaturgia: el actor que representa su guión en el escenario teatral equivale a la persona que debe comportarse en la vida social (escenario) de acuerdo a un cúmulo de expectativas (guión a representar) que le son dirigidas en función al status que ocupa²⁰⁰.

En una sociedad donde se privilegian los contactos anónimos y las interacciones presentan un alto grado de complejidad y estandarización, el rol social como criterio de imputación reduce la complejidad de los contactos interpersonales. Así, cuando vamos a una farmacia y preguntamos al químico-farmacéutico qué medicamento alivia los síntomas del resfrío sin que produzca fuerte estado de somnolencia, indicándole que debemos conducir, no sabemos si la persona que nos atiende es propensa al riesgo, en cuyo caso probablemente nos recomendará un medicamento cuya composición puede producir estados de somnolencia, aunque él confíe en que ello no será así, o si

¹⁹⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Rol social y sistema de imputación, Tesis doctoral inédita, Universidad de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 136.

²⁰⁰ PIÑA ROCHEFORT, Rol social y sistema de imputación, 2002, p. 137, nota 421.

se trata de una persona con gran aversión al riesgo, en cuyo caso probablemente siquiera se atreva a formularnos recomendación alguna por considerar que todos los antigripales causan aletargamiento. En cualquier caso, su afición o aversión al riesgo nos es desconocida, y por lo tanto debe ser irrelevante para determinar la imputación al farmacéutico si producto de la ingestión del medicamento nos quedamos dormidos mientras conducimos, ocasionando un accidente con lesiones a terceros. El farmacéutico debe responder penalmente por las lesiones causadas si nos recetó un medicamento que produce adormecimiento, aunque en su psique haya estado seguro que los efectos de los componentes químicos eran inocuos para la contextura física del cliente-paciente.

La imputación penal se fundamenta en la defraudación de las expectativas sociales que se asocian a la posición jurídica o status que ocupa el sujeto en determinado contexto de interacción, pues en los contactos sociales no nos relacionamos con individuos, sino con personas portadoras de roles. El individuo no está vinculado a nada y se motiva según sus apetencias e inapetencias, se trata de un animal inteligente que se relaciona con otros en el mundo de la experiencia y de la naturaleza (*homo phaenomenon*). Por su parte, la persona es un producto social que se constituye a través de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y opera en función al único código que conoce, el del deber/derecho (*homo noumenon*)²⁰¹.

Si bien puede pensarse en infinidad de roles (padre, contribuyente, médico, camarero, profesor universitario, alumno, etc.), para el Derecho penal todos ellos se reconducen a dos clases: el rol general de ciudadano (rol de persona) y los roles especiales. Según una asentada tradición iusfilosófica, en una sociedad las personas se hallan vinculadas por dos clases de instituciones²⁰²: a) una negativa común a todos sus miembros, en cuya virtud se impone la obligación de administrar la propia esfera de organización de forma tal que no

²⁰¹ Vid. JAKOBS, Günther. «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal» (traducción a cargo de Cancio Meliá, Manuel), en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid, 2003; en EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003, pp. 15-25.

²⁰² Sobre las bases filosóficas de ambas clases de instituciones, vid. JAKOBS, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, 1999, *passim*.

surjan outputs o cursos lesivos para bienes ajenos²⁰³; y b) algunas de carácter positivo, que —además de la obligación de no dañar esferas organizativas— imponen la obligación de mejorar bienes ajenos. Ejemplo de éstas últimas lo constituyen la relación paterno-filial y la que vincula a los funcionarios públicos con la Administración Estatal a la que sirven. Un Derecho penal orientado a la protección de la identidad normativa de la sociedad, necesariamente ha de estructurar su sistema de imputación en función al modo en que se encuentran vinculados los destinatarios de sus expectativas, sea simplemente como ciudadanos o como titulares de un rol especial.

Para la imputación penal no es decisivo quién causó o produjo en términos naturalistas o fenomenológicos el riesgo prohibido por la norma, sino que interesa a quién le es imputable dicha lesión (a quién le compete o incumbe). «Al Derecho penal le interesa un curso causal no en sí mismo, sino sólo en cuanto pueda ser interpretado como autoorganización defectuosa»²⁰⁴. En este sentido, la pregunta es quién debía evitar la producción del riesgo realizado en el resultado, y no quién podía haberlo evitado. Jakobs se ha referido a esta cuestión con una frase sencilla pero contundente: «no todo atañe a todos»²⁰⁵. Obviamente no se imputará penalmente a quien debía evitar el resultado pero se encontraba en la imposibilidad de hacerlo, pero tampoco se imputará a quien podía haberlo evitado pero no tenía el deber de hacerlo.

Aquellos aportes que no excedan el rol o posición jurídica que ocupa el interviniente deberán ser considerados neutrales y no fundamentarán la relación de pertenencia al hecho, por encontrarse dentro del riesgo social y jurídicamente permitido, mientras que sí deberá fundamentarse la relación de

²⁰³ Se trata del mandato *neminem laede*, obligación originaria que vincula a todas las personas en Derecho. Hegel se refiere a este rol mínimo de persona cuando afirma en el §36 de sus Principios de la Filosofía del Derecho: «el precepto del Derecho es, por lo tanto: sé una persona y respeta a los demás como persona», cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Principios de la Filosofía del Derecho, 2ª ed. (traducción a cargo de Vermal, Juan Luis), Edhasa, Barcelona, 1999, pp. 119- 120.

²⁰⁴ REY SANFIZ, Luis Carlos. La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa" N° 13, Dykinson, Madrid, 2001, p. 98.

²⁰⁵ JAKOBS, «La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión», en EL MISMO, Estudios de Derecho Penal, 1997, p. 266.

imputación cuando el aporte del interviniente supere el umbral de riesgo permitido, defraudando las expectativas asociadas al rol socio-jurídico que desempeña.

Cuando el aporte del interviniente no excede su rol socio- jurídico opera el sub-instituto liberador de la imputación objetiva denominado prohibición de regreso²⁰⁶, especie de filtro por el que pasan todos los aportes al hecho típico y que sólo selecciona como penalmente relevantes a aquellos riesgos lesivos provenientes de la esfera de competencia del interviniente. La vigencia de una prohibición de regreso como límite de la intervención delictiva tiene el efecto de circunscribir el ámbito de punición a los sujetos que hallan configurado o reorganizado su comportamiento en función al hecho delictivo, liberando de responsabilidad a aquellos cuyos aportes se hayan enmarcado dentro de los límites del rol que desempeñan, aunque dicha contribución produzca causalmente —en términos naturalistas y fenomenológicos— el resultado lesivo y haya sido realizada a conciencia de ello.

Aplicando los postulados de la teoría de la imputación objetiva de la conducta a la teoría de la intervención delictiva debe concluirse que sólo constituyen riesgos penalmente relevantes aquellos aportes que tengan el sentido de quebrantar las expectativas inherentes al rol que detente el interviniente en el contexto socio-normativo en el que interactúa. Ciertamente, en algunas ocasiones será difícil determinar dicho sentido, pues — como afirma Jakobs — «las soluciones de exactitud matemática solo pueden estar basadas en premisas erróneas. Quien no soporte esto, que se limite al Derecho de la circulación, y probablemente fracase también allí»²⁰⁷, añadiendo que «aquello que determina el sentido de un comportamiento no sólo depende de la configuración del comportamiento, sino también del contexto en el que éste se enmarca. Especialmente, puede que un contexto drásticamente delictivo

²⁰⁶ Para una panorámica esclarecedora sobre la evolución de la «prohibición de regreso». en la dogmática penal. y sobre su actual alcance en la teoría del delito, vid. CARO JOHN, José Antonio. «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», en HURTADO Pozo (Dir.), Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano, Anuario de Derecho Penal 2003, PUCP y Universidad de Friburgo (Suiza), Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2003, pp. 67 ss.

²⁰⁷ JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal, p. 92.

repercuta en un comportamiento de por sí estereotipado-socialmente adecuado»²⁰⁸.

Así por ejemplo, en el tráfico de influencias, puede resultar complejo determinar el sentido del aporte del intermediario que contacta al interesado con el traficante y que no presencia la conversación en la que se produce el acuerdo de intercesión. Aquí, la necesidad de contextualizar el aporte del intermediario para determinar si tuvo el sentido de adaptación inequívoca al hecho punible (tráfico de influencias) se hace patente.

B. Segundo nivel: La calificación de la intervención

La opinión dominante en la dogmática alemana actual considera que la teoría del dominio del hecho aporta el criterio diferenciador entre autores y partícipes, afirmándose que sólo son autores los intervinientes que controlan el curso del acontecer delictivo. Como ha demostrado Jakobs, tal opinión parte de una premisa equivocada, según la cual se puede ser responsable de un hecho sin haberlo dominado²⁰⁹. Por el contrario, es sencillo constatar que todos los intervinientes punibles dominan en alguna medida el hecho típico, pudiendo frustrarlo con una conducta que se desvíe del plan. Por ejemplo, el cómplice secundario que tiene la función de transportar a los miembros de la banda al Banco donde se realizará el asalto, puede provocar conscientemente una fuerte colisión a fin de frustrar el hecho, o incluso una vez que los asaltantes se encuentran dentro del Banco puede avisar a la policía. La diferencia entre autores y partícipes únicamente reside en el grado de dominio que poseen los distintos concurrentes en el suceso. Ahora bien, debe precisarse lo que se entiende por dominio del hecho.

La tesis del dominio del hecho tiene origen en el finalismo, específicamente en los trabajos de Welzel²¹⁰. Los representantes de esta escuela jurídico-metodológica consideran como axioma o verdad pre-jurídica que [a acción

²⁰⁸ JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal, p. 92.

²⁰⁹ JAKOBS, «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación», en AA.VV., Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología, 2001, pp. 621 ss.

²¹⁰ WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte General, 11° ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pp. 120-121.

humana siempre se dirige intencionalmente a una meta previamente elegida. Así, autor de un delito doloso será quien domine finalmente la ejecución del suceso. Dentro de los trabajos de autores finalistas, destaca la definición aportada por Maurach: dominar el hecho es «tener entre manos, abarcado por el dolo, el curso típico de los acontecimientos», y lo detenta quien «puede, al arbitrio de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global»²¹¹.

Actualmente, la concepción subjetiva del dominio del hecho se encuentra inmersa en un proceso de objetivación (o si se quiere, de des-subjetivización). En esta línea son fundamentales las aportaciones de Roxin, quien impuso la concepción objetivo- subjetiva que exige: a) un control final (subjetivo) del hecho, y b) una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho. Más reciente, y a mi juicio también más convincente, es el planteamiento de Jakobs en la búsqueda del criterio material que diferencie autores de partícipes²¹². El mérito de este autor es haber puesto de relieve que el criterio del dominio del hecho no ofrece una respuesta a la cuestión cualitativa de ¿quién responde penalmente por el suceso?, sino que únicamente refiere a la distinción entre autores y partícipes en cuanto baremo o medida cuantitativa.

Ahora bien, el quantum del aporte del interviniente no está asociado a lo mucho o poco que haga el sujeto en términos naturalistas o fácticos, sino que va referido a los aspectos que normativamente configuran del suceso. Así por ejemplo, autor del delito tributario siempre será el sujeto que ostente la condición de contribuyente, aunque en realidad sólo haya dado la orden para realizar una defraudación muy compleja, cuyo diseño y elaboración estuvo a cargo de un equipo profesional experto en finanzas. Los integrantes de este equipo siempre serán partícipes, aunque hayan trabajado mucho, pues lo característico o esencial del delito fiscal (la infracción de deberes que dimanar

²¹¹ Citado por JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en EL MISMO, Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte General del Derecho penal, 2001, p. 64.

²¹² Fundamental: JAKOBS, «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación», pp. 619-642.

de la relación jurídico-tributaria) sólo puede ser configurado por quien ocupa la posición de parte pasiva de dicha relación jurídica.

A modo de conclusión, puede decirse que son autores todos aquellos intervinientes que dominan lo característico del suceso, mientras que partícipes son todos aquellos que controlan los aspectos no esenciales del injusto típico. Nuestro Código penal considera como aportes de participación: a) la determinación dolosa a cometer el delito (instigación, art. 24° CP); b) el auxilio doloso al hecho punible, que dependiendo de su utilidad para el autor puede ser complicidad primaria o secundaria (art. 25° CP).

En las líneas siguientes, las ideas esbozadas son concretadas en el ámbito de la intervención en el delito de tráfico de influencias.

2.2.4.3. La Responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias

2.2.4.3.1. Aspectos básicos.

El artículo 400° del Código penal sanciona la conclusión de un acuerdo bilateral, cuyo objeto es una promesa de intercesión en un proceso judicial o administrativo, que formula el traficante de influencias al interesado en que dicha interferencia se produzca. Para que dicho acuerdo tenga efectos penales, el interesado debe entregar o al menos prometer como contraprestación una ventaja a favor del traficante o de un tercero, la que no necesariamente ha de tener connotación económica, sino que puede tratarse de un favor político o de otra índole. La conclusión gratuita del acuerdo de intercesión no es punible en nuestro ordenamiento jurídico.

La consumación del injusto típico está desvinculada del cumplimiento de la promesa de intercesión por parte del traficante. Si ello ocurriera podría configurarse un delito de cohecho, subsumible en los artículos 393°, 394° o 399° del Código Penal, si es que se hace entrega o se promete alguna ventaja al funcionario que conoce el proceso judicial o administrativo objeto del acuerdo de intercesión, en cuyo caso debería apreciarse un concurso real de delitos

(art. 50° CP) respecto del traficante de influencias, y siempre que no haya sido contactado por el interesado para realizar dicho soborno, pues en tal caso no se configuraría un tráfico de influencias, sino únicamente un delito de cohecho activo imputable al traficante (*sit venia verbo*) como autor y al interesado como instigador.

Respecto al momento en que se produce la consumación del tráfico de influencias, y a la posibilidad de formas imperfectas de ejecución, debemos aclarar algunos puntos vinculados a la clasificación de los delitos como de mera actividad o de resultado. Las confusiones en este ámbito surgen de la divergencia entre la acepción de resultado en sentido jurídico y de resultado en sentido material. La primera de ellas refiere a un concepto ideal, relativo a la objetivación de la negación de la norma, o —en términos tradicionales— a la afectación del bien jurídico. La vigencia del principio de lesividad exige que la sanción de todo hecho como delito presuponga la presencia de un resultado jurídico. La segunda acepción, resultado en sentido material, refiere a un concepto naturalista vinculado a la modificación del mundo exterior producida por un movimiento causal, en los términos concebidos por von Liszt. Es en éste último sentido que se habla de delitos de resultado material (p. ej. homicidio, lesiones), delitos de mera actividad (p. ej. conducción bajo efectos de drogas o alcohol) y delitos de medios determinados (p. ej. estafa).

El resultado en sentido jurídico se corresponde con una concepción intelectual de injusto típico, que lo entiende como daño comunicativo a la vigencia de la norma; mientras que el resultado en sentido material está relacionado con la noción mecanicista de injusto típico, que lo concibe como posibilidad de destrucción material de objetos socialmente valiosos.

Desde la perspectiva aquí adoptada —concepción intelectual de injusto típico—, no existe diferencia cualitativa entre tentativa y consumación, pues en ambos casos la infracción de la norma es completa; siendo más bien su diferencia de carácter cuantitativo, ya que la consumación comporta una mayor objetivación

del quebrantamiento de la norma que la que ocurre en la tentativa²¹³. Por ello, el tráfico de influencias debe considerarse consumado en el momento de conclusión del acuerdo de intercesión, esto es, cuando el interesado acepta el ofrecimiento del traficante y entrega la ventaja pactada como contraprestación, o bien promete entregársela, pues en dicho instante se defraudan las expectativas institucionalizadas en el precepto normativo.

De adoptarse una perspectiva mecanicista de injusto típico, habría que cifrar la consumación en un momento posterior al perfeccionamiento del acuerdo de intercesión, pues la credibilidad de la sociedad en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública sólo se lesionaría —en términos materiales— a partir de que el hecho es difundido o conocido por alguna persona distinta a los intervinientes en el delito.

Al cometerse en el ámbito privado, los sujetos del tráfico de influencias (traficante e interesado) siempre interactúan desempeñando el rol básico de ciudadano, de modo que no ostentan un deber positivo de fomentar la correcta Administración Pública, sino que únicamente infringen el deber de abstenerse de lesionar la credibilidad que la sociedad tiene —a menos a nivel normativo— en la imparcialidad y objetividad de la Administración. Por ello, el tráfico de influencias sólo podrá ser imputado al interesado que haya celebrado el acuerdo de intercesión, directamente o a través de otra persona. Pero no deberá serle imputado cuando la persona que pacta con el traficante lo hace por cuenta propia, pues como ciudadano no existe el deber de evitar que otros intervengan en actos de tráfico de influencias.

Aunque el traficante tenga la condición de funcionario público siempre actuará en el ámbito privado, pues la intercesión prometida está referida a una función que él no ejerce. De otro modo, en caso sea el propio funcionario encargado de resolver el caso judicial o administrativo quien llegue a un acuerdo con el interesado, se trataría de un delito de cohecho y no de un tráfico de influencias.

²¹³ REY SANFIZ, La tentativa jurídico—penal, p. 95.

La configuración de la conducta típica de intervención de tráfico de influencias necesariamente requiere el aporte del interesado, y puede además integrarse con contribuciones de terceros que coadyuven a su realización, sea instigando o prestando auxilio a la realización del injusto típico.

2.2.4.3.2. El interesado que acepta la propuesta del traficante es punible como cómplice

Un estudio de REAÑO PESCHEIRA se pronuncia a favor de la punición del interesado que acepta el ofrecimiento de intercesión formulado por el traficante, entregándole o prometiéndole una ventaja como contraprestación a su futura gestión ante el funcionario que conoce un caso judicial o administrativo²¹⁴. En esta oportunidad se puede revisar la tesis mencionada sobre la base de la teoría de la intervención delictiva expuesta y al hilo de las críticas que han sido formuladas en su contra.

Argumento.- La intervención del interesado que se limita a comprar influencias siempre es impune porque el tipo penal sólo incorpora como sujeto activo al que ofrece influencias, no a quien las solicita²¹⁵, esto es, se trata de un tipo penal monosubjetivo²¹⁶. «Las reglas de participación de la parte general sólo pueden ser aplicadas a quienes su participación no está prevista en el tipo penal»²¹⁷. «El acto de ofrecer la promesa no constituye un acto de ayuda o colaboración con el delito, dado que forma parte de su misma definición»²¹⁸. Según esta posición, sólo podría sostenerse la punición del interesado si expresamente la estableciera algún precepto de la Parte Especial, sea el propio artículo 400° u otro del Código Penal²¹⁹.

²¹⁴ REAÑO PESCHIERA, José Leandro, «Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?», *Ius et Ventas*, N° 23, 2001, pp. 296 ss.

²¹⁵ RODRÍGUEZ DELGADO, «El solicitante en las influencias traficadas», p. 271; GARCÍA CANTIZANO, «Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias», p. 563; YON RUESTA, «Tráfico de Influencias», pp. 241-242.

²¹⁶ YON RUESTA, «Tráfico de Influencias», p. 242.

²¹⁷ YON RUESTA, «Tráfico de Influencias», p. 242.

²¹⁸ GARCÍA CANTIZANO, «Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias», p. 566.

²¹⁹ En este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2001, p. 472, afirma: «El interesado que compra la influencia» no responderá como cómplice de este delito. Esto tiene su razón de ser en que el tipo penal sanciona el

Refutación.- De entrada, debe aclararse que la punición de sujetos distintos al traficante de influencias, que intervengan instigando (art. 24° CP) o favoreciendo dolosamente (art. 25° CP) la conclusión del acuerdo de intercesión, debe ser aceptada sin recelo. Negarla por considerar que el art. 400° sólo sanciona al traficante equivaldría a negar la sanción de quienes por ejemplo inducen o colaboran en un robo. Efectivamente, de acuerdo a este razonamiento, habría que considerar atípico el aporte de quienes suministran las armas, proporcionan información acerca del lugar donde se perpetrará el asalto, y facilitan la huída luego de la ejecución, pues el artículo 188° del Código Penal sólo sanciona a quien se apodera de un bien mueble mediante sustracción y con violencia. Por ello, acertadamente, algunos de los autores que han criticado la tesis de intervención punible del interesado admiten la posibilidad de sancionar a terceros que intervienen en el suceso como cómplices²²⁰ e instigadores²²¹ de tráfico de influencias. Empero, como hemos reseñado, consideran que la aceptación del propio interesado no puede valorarse como aporte de complicidad punible porque el tipo penal que la describe no la sanciona.

Como hemos anotado, los tipos de la Parte Especial criminalizan supuestos de hecho cuya configuración dependerá de las aportaciones de los intervinientes en un caso concreto. La valoración jurídico-penal de dichas contribuciones se realiza de acuerdo a la teoría general de la imputación, cuya aplicación tiene como límite la definición de autor y partícipe que ofrece la Parte General (arts. 23° al 25° CP).

Los autores que defienden la tesis de la no complicidad del interesado consideran que la condición de interviniente necesario equivale a una suerte de

“tráfico” y los actos que colaboran con este tráfico, es decir, la parte de la “venta de la influencia”; para la parte de la “compra de la influencia” no se ha previsto nada específico.

²²⁰ YON RUESTA, «Tráfico de Influencias», p. 242, admite la complicidad punible de «aquél que presta apoyo al agente (traficante de influencias) para ofrecer al concurrente necesario (interesado) intervenir favorablemente en la Administración Pública; o lo ayuda a recibir, hacer dar o hacer prometer del concurrente necesario una determinada ventaja patrimonial».

²²¹ YON RUESTA, «Tráfico de Influencias», p. 241; RODRIGUEZ DELGADO, «El solicitante en las influencias traficadas», p. 275, concluye que el interesado puede llegar a ser instigador del tráfico de influencias si excede los términos de su participación necesaria.

blindaje que confiere inmunidad respecto a la aplicación de los preceptos normativos previstos por el legislador penal en materia de participación criminal. Sin embargo, la clasificación de un determinado tipo penal como delito de participación necesaria únicamente grafica la inclusión de un sujeto distinto al autor en su estructura comisiva. Ser concurrente necesario sólo significa que sin el aporte de esta persona no es posible configurar el tipo, pero no dice nada acerca de su punibilidad o impunidad. Para determinarla debemos interpretar el tipo específico de la Parte Especial.

En este sentido, hay que conferirles razón a Mir Puig y Muñoz Conde cuando afirman que «realmente, de la sola falta de mención legal del partícipe necesario lo único que cabe deducir, inequívocamente, es que el mismo no puede ser autor del delito, y no necesariamente que no pueda ser castigado como partícipe. Esta última conclusión depende obviamente del significado de la participación necesaria en relación con la naturaleza del tipo de que se trate»²²².

Curiosamente, García Cantizano y Yon Ruesta se apoyan en los citados autores españoles para sustentar la impunidad del interviniente necesario. Así, según Yon Ruesta «Mir Puig señala que en los casos de participación necesaria (terminología impropia y confusa, a decir de Fernando Velásquez): si la intervención del sujeto pasivo (entiéndase concurrente necesario), no sobrepasa la participación que requiere el tipo, permanecerá impune»²²³. La lectura que Yon Ruesta hace del Tratado de Mir Puig es errónea, atribuyéndole una idea que este profesor español no comparte. Efectivamente, en dicha obra se señala que el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana (Bundesgerichtshof) sólo acepta la punición del partícipe necesario cuando su contribución al hecho sobrepasa la intervención prevista en el tipo. Y luego de glosar la posición del Bundesgerichtshof, Mir Puig se sitúa de lado de la doctrina que se aleja de esta formulación, considerando que respecto de los tipos de participación necesaria sólo puede concluirse que «si el sujeto pasivo

²²² MIR PUIG y MUÑOZ CONDE. «Adiciones de Derecho español», en JESCHECK, Tratado de Derecho penal, cit., p. 979.

²²³ YON RUESTA, «Tráfico de Influencias», p. 239.

constituye siempre el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar en todo caso impune»²²⁴.

En las ya seis ediciones de su Tratado, el profesor Mir Puig no ha cambiado la postura que sobre la participación necesaria fijó en las Adiciones al Lehrbuch de Jescheck. En aquella oportunidad, junto a Muñoz Conde, expresó su coincidencia con el planteamiento de Rodríguez Devesa en materia de participación necesaria: «en los delitos de encuentro queda fuera del círculo de los posibles autores el partícipe necesario en cuyo beneficio se establece el tipo penal; en los demás casos la impunidad o punición de partícipe necesario depende, a su juicio, de la interpretación del tipo de que se trate»²²⁵.

Pero ésta no es la única incongruencia en la que incurren quienes intentan reforzar la tesis de la impunidad del interesado en el tráfico de influencias a través de la tergiversación de citas de autores extranjeros, atribuyéndoles posiciones que no defienden o asignando a sus frases un sentido distinto del que se desprende la lectura completa del texto. Así por ejemplo, Yon Ruesta se apoya en Maurach para negar la punición del concurrente necesario cuando su aporte se ajusta a la contribución prevista en el tipo de la Parte Especial, y transcribiendo la siguiente cita: «para Maurach el único supuesto en que se puede sancionar al concurrente necesario, sin duda alguna, lo constituye el caso en que la ley determina la punibilidad de todos los colaboradores en forma expresa»²²⁶. De esta frase sólo se deduce que para este jurista alemán la sanción del interviniente necesario no ofrece duda cuando el propio precepto especial dispone su punibilidad. Ello es evidente y por tanto no constituye lo trascendente de la frase de Maurach, sino que su relevancia reside en no negar ni afirmar prima facie la punición del concurrente necesario en aquellos supuestos en los que el precepto de la Parte Especial no disponga expresamente su sanción. En aquellos casos, su punibilidad o impunidad habrá que determinarla atendiendo a las particularidades del precepto específico, no

²²⁴ Cfr. MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., 1998, p. 208, ésta la edición citada por YON RUESTA.

²²⁵ MIR PUIG y MUÑOZ CONDE. «Adiciones de Derecho español», en JESCHECK, Tratado de Derecho penal, cit., p. 979.

²²⁶ YON RUESTA, «Tráfico de influencias», p. 240, cursivas añadidas.

siendo posible una solución apriorística y general para todos los casos de intervención necesaria que no se sancionen taxativamente en la Parte Especial.

El único camino en estos supuestos es ser distintivos, y a ello se refiere el propio Reinhart Maurach: «frecuentemente, sin embargo, la ley castiga expresamente tan sólo a uno de los partícipes necesarios, sin referirse al otro. Depende aquí de la interpretación teleológica de la ley, el que el partícipe no mencionado deba también ser castigado, no lo deba ser en caso alguno, o tan sólo bajo determinados supuestos»²²⁷. Y cuando se refiere a la corriente doctrinal que considera siempre impune al partícipe necesario que se limita estrictamente al papel que le ha sido atribuido en la estructura del tipo respectivo, concluye que «no cabe dar a esta cuestión una respuesta uniforme. La solución depende tanto de la esfera de bienes jurídicos protegidos en los respectivos tipos, como de la situación psicológica del partícipe necesario»²²⁸.

Por ello, yerran gravemente quienes defienden la impunidad del interesado en el tráfico de influencias a partir de una premisa falsa a la que le otorgan validez general, y cuyo tenor rezaría: la intervención necesaria no sancionada expresamente en el precepto de la Parte Especial siempre es impune. En realidad, las únicas soluciones generalizables en materia de participación necesaria se refieren a los siguientes dos supuestos: a) cuando la responsabilidad penal del interviniente necesario haya sido recogida expresamente en un tipo de la Parte Especial, no habrá duda alguna sobre su punición. Ello es una obviedad, y puede ilustrarse con la tipificación del cohecho en nuestro ordenamiento. En este tipo de participación necesaria el legislador ha optado por la sanción expresa de quien ofrece o entrega la ventaja como de quien la solicita o recibe; y, b) cuando no se mencione la responsabilidad penal del interviniente necesario en un tipo de la Parte Especial, y el tipo en el que interviene se orienta a su protección, entonces habrá que optar siempre por su impunidad. Ello también es evidente. Los aportes que realice el interviniente necesario nunca podrán fundamentar

²²⁷ MAURACH, Tratado de Derecho Penal, 1962, pp. 352-353.

²²⁸ MAURACH, Tratado de Derecho Penal, pp. 352-353.

responsabilidad penal cuando las expectativas normativas garantizadas en el precepto penal se orienten a su protección, como ocurre por ejemplo en el delito de estafa o en el de usura, pues el Derecho penal sólo sanciona lesiones a esferas organizativas ajenas. El estafado y el sujeto pasivo de la relación crediticia usuraria son concurrentes necesarios en los correspondientes tipos penales, pues sin su intervención dichos delitos no podrían consumarse, pero nunca responden penalmente por sus aportes al hecho, aunque hayan determinado al estafador para que reciba el bien o al prestamista para que le otorgue el dinero a una elevada tasa de interés, ya que las expectativas normativas que lesiona el estafador y el usurero se orientan a la protección del estafado y del sujeto pasivo de la relación crediticia.

En el resto de supuestos que presenten una estructura de intervención necesaria, en los que no se haya previsto expresamente la punición del concurrente ni se encuentren orientados a su protección, las soluciones apriorísticas no tienen cabida. Como se ha mencionado, la única manera de determinar la punición o impunidad del interviniente necesario en los supuestos en los que no cabe aplicar las reglas anteriores es interpretando el tipo penal concreto. Este es el contexto en que debe citarse la conocida expresión de Jakobs: «no hay un principio con validez general del tenor de que mantenerse dentro del papel mínimo preserve de punición»²²⁹. Cuando el aporte del partícipe necesario se considere penalmente relevante, su punición deberá encauzarse por el precepto que sanciona la complicidad (art. 25° CP), aplicable conforme a las reglas generales de imputación en materia de intervención delictiva.

Analícemos entonces si en el tipo de tráfico de influencias la intervención necesaria del interesado supera el riesgo jurídicamente tolerado por el ordenamiento jurídico, o más bien su aporte debe estimarse inocuo (neutral) para los intereses garantizados en el precepto legal.

²²⁹ JAKOBS, Derecho penal. Parte general, p. 842, nota 13.

Las expectativas garantizadas en el artículo 400° del Código Penal se orientan a la [u] tela de intereses de la Administración Pública, específicamente referidos a la credibilidad en su imparcialidad y objetividad²³⁰. El hecho que el interesado no pueda quebrantar solitariamente las expectativas normativas garantizadas en el tipo de tráfico de influencias no debe llevar a pensar que no es destinatario de ellas, pues el traficante tampoco puede hacerlo por sí mismo. El perfeccionamiento de la conducta típica de intervención requiere necesariamente la Conjunción de ambos aportes, y del hecho de que el traficante sea quien configure lo esencial del injusto típico no puede deducirse que le pertenece exclusivamente a él, pues su configuración total no puede ser explicada si se prescinde de la aceptación del interesado.

Es posible afirmar, que la aceptación que expresa el interesado ante el ofrecimiento del traficante de influencias constituye un riesgo jurídicamente relevante e idóneo para lesionar los intereses garantizados en el precepto penal, vinculados a la credibilidad en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública. Si bien dicho aporte no puede dar lugar a una autoría, pues lo característico o esencial del injusto típico sólo puede ser configurado por el traficante de influencias, sí debe dar lugar a una complicidad punible en el sentido que describe el artículo 25° del Código Penal.

Lo mismo puede decirse de otros tipos penales que presentan la estructura de una participación necesaria y que no se encuentran orientados a la protección del interviniente necesario. Así, por ejemplo, en materia de matrimonios ilegales nuestro Código Penal prevé sanción expresa en la Parte Especial tanto al cónyuge bígamo (art. 139°) como para aquél que a sabiendas contrae matrimonio con una persona casada (art. 140°). Sin embargo, el aporte que presta al suceso la persona soltera que conscientemente contrae matrimonio con otra casada sería igualmente punible si no se encontrara expresamente sancionado en el artículo 140°, y ello por aplicación del artículo 25° del Código penal. Ciertamente este concurrente necesario no sería sancionado bajo el título de autor, pero sí como cómplice primario. Prueba de ello es la valoración

²³⁰ SAN MARTIN CASTRO; CARO CORIA y REAÑO PESCHIERA, Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir, pp. 24-43.

que merece el funcionario que conscientemente celebra el matrimonio del bígamo, quien también es un interviniente necesario. No existe dentro del Capítulo de Delitos contra la Familia un tipo penal que recoja su contribución, sin embargo no podemos negar que su aporte debe ser calificado como complicidad delictiva. El injusto típico de bigamia presenta una estructura trilateral y no podría explicarse sin la intervención dolosa del funcionario de nuestro ejemplo, quien con su aporte también lesiona —en alguna medida— la institución jurídico-familiar del matrimonio y por lo tanto debe ser merecedor de sanción penal. Al igual que el interesado en el tráfico de influencias, el funcionario que conscientemente celebra el matrimonio ilegal es un interviniente necesario punible a título de cómplice primario. Obviamente el funcionario que celebra el matrimonio del bígamo no será punible cuando actúe sin conocimiento de tal impedimento, esto es, cuando su comportamiento no sea subjetivamente imputable por ausencia de dolo.

Por su parte, la punición de la intervención necesaria de extranei en delitos de infracción de deber exige la realización de un aporte de mayor intensidad que el requerido para apreciar la intervención punible del partícipe necesario en delitos de organización. Ello se explica porque en los delitos de infracción de deber el acceso del extraneus al injusto típico está mediatizado por la vinculación institucional del intraneus, de modo que para imputarle el suceso su aporte debe expresar sentido de adhesión a la lesión de deber del obligado institucional. Por ello, la sanción del beneficiario de los caudales públicos como cómplice de peculado requiere que éste haya propiciado en alguna medida dicha entrega. Este plus en el aporte de los intervinientes necesarios en delitos de infracción de deber no se exige en el caso del tráfico de influencias, pues al tratarse de un delito de organización, los intervinientes acceden directamente al injusto típico.

2.2.4.3.3. El interesado que solicita el acuerdo de intercesión es punible como instigador

La conducta del interesado también será objetivamente imputable cuando su intervención exceda la aceptación de la oferta de intercesión formulada por el traficante, y sea aquél quien determine eficazmente la comisión del delito. Nos

referimos a la siguiente estructura comisiva: a) solicitud formulada por el interesado a fin de que el traficante interceda a su favor en un caso, mostrándose dispuesto a entregarle una ventaja por sus servicios; b) invocación de influencias por parte del traficante, que bien puede realizarse a través de actos concluyentes; e) propuesta de intercesión formulada o reformulada por el traficante; y, d) aceptación del interesado.

El injusto típico que se configura en estos términos sólo puede explicarse de modo completo si se toma en cuenta el aporte de instigación inicial. Ahora bien, como es sabido, no toda proposición para cometer un delito debe ser considerada una instigación penalmente relevante. Instigar es influir psíquicamente en el autor, de modo que opte por la comisión del delito.

Para que el aporte del instigador sea objetivamente imputable debe haber sido eficaz, pero no importa si tuvo que emplear muchas energías en persuadir al traficante, o si fue algo sencillo debido a la propensión del instigado a los actos de corrupción. No debe confundirse al sujeto proclive a la comisión de actos de tráfico de influencias con aquel traficante que previamente a la solicitud del interesado había decidido irremisiblemente cometer el delito. Sólo a éste último debe considerarse un omnimodo facturus, de modo que no es posible instigarlo, más no a aquél sujeto sin reparos para traficar influencias pero que en el caso concreto no había decidido realizar el delito sin antes escuchar la solicitud del interesado. Este sí necesita del influjo psíquico característico de la instigación.

Cuando el interesado es quien determina la invocación de influencias por parte del traficante, solicitando su intercesión en un proceso judicial o administrativo y mostrándose dispuesto a remunerar sus servicios, deberá ser tratado como cualquier instigador y no propiamente como un interesado, pues abandona su papel típico, circunscrito a la aceptación de la intercesión ofrecida por el traficante.

Incluso quienes defienden la tesis de la impunidad de la participación del interesado admiten que la instigación al tráfico de influencias es posible en el

ordenamiento jurídico vigente. Así, para Yon Ruesta «será instigador aquél que determine a una persona a invocar influencias a un tercero con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario público»²³¹, pero se decanta por la impunidad de quien solicita y determina la realización de un acto de tráfico de influencias a su favor²³².

Es oportuno expresar, que ambos supuestos son estructuralmente idénticos y no existen razones legales ni dogmáticas que avalen un tratamiento diferenciado. Veamos porque razones no convencen los argumentos que plantea el profesor Yon Ruesta para defender la tesis de la impunidad de quien determina la realización de un tráfico de influencias en interés propio.

Primer argumento.- El interesado en el tráfico de influencias nunca debe responder penalmente, aunque instigue la invocación de influencias a su favor, porque al tratarse de un concurrente o interviniente necesario su comportamiento ya está previsto en el tipo penal de la Parte Especial, de modo que las reglas de la participación delictiva que amplían la punibilidad no le son aplicables en ningún caso²³³.

Según lo ya expuesto, de la configuración del injusto típico de tráfico de influencias como delito de participación necesaria no puede derivarse la impunidad del interesado, pues el precepto no se orienta a su protección, sino que, por el contrario, su aporte al hecho expresa un sentido contrario a los intereses jurídicamente garantizados en el tipo penal. Adicionalmente, el artículo 24° del Código Penal no supedita la punición a la inactividad posterior del instigador, de modo que su ulterior intervención en el iter criminis no debe afectar la valoración que merece su aporte de determinación a la comisión del hecho.

²³¹ YON RUESTA, «Tráfico de influencias», p. 241.

²³² YON RUESTA, «Tráfico de influencias», p. 241, Específicamente señala YON RUESTA: «Si se acepta que el tercero concurrente (se refiere al interesado en la intercesión) puede tener la calidad de instigador en el delito bajo análisis, estaríamos afirmando que éste busca determinar a una persona para que le invoque influencias a sí mismo, lo que carece de todo sentido, y más aún, de relevancia penal».

²³³ YON RUESTA, «Tráfico de influencias», p. 241.

Segundo argumento.- Según la redacción del artículo 400° del Código Penal, el interesado en el tráfico de influencias realiza su aporte durante la realización del injusto, mientras que la actuación del instigador siempre tiene lugar en un momento anterior a la comisión del delito²³⁴.

Este argumento no ataca la tesis aquí defendida, pues la consideración del interesado como instigador no se fundamenta en su posterior aceptación frente a la oferta de intercesión del traficante, sino que viene dada por la solicitud inicial de intercesión que formula el propio interesado y que finalmente determina la realización del hecho. En tal caso, su aporte no se restringe a la ejecución del tipo, sino que acaece en fase previa al inicio de la ejecución del delito, de modo que no sólo ocupa el status de interesado en el hecho sino también el de instigador. La solución a esta concurrencia de títulos de intervención en el interesado merece mención aparte.

Tercer argumento.- Según la redacción del precepto legal, el ofrecimiento de influencias por parte del traficante es posterior a su invocación, de modo que si es el interesado quien solicita que se utilicen las influencias del traficante a su favor, estaremos ante una figura delictiva distinta a la del tráfico de influencia²³⁵.

Este argumento no afecta al planteamiento aquí defendido, pues no se afirma que el interesado que solicita el tráfico de influencias deba ser reputado autor del mismo, sino instigador. Discrepo que para aceptar la punición del interesado como instigador deba modificarse la legislación vigente, creándose en la Parte Especial un tipo penal que sancione específicamente el supuesto de solicitud de intercesión por parte del interesado en un tráfico de influencias, ya que dicho supuesto es abarcado de lege lata una vez integrados los preceptos de la participación en el actual artículo 400° del Código Penal. A mi juicio, sería contraproducente crear un nuevo tipo penal en el que se recoja el comportamiento del interesado que solicita la venta de influencias, pues ello implicaría romper la unidad del suceso lesivo e impediría la valoración global

²³⁴ YON RUESTA, «Tráfico de influencias», p. 241.

²³⁵ YON RUESTA, «Tráfico de influencias», p. 241.

del mismo conforme a las exigencias del principio de unidad del título de imputación.

2.2.4.3.4. Concurrencia de títulos participación en el interesado.

Cuando el interesado sea quien solicite el acuerdo de intercesión, concurrirán en él dos títulos de intervención. Como hemos visto, su aporte en fase preparatoria tiene el valor de una instigación y la posterior aceptación de la intercesión ofrecida constituye un acto de complicidad punible. En tales casos, las exigencias del principio ne bis in idem proscriben la posibilidad de sancionar al interesado por ambos títulos de intervención, debiéndose solventar este concurso de leyes de acuerdo al principio de subsidiariedad, en cuya virtud las formas de intervención más débiles ceden a favor de las más intensas²³⁶. Deberá optarse entonces por calificar el aporte del interesado como instigación pues ésta forma de intervenir supone una mayor configuración del suceso que la que se aporta con la complicidad.

La posibilidad de concurrencia de diferentes formas de participación (instigación y complicidad) en una misma persona y en relación a un mismo hecho delictivo ha sido negada enfáticamente por algunos autores nacionales que han criticado mi posición sobre el interesado en el tráfico de influencias. Así, Rodríguez Delgado afirma que «una persona no puede tener dos títulos de imputación por el mismo hecho, en definitiva o es autor, cómplice o inductor»²³⁷, calificando de poco racional la consideración de dos títulos de imputación en una misma persona²³⁸. Por su parte, refiriéndose también a mi planteamientos García Cantizano ha señalado: «Así, en la figura del interesado, esto es, en una misma persona y respecto a un mismo hecho delictivo, concurrirían dos formas de participación que, por definición, son incompatibles entre sí, quebrando así con esta afirmación toda la dogmática penal elaborada en torno a la teoría de la participación delictiva»²³⁹.

²³⁶ cfr. REAÑO PESCHIERA, «Los delitos de corrupción de funcionarios», p. 298.

²³⁷ RODRIGUEZ DELGADO, «El solicitante en las influencias traficadas». p. 270.

²³⁸ RODRÍGUEZ DELGADO, «El solicitante en las influencias traficadas», p. 270.

²³⁹ GARCÍA CANTIZANO, «Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias», op. cit., p. 564.

Pues bien, al referirse al concurso de varias formas de intervención, uno de los más destacados representantes de la dogmática penal del siglo XX afirma: «cuando concurre en una persona autoría y participación, o inducción y complicidad en el mismo hecho (el autor, p.ej., instiga a otro a la coautoría o a la complicidad, o bien induce y presta además ayuda al hecho principal), las formas más débiles de intervención retroceden ante las más poderosas, esto es, la inducción tiene preferencia sobre la complicidad y la coautoría sobre la inducción y la complicidad (subsidiariedad)»²⁴⁰. A esta salida planteada por Jescheck para superar la concurrencia de varias formas de participación en una misma persona y respecto a un mismo hecho, Mir Puig y Muñoz Conde añaden «es aplicable a nuestro Derecho (el español) la solución del concurso de leyes con arreglo al principio de subsidiariedad que se defiende en el texto con relación a los casos de concurrencia de actos de autoría y participación»²⁴¹.

Asimismo, Stratenwerth, Velásquez Velásquez y Zaffaroni admiten la concurrencia de formas de participación y su solución de acuerdo al principio de subsidiariedad. Afirma el primero de los autores citados, «si una persona colabora de varias formas en la comisión de un hecho, el rol menos intenso retrocederá frente al más intenso: el que instiga y además presta ayuda responde sólo como instigador»²⁴². En la doctrina latinoamericana Velásquez Velásquez señala que en materia de concurrencia de formas de participación «rige el postulado del retroceso, en virtud del cual cuando un concurrente realiza al mismo tiempo actos constitutivos de diversas formas de concurso, la forma menos intensa cede ante la más intensa»²⁴³. Por su parte, Zaffaroni concluye que «pueden concurrir distintas formas de participación: el que instiga puede también cooperar a la realización. Cuando se da esta concurrencia, la forma más grave de participación absorberá a la más leve: la instigación y la

²⁴⁰ JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, 1981, p. 968.

²⁴¹ MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, «Adiciones de Derecho español», p. 978, texto entre paréntesis añadido.

²⁴² STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General. El hecho Punible, Tomo I, 2ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pp. 287-288.

²⁴³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1997, p. 634.

complicidad primaria absorberán a la complicidad secundaria²⁴⁴, «quien interviene como coautor y como partícipe, será penado sólo como autor y el que interviene como instigador y cómplice será penado sólo como instigador, en función al principio de subsidiariedad»²⁴⁵.

La lista de autores que consideran posible que una misma persona realice un aporte de instigación y luego uno de complicidad respecto al mismo hecho continúa, pero no se trata de apoyarse exclusivamente en argumentos de autoridad para defender una posición. Únicamente se ha querido evidenciar el grave error en el que incurren los autores nacionales antes citados. Así, en contra de lo afirmado por la profesora García Cantizano debe aclararse que la complicidad y la instigación como formas de intervención en el delito no son incompatibles entre sí y su concurso es aceptado mayoritariamente por la doctrina más influyente; y contra lo dicho por el profesor Rodríguez Delgado, debe admitirse que lo irracional es negar la posibilidad de atribuir dos títulos de intervención a una misma persona que interviene en distintas fases del iter criminis. Obviamente²⁴⁶, en tales casos sólo podrá sancionarse por uno de los títulos concurrentes conforme a las exigencias de los principios de ne bis in idem y de subsidiariedad.

3.5. El interesado nunca puede ser considerado víctima del tráfico de influencias en el que interviene.

Detengámonos ahora brevemente en la siguiente cuestión: ¿es víctima de una estafa el interesado que entrega la contraprestación al traficante de influencias y no obtiene a cambio la gestión prometida?. Aunque a primera vista resulte grotesca esta insinuación, merece comentario la posición jurídica del interesado que es defraudado por el traficante de influencias, pues algún autor nacional ha llevado la tesis de la impunidad del interesado al extremo de «poder considerarlo una víctima del tráfico de influencias, antes que un partícipe del hecho antijurídico»²⁴⁷.

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho penal. Parte general, tomo II, Lima. 1986, p. 747.

²⁴⁵ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal, p. 766.

²⁴⁶ Cfr. REAÑO PESCHIERA, «Los delitos de corrupción de funcionarios», p. 298.

²⁴⁷ RODRIGUEZ DELGADO, «El solicitante en las influencias traficadas». p. 271.

En la doctrina italiana se ha acuñado la expresión «venta de humo» (*vendita di fumo*)²⁴⁸ para el supuesto en que el traficante de influencias engaña al interesado en la intercesión, simulando influencias y prometiéndole una gestión que no realizará. La expresión *vendita di fumo* para designar este supuesto de tráfico de influencias se remonta al Imperio Romano, específicamente se asocia a la pena que recibió un súbito del emperador Alejandro Severo que vendía influencias y privilegios. En la hoguera en que fue quemado vivo se colocó la inscripción: *funo punitur qui fumun vendidit*²⁴⁹.

La propia fragmentariedad que caracteriza al Derecho penal impide considerar al interesado como víctima de un delito patrimonial. Si en los supuestos de negocios jurídicos con causa u objeto delictivo el ordenamiento privado (Derecho civil) no admite una acción para recobrar lo entregado, a fortiori el Derecho penal no puede proteger una expectativa carente de reconocimiento jurídico²⁵⁰. En efecto, conforme al carácter secundario o subsidiario del Derecho penal, no pueden protegerse relaciones que, de plano, carecen de tutela a través de medios menos violentos, pues el acuerdo entre el traficante y el comprador de humo no constituye una relación jurídica exigible conforme al Derecho privado.

En este contexto, es comprensible la unanimidad de la doctrina italiana sobre la impunidad del interesado que compra influencias, pues en verdad se refieren al único supuesto de tráfico de influencias que prevé su legislación: la venta de

²⁴⁸ El Código penal italiano sólo criminaliza -como tipo autónomo- la venta «simulada» de influencias. Específicamente, en su artículo 346°, ubicado dentro del Capítulo II (De los delitos de los particulares contra la administración pública) del Título Segundo (De los delitos contra la administración pública), se señala: «El que, simulando influencias ante un funcionario público, o ante un empleado público que preste algún servicio público, reciba o haga dar o prometer, para sí o para otros, dinero u otra utilidad, como precio de su propia mediación ante el funcionario o empleado público, será castigado con reclusión de uno a cinco años y con multa de tres mil a veinte mil liras. La pena será reclusión de dos a seis años y multa de cinco mil a treinta mil liras, si el culpable recibe o hace dar o prometer, para sí o para otros, dinero u otra utilidad, con el pretexto de que tiene que comprar el favor de un funcionario o empleado público, o de que tiene que remunerarlo». Cfr. MAGGIORE, Giuseppe. Derecho penal. Parte especial, vol. V, Temis, Bogotá, 1972, p. 399.

²⁴⁹ Cfr. ABANTO VASQUEZ, Delitos contra la Administración Pública, pp. 460-461; ROJAS VARGAS, Delitos contra la Administración Pública, 2ª ed., 2001, p. 433.

²⁵⁰ Sobre estafa y negocios ilícitos, vid, el interesante trabajo de PASTOR MUÑOZ, «Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997», RPDJP, N° 2 (2002), pp. 367-399, especialmente pp. 384-396.

influencias inexistentes. Incluso en tales casos puede defenderse la impunidad del propio traficante a partir de consideraciones de lesividad, conforme se explica en el apartado siguiente. Pero no es correcto generalizar la solución que defiende la doctrina italiana para este supuesto específico a los casos de compraventa de influencias reales que prevé el Código Penal peruano, pues en ellos no puede afirmarse que «el traficante vende humo, el interesado compra asado»²⁵¹.

2.2.4.4. Tráfico real e irreal de influencias

Expuestas las razones por las que debe admitirse la punición del interesado que solicita el tráfico de influencias, es oportuno aclarar porqué únicamente deben sancionarse los supuestos en los que las influencias invocadas por el traficante son reales, quedando fuera de la órbita de la conducta típica de intervención aquellos casos en los que el traficante — ex ante— no es capaz de influenciar al funcionario a cargo del proceso judicial o administrativo objeto del acuerdo. Esta consecuencia, derivada de un concepto material de injusto típico como lesividad comunicativa de intereses jurídicos, es defendida por REAÑO PESCHIERA y no fue compartida por el profesor Rodríguez Delgado²⁵².

Sin embargo, otros autores han afirmado que tal interpretación «no guarda relación con el principio de legalidad, puesto que se interpreta sólo una parte del tipo penal, cuando la literalidad del delito sanciona tanto el ejercicio de las influencias reales cuanto el de las simuladas, atribuyéndole a ambas la misma sanción penal»²⁵³, y que «resulta totalmente absurda esta posición, donde se diferencia artificialmente entre tráfico irreal y real de influencias, para definir qué conducta encaja o no bajo la descripción legal del art. 4000 CP, entre otras

²⁵¹ Expresión de Manzini, citada por ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 439. Este autor nacional defiende la tesis de la impunidad del interesado que acepta la intercesión ofrecida por el traficante apoyándose exclusivamente en la doctrina italiana; específicamente, en Manzini y Antolisei.

²⁵² RODRÍGUEZ DELGADO, «El solicitante en las influencias traficadas», pp. 266-267, afirma que «el sujeto activo debe tener algunos vínculos reales con los citados funcionarios públicos, que le permitan tener las influencias o la capacidad de simularlas», cursivas añadidas.

²⁵³ YON RUESTA, «Tráfico de influencias», p. 233.

cosas, porque el mismo legislador, a la hora de definir la conducta típica, equipara ambos supuestos»²⁵⁴.

Las críticas glosadas sólo pueden comprenderse desde una concepción formalista de delito, apegada a la literalidad del precepto penal, y a la que subyace una formulación positivista del principio de legalidad. Por el contrario, mi planteamiento parte de un concepto material de delito, entendido como riesgo idóneo para lesión de intereses jurídicos, que vincula el principio de legalidad con el fin de protección de la norma, y que considera legítima la interpretación teleológica en materia penal.

Actualmente existe consenso respecto de la imposibilidad de aplicar asépticamente el Derecho a través de silogismos formales y neutros, reconociéndose que toda interacción entre el intérprete y la norma implica siempre una transformación del Derecho. Ello no fue siempre así. El positivismo jurídico de principios del siglo XIX siguió aferrado a la idea de «Juez como boca de la Ley», y negándole validez y reconocimiento a la interpretación teleológica consideró que «la ley es válida por sí misma, no pudiendo depender su aplicación de un juicio especial sobre su adecuación al fin o al derecho»²⁵⁵.

La pretendida proscripción de la interpretación teleológica en materia penal postulada por Feuerbach se ha mostrado irrealizable²⁵⁶, y ha cedido paso a la hermenéutica jurídica, según la cual la obtención del Derecho significa «argumentación correcta en un sistema abierto»²⁵⁷. En este contexto, la imagen de que el Derecho se desarrolla en la medida en que los tribunales lo aplican asociada a la idea de que su aplicación no se agota en la simple

²⁵⁴ GARCÍA CANTIZANO, «Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias», p. 557.

²⁵⁵ FEUERBACH, Paul Johann. Tratado de Derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, §74.1, p. 93. Es sintomático que GARCÍA CANTIZANO, «Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias», p. 552, se apoye en Feuerbach para negar la validez del método de interpretación teleológico, reivindicando una concepción formalista del principio de legalidad, hace mucho superada.

²⁵⁶ BALDO LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Roxin (ed. Silva Sánchez), pp. 358-359.

²⁵⁷ BALDO LAVILLA, «Observaciones metodológicas», p. 359.

subsunción silogística, ha dado lugar a la teoría del desarrollo continuador del Derecho. Según ella, el intérprete (el juez) es el llamado a precisar, completar y corregir el Derecho en los puntos en los que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas, o allí donde el Derecho presenta lagunas que requieren ser colmadas²⁵⁸.

En este sentido, si bien la exclusión del tráfico de influencias irreales o inexistentes de la órbita de punición no se deriva de la literalidad del precepto, sí puede ser fundamentada con éxito a partir de una reducción teleológica del artículo 400° del Código Penal. Si a través de dicho precepto se sancionan ataques a intereses de la Administración Pública, tales como la credibilidad en su imparcialidad y objetividad, los comportamientos que no configuran ni objetivan riesgos relevantes deben ser excluidos de punición. Esta interpretación restrictiva guarda coherencia con el principio de lesividad u ofensividad que consagra el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

Adicionalmente, debe advertirse que el tráfico de influencias irreales o inexistentes presenta la estructura de una tentativa imposible (art. 17° CP), por lo que su impunidad está plenamente justificada siempre que desde una perspectiva normativa el ofrecimiento del traficante no signifique riesgo alguno para los intereses de la Administración Pública.

Interpretar teleológicamente es asignar un sentido o fin al enunciado normativo, para posteriormente reconstruir el precepto legal en términos adecuados a dicho fin. La compatibilidad de esta operación hermenéutica con el principio de legalidad es incontrovertible. Tanto el fundamento básico del principio de legalidad —la proscripción de la arbitrariedad— como su función primordial —brindar seguridad jurídica a los ciudadanos— se realizan principalmente a nivel de la relación ley- juez. Se trata de garantizar a los ciudadanos soluciones previsibles para casos estructuralmente idénticos, y ello sólo se consigue a través de la aplicación uniforme del enunciado normativo en casos concretos.

²⁵⁸ BALDO LAVILLA, «Observaciones metodológicas», p. 362.

En el sistema anglosajón la seguridad jurídica se garantiza con la vinculación al precedente (*stare decisis*). En tanto sistema del caso (*case law*), los órganos jurisdiccionales están obligados a respetar las decisiones (*ratio decidendi*) que hayan recaído en casos anteriores que presenten la misma estructura²⁵⁹. Por su parte, en los sistemas de tradición europea-continental, como el peruano, en los que las soluciones sólo rigen para el caso concreto (*res iudicata*) y no vinculan el enjuiciamiento de casos futuros, la función de seguridad jurídica se pretende afianzar a través de la racionalidad argumentativa exigida por la garantía constitucional de motivación de las sentencias.

2.2.4.5. Síntesis de las posturas sobre la responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias.

Se expuso la tesis que estima punible la intervención del interesado en el tráfico de influencias, sea como cómplice cuando se limita a aceptar el ofrecimiento de intercesión, o como instigador cuando solicita tal interferencia. Asimismo, se expuso la refutación de las críticas formuladas contra esta propuesta interpretativa, muchas de ellas sustentadas en una concepción rígida y positivista del principio de legalidad, y otras apoyadas principalmente en el prestigio de los autores extranjeros que defienden determinadas posiciones, y no tanto en la razones que las fundamentan²⁶⁰.

Más allá de los efectos intimidatorios que en algunos sujetos produce la sanción de hechos delictivos ajenos, Hegel destacó que la pena no supone la secuencia irracional de un mal frente al otro mal que comporta el delito, sino que aquella tiene un contenido simbólico que comunica la reafirmación del Derecho, en tanto marginalización del significado del hecho punible. Autores y partícipes esbozan con su hecho un proyecto de mundo contrario al normativamente configurado, y a través de la pena el Derecho niega la validez

²⁵⁹ Cfr. BENLLOCH PETIT, «¿Prevarica el juez que se aparta de la “doctrina consolidada del Tribunal Supremo?”», RDPC, N° 11(2003), p. 318-321.

²⁶⁰ Sólo como muestra, vid. YON RUESTA, «Tráfico de Influencias», p. 236, quien respecto al interesado que es coaccionado a aceptar el ofrecimiento del traficante, apunta que «Ello ha llevado a autores de la taifa de Muñoz Conde y Bustos Ramírez a afirmar que el concurrente necesario en el delito de tráfico de influencias puede ser víctima de concusión».

de tal mundo alternativo, reafirmandose a sí mismo²⁶¹. Los actos de tráfico de influencias y de peculado cometidos durante la década pasada desestabilizaron la confianza de la sociedad peruana en el aparato judicial y en la Administración estatal, y más allá de los futuros e inciertos efectos preventivos que se puedan generar en ciertas personas, la sanción de dichos sucesos es necesaria para reafirmar y reestabilizar en el plano normativo la confianza de la sociedad en las instituciones públicas.

De acuerdo a los avances en la tramitación de los procesos anticorrupción, será la Sala Penal de la Corte Suprema la que en corto plazo deberá adoptar una u otra posición sobre la responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias. La historia entonces tendrá un final, aunque quizá tardío en aquellos casos en los que se declare prescrita la acción penal por el transcurso del tiempo. Aunque la justicia tardía no cumple la función de pacificación social inherente al Derecho penal, es innegable que la prescripción constituye una institución jurídica irrenunciable en un Estado de libertades que reconoce como esencial el derecho de todo ciudadano a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

2.2.5. LOS MEDIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO PENAL.

2.2.5.1. La valoración de la prueba

Superada la idea de valoración con criterio de conciencia, se entiende hoy que el Juez debe ser respetuoso del sistema que contiene las reglas de la sana crítica, de la valoración razonada de la prueba y la libre valoración de la prueba, lo que significa un avance en nuestra forma de valorar prueba. Debe notarse que el cambio es de lo más trascendente, aunque no haya descrito el legislador de manera expresa el sistema actual adoptado.

²⁶¹ cfr. LESCH, La función de la pena. 1999, passim., quien plantea una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, que combina una dimensión dialéctico-hegeliana y una práctico-utilitarista. Por un lado, la función del Derecho penal es absoluta (raigambre hegeliana) porque se pena quia peccatum est y no ne peccetur; pero, por otro lado, también es relativa (dimensión práctico-utilitarista), porque la pena no es un fin en sí misma — no es absoluta ab effectu- sino que tiene una función: el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad.

El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, al igual que el de íntima convicción (criterio de conciencia), establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquél, que las conclusiones a que se lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se las apoye, que se fundamenten los fallos. Claro que si bien el Juez, en este sistema, no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse y gozan de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el Magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común²⁶². La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: La descripción del elemento probatorio (v.gr., el testigo dijo tal o cual cosa) y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya. Se combinan, así, las exigencias políticas y jurídicas, relativas a la motivación de las resoluciones jurídicas, con las mejores posibilidades de descubrir la verdad sin cortapisas legales, mediante el caudal probatorio recogido en el proceso.

Han sido el francés Gorphe²⁶³ y el uruguayo Couture²⁶⁴, quienes se han preocupado de ponderar la importancia y la originalidad del sistema probatorio de la libre convicción o de la sana crítica, cuyas excelencias, expresan, son indiscutibles.

²⁶² Vid. Gerhard Walter. "Libre Apreciación de la Prueba" (Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial). Edit. Temis, Bogotá, 1985.

²⁶³ Gorphe Francois, "La Crítica del Testimonio", traducción de Ruiz Funes, Madrid, 1934, p. 34.

²⁶⁴ Couture, Eduardo, "Las reglas de la sana crítica en la apreciación de las prueba testimonial", Montevideo, 1941, p. 19 y 21.

Respecto a las “reglas de la sana crítica”, Couture, tras afirmar que son a la vez expresión de ciencia y de experiencia, las define como “reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”²⁶⁵.

Por ello consideramos que estas reglas nos sirven de manera positiva para generar convicción y negativa para eliminar cualquier elemento no deseado de la prueba.

Respaldamos por completo lo afirmado por Niceto Alcalá, quien expresa que el mayor mal que atenta contra un sistema es su propia perfección ya que sólo se puede entregar en manos de gente experta²⁶⁶, y es que, en efecto, es necesario entender y aprender siempre, constantemente, evolucionar e incluir en nuestro razonamiento las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Es justo para valorar la prueba que se necesitan de las ciencias auxiliares del conocimiento jurídico, que son prácticamente el conocimiento humano. Ingente trabajo encargado al juzgador, conocer lo humano.

El Juez deberá valorar las pruebas aplicando los principios lógicos de la sana crítica²⁶⁷, como por ejemplo el “principio de contradicción”²⁶⁸ y el “principio de la razón suficiente”²⁶⁹.

Teniendo sabido que las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia dependerán de la materia que se aborde y por ello su exclusiva utilización

²⁶⁵ Vid. Alcalá - Zamora y Castillo Niceto y Levene Ricardo (hijo); “Derecho Procesal Penal”, t. III; Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, s/f., p. 51 y 52.

²⁶⁶ Alcalá - Zamora y Castillo Niceto y Levene Ricardo (hijo), op. cit., p. 52.

²⁶⁷ Vid. Jorge Peyrano, “El proceso civil: Principios y fundamentos”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 113.

²⁶⁸ Este principio puede formularse de la siguiente manera: dos enunciados o juicios que se oponen contradictoriamente no pueden ser ambos verdaderos, ver en José Ferrater Mora, “Diccionario de Filosofía Abreviado”, 15ª ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1984, p. 86. También en Mans Puig Arnau, Jaime, “Lógica para juristas”, Barcelona, Bosch, 1978, p. 59.

²⁶⁹ Este principio enuncia que ningún hecho puede ser verdadero o existente (y ninguna enunciación, verdadera) sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otra manera, ver en Ferrater Mora, op. cit., p. 355. También Jaime Mans Puig Arnau, op. cit., p. 29. Vid. en Olsen Ghirardi, “Lógica del proceso judicial”, Córdoba, Marcos Lerner, editora, 1987, p. 121.

judicial, consideramos discutible que se incorporen legislativamente algunos criterios valorativos de las pruebas, por cuanto ingresamos al sistema tasado de valoración.

Sin embargo existen casos especiales donde su legislación es “necesaria”, ya que la historia judicial ha demostrado su utilidad.

Así, la necesidad de corroboración de las llamadas declaraciones referenciales e interesadas (arrepentidos o colaboradores) es atendida por el art. 158º.2. La necesidad de corroboración es esencial tanto en pruebas oral directas como indirectas, pero lo son más cuando éstas vienen de referencia o son interesadas. El testimonio de referencia se necesita corroborar con su fuente; las declaraciones de los colaboradores y arrepentidos, vía la corroboración, demostrando que no las mueven fines de autoexculpación o espurios.

2.2.5.2. La prueba Indiciaria.

Según DESIMONI²⁷⁰ la prueba indiciaria consiste en la reunión e interpretación de una serie de hechos y circunstancias relativos a un injusto determinado que se investiga, a efectos de intentar acceder a la verdad de lo acontecido por vía indirecta. Por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa²⁷¹.

En esa misma línea, Juan Alberto BELLOCH JULBE anota que la prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: a) una serie de hechos – base o uno solo “especialmente significativo o necesario”, que constituirán los indicios en sentido propio; b) un proceso deductivo, que puede ser explícito o implícito (esto último, cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo); y, c) una conclusión o deducción, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central

²⁷⁰ DESIMONI, Luis María; *La evidencia en materia criminal*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 93. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel; *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Ariel, 1969, pp. 700-701.

²⁷¹ MITTERMAIER, Karl; *Tratado de la prueba en materia criminal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1979, p. 441.

a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico.²⁷²

La incorporación de la prueba indicaría en el art. 158º. 3 demuestra su aplicación como precepto general de la prueba. En realidad se trata del método indiciario, que es el método indirecto para la probanza en general. Para que exista una prueba indiciaria deben existir indicio e inferencia. Para José María Asencio Mellado, "indicio es aquel dato real, cierto, concreto, indubitablemente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el thema probandum"²⁷³. El indicio supone un elemento fáctico, al decir de Andrés Martínez Arrieta²⁷⁴, que autoriza una deducción, como consecuencia de él, y permite afirmar un hecho oculto. El indicio, por lo tanto, aparece desprovisto de todo elemento racional, es un dato objetivo que permite, por su posterior conexión a una regla de experiencia, de la ciencia o, incluso, de sentido común, la inferencia, a través de la lógica, de un hecho consecuencia o hecho oculto, al que se refiere la actividad probatoria.

La inferencia es el razonamiento efectuado observando las reglas lógicas pertinentes. En la terminología especializada al proceso de inferencia se le conoce también como argumento. La Inferencia, dice Andrés Martínez Arrieta, es aquella obtenida del indicio que permite acreditar otro hecho distinto; es la conclusión del silogismo construido sobre una premisa mayor: la ley basada en la experiencia, en la ciencia o en el sentido común que apoyada en el indicio, premisa menor, permite la conclusión sobre el hecho reconstruido²⁷⁵.

²⁷² BELLOCH JULBE, Juan Alberto; "La prueba indiciaria". En: AA.VV. *La sentencia penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 38.

²⁷³ José María ASENSIO MELLADO, "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", en Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia, en Cuadernos de Derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 169 y ss.

²⁷⁴ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "La Prueba Indiciaria", en La prueba en el proceso penal, Centro de Estudios Judiciales, Colección, Cursos, vol. 12, Ministerios de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 55. Ver también en el mismo sentido a Germán PABÓN GÓMEZ, "La Lógica del indicio en materia criminal", 2ª ed., Edit. Temis, Bogotá, 1995, p. 305. Es menester señalar que muchas veces se confunde al indicio con la prueba indiciaria, queremos decir, se confunde a la parte con el todo.

²⁷⁵ Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, op. cit., p. 59. Para José María ASENSIO MELLADO, inferencia, "es aquella actividad intelectual del juzgador realizada en la fase de fijación, por la cual se afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones de manera que resulta que la prueba

Existen casos que demuestran cuan peligroso es tener confianza ciega en un indicio mal interpretado y la necesidad de no omitir ningún esfuerzo para investigar los indicios que favorezcan al sospechoso. Ya el art. 158º. 3. c, expresa que cuando se trate de hechos indicadores contingentes (cuando requiera una explicación compatible con otros hechos indicados²⁷⁶), éstos deben ser plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conraindicios consistentes.

Lo anterior se expresa pues con la inferencia se deberá también analizar mediante ella no sólo los indicios, sino los conraindicios. El conraindicio es un dato cierto, pero la inferencia que se realiza con su significado conduce a una conclusión antagónica, con respecto al significado inferido del indicio, por lo tanto, siendo así, éste debe ser consistente para desvirtuar a los indicios contingentes. Por ello, todos los indicios en favor del sospechoso (conraindicios) también deberán ser evaluados, deben ser objeto de la más prolija investigación y dará motivo para buscar otras pistas o variar el curso de la investigación. Como es una prueba basada sólo en el razonamiento lógico, es muy peligroso, porque por razones de odio, venganza, antipatía, cuestiones políticas, etc., el Juez o el Fiscal pueden actuar parcializados. Por esta razón se recomienda que deben buscarse varios indicios y todos ellos deben tener relación con el delito que se le imputa. Esta inferencia, en el momento de la valoración del indicio, y para no dejar en la indefensión a los ciudadanos, deberá ser expresada de manera minuciosa en la motivación de la resolución.

Las más escandalosas sentencias condenatorias se han dado a partir de haber malentendido la prueba indiciaria. Como se ha observado, el indicio es parte de la prueba indiciaria, sin indicio la prueba no existiría, de la misma manera la inferencia no puede ser separada del indicio, su aislamiento es fatal. Así como

indiciaria no es otra cosa que una prueba de presunciones". ("Presunción de Inocencia y Prueba Indiciaria", op. cit., p. 171).

²⁷⁶ La "contingencia indiciaria", por sí es inacabada, y como incompleta, jamás produce ni certeza ni mucho menos plena prueba. El indicio contingente único es un indicio insuficiente (Germán PABÓN GÓMEZ, op. cit. p.305).

la presunción y la conjetura son fases del conocimiento menores que la verificación y contrastación, son menores aunque la inferencia.

No se puede inferir sin indicio, ya que sería ficción, la misma que se funda en un hecho conscientemente inexistente²⁷⁷, que es contrario a la verdad real, que es imaginario²⁷⁸, que por sí sola nada resuelve²⁷⁹.

No se puede inferir si el indicio está oculto o no está probado, ya que sería una adivinanza, esto es, descubrir por conjeturas algo oculto o ignorado, dejar en juego libre y sin control a la imaginación, a la fantasía²⁸⁰, donde el pensamiento divaga, con elementos de juicio puramente imaginativos, al estilo de concluir por azar (casualidad, caso fortuito), que cumplen un poco la función de “caza de brujas”²⁸¹.

2.2.5.3. Los medios de prueba

2.2.5.3.1. La confesión

Revisando la legislación extranjera, notamos que la mayoría de los Códigos no desarrolla esta institución como medio de prueba, ni siquiera el C. de PP, del que tanto hemos importado.

La confesión es el reconocimiento formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial –o Fiscal– por el imputado, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra²⁸².

²⁷⁷ ALSINA, Hugo, “Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial”, 2ª ed., t. III: Juicio Ordinario, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1961, p. 685. Stammler R., “Tratado de filosofía del Derecho”, trad. de W. Roces de la 2ª ed. alemana, Madrid, 1930, 1º edc., párr. 125. Éste es el caso de las presunciones iuris et de iure, expresa Climent Durán, Carlos, “La Prueba Penal”, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 592. Rosemberg: op. cit., núm. 15, págs. 191 y ss.

²⁷⁸ RENARD G., “Introducción filosófica al estudio del Derecho”, t. I, Desclée, Bs. As., 1947, pág. 106, nota 7, y en su t. 2, cap. 7.

²⁷⁹ MICHAUD, citado por GARDELLA, Juan Carlos, “Ficción Jurídica”, en Enciclopedia jurídica Omeba, t. XII, (Fami–Gara), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, p. 191.

²⁸⁰ PABÓN GÓMEZ, Germán, op. cit., p. 38.

²⁸¹ PABÓN GÓMEZ, Germán, op. cit., p. 39. Ver también a KOPNIN P. V., “Lógica dialéctica”, México, Grijalbo, 1976, p. 456

²⁸² CAFFERATA NORES, “La prueba en el proceso penal”, 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 51. Ver también en el mismo sentido a Gilberto MARTÍNEZ RAVE. “Procedimiento Penal Colombiano”, 1ª ed, Edit. Temis, Colombia. 1996, p.419 y ss; DELLEPIANE Antonio, “Nueva teoría de la prueba”, 8ª ed. Ed. Temis, Colombia, 1981, p. 118.

Además de la libertad al confesar, se exige un estado normal de las facultades psíquicas (art. 160º. b).

Claus Roxin, citado por José María Asencio Mellado, plantea que la confesión no es un medio técnico de prueba en puridad, pues tiene derechos constitucionales como los relativos al silencio, a la libre declaración y a la no autoincriminación (garantías subjetivas)²⁸³.

Sin embargo, es menester señalar, que la mayoría de codificaciones por criterios de especialidad, la mantienen como un medio de prueba en particular. El CPP de 1991 incorporó la institución de la confesión dentro del Capítulo IV, reservado a la declaración del imputado (arts. 127º - 129º); pero con acierto el legislador nacional en el Proyecto del CPP de 1996 lo incluyó dentro del Título V reservado a la Prueba (arts. 216º - 219º); esto con el fin de darle mayores límites y garantías normativas a su utilización. En el nuevo Código del 2004 lo encontramos en su título II, de los medios de prueba.

El valor probatorio de la confesión. Como bien manifiesta Luigi Ferrajoli, "la confesión, que en el sistema inquisitivo es arrancada por cualquier medio pero vinculada legalmente al juicio, en el sistema acusatorio y garantista está sujeta a una larga serie de reglas de formación, como la espontaneidad, la no incidentalidad, la univocidad, etc., y, sin embargo, carece de todo valor decisorio, más exactamente, no puede tener ningún valor probatorio si no va acompañada de otro elemento de juicio"²⁸⁴. Es por ello que el valor probatorio de la confesión ha sido regulado en el art. 160º. 2, el cual manifiesta que sólo tendrá valor probatorio cuando:

Jesús Ignacio GARCÍA VALENCIA, "Las pruebas en el proceso penal colombiano" (Parte General), Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. 1ª ed. Colombia. 1993. p.146.

²⁸³ Sólo le será asignado al inculpado la categoría de medio de prueba, técnicamente hablando, cuando éste sea investigado en su persona sobre su situación psíquica o corporal (fotografía, huellas, etc.), en cuyo caso los datos que se extraen no implican una actitud del mismo inculpado, siendo, por su propia naturaleza, estas informaciones, estrictamente objetivas. (José María ASECIO MELLADO, "La prueba prohibida y prueba preconstituida", 1ª ed., Edit. Trivium. S.A. Madrid, 1989, pp.133 y ss.).

²⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", 1ª ed., Edit. Trotta, Madrid, 1995, pp. 609, 610 y 612.

- A. Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción.
- B. Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas.
- C. Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado. [el del imputado]

2.2.5.3.2. La confesión sincera

Si la confesión, adicionalmente, es sincera y espontánea, el Juez puede disminuir la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal. Se exceptúan los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso (art. 161º).

Para que exista confesión sincera se deben dar los requisitos de validez de la confesión. Todo lo expresado con respecto a la confesión en los apartados anteriores, demuestra que la confesión para que sea sincera no debe ser falseable, en ese sentido se entiende la sinceridad de la confesión como sinónimo de verificabilidad, lo que no es lo mismo que la confesión sea verdadera²⁸⁵, sino que tal sinceridad pueda ser corroborada mediante el cumplimiento de los requisitos ya de existencia o de validez de la confesión y de otros requisitos particulares. Así la Corte Suprema, en reiterados pronunciamientos, ha fijado un concepto de la sinceridad de la confesión. Ahora bien, en la exigencia de espontaneidad, que solicita el nuevo Código, afirma que sólo resulta admisible una disminución de la pena cuando se trata de una confesión prestada fuera de los supuestos de delito flagrante o cuando no exista abundante prueba de cargo contra el imputado.

La judicatura en varias oportunidades expresó que si carece de espontaneidad, el beneficio de atenuación de la pena no se aplicará –“si el procesado recién confiesa su autoría en el acto oral, y a insistencia del Colegiado”²⁸⁶–. Sin embargo, la jurisprudencia no es pacífica al respecto. Así, se expresa que, “cuando los autores se declaren confesos en el juicio oral y existan pruebas

²⁸⁵ Por los mismos motivos que el deber de seriedad de la confesión, tampoco impide que la confesión sea falsa, simulada o insincera

²⁸⁶ Ejec. Sup. Exp. 1847 – 96, Huancayo, del 04 de junio de 1996, en: Carmen, ROJJASI PELLA, Ejecutorias Supremas Penales, 1993 – 1996, Legrima Editorial, 1997, p. 347.

que lo corroboren, deben aplicarse una pena por debajo del mínimo legal”²⁸⁷. Consideramos esta segunda postura la más correcta, y mesurada puesto que, de acuerdo a la naturaleza jurídica procesal de la confesión, ésta puede ser divisible y compleja, y permitiéndose al declarante de la confesión poder otorgar nuevos datos a la misma (p. ej., el de otorgar datos nuevos sobre agentes del delito), o poder surgir en esta etapa la confesión del verdadero responsable del hecho, muy bien debe admitirse el beneficio, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de validez antes señalados y ésta sea valorada con el criterio de conciencia.

No queremos pasar el tema de la confesión sin tocar, muy brevemente, algunos asuntos referidos a la declaración del imputado. Podemos comentar en este momento un detalle rescatable de la ley chilena (art. 197º), está referido a la prolongación de esta declaración; ellos prevén un descanso para el declarante. Esto refuerza el respeto por los derechos del procesado.

Los italianos ordenan el deber de informar al imputado la libertad que tiene de no declarar, aún en sede policial.

2.2.5.3.3. El testimonio

El testimonio es la declaración de una persona natural de sus percepciones sensitivas sobre los hechos investigados. En una acepción rigurosamente jurídico procesal, es el acto procesal por el que se realiza tal declaración, ante el Juez o en diligencias previas al juicio oral (recibida en este caso como prueba anticipada)²⁸⁸.

Testigo, propiamente definido, es quien tuvo conocimiento directo del hecho, por lo que aparece como primera fuente de información en la investigación. Es el llamado testigo presencial. Por el contrario, el llamado testigo de referencia sabe de los hechos de modo indirecto o mediato. Este testigo debe indicar todo lo relacionado a la obtención de la información, principalmente la identidad de

²⁸⁷ Ver Sentencia de la Quinta Sala Penal de Lima de fecha 16 de Mayo de 1997, expediente Nº 1053 – 94; y Sentencia de la Segunda Sala Penal de Lima de fecha 9 de diciembre de 1993.

²⁸⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Compendio de pruebas judiciales”, t. II, pág. 21

su informante, si no otorga esto último, su testimonio no podrá ser utilizado (art. 166º. 2). No obstante, el Código no excluye siempre las declaraciones del testigo de referencia cuando no se consiguió la identidad de su fuente. El numeral 2 del art. 158º las admite siempre que se encuentren otras pruebas que corroboren su testimonio. Cree Miranda Estrampes que esta última norma se debió condicionarla sólo a los casos en los que es imposible obtener la declaración del testigo principal²⁸⁹. Por nuestra parte, estimamos que ambos artículos no provocan una antinomia y que su redacción no perjudica el desarrollo del proceso.

Sobre su capacidad, el art. 162º establece que, en principio, toda persona es hábil para prestar testimonio. Sin embargo, hay ocasiones en las que no puede prestarlo, ya sea por razones naturales (incapacidad física o psíquica que se lo impida) o porque se lo prohíba la ley, como es el caso de quienes deban guardar secreto profesional, de culto religioso o de Estado (art. 165º. 2).

Según el CPP chileno. “no existirán testigos inhábiles” en el procedimiento penal (309º). No se puede tachar, según ellos, a un testigo por incapaz; a lo sumo se le puede desacreditar mediante preguntas a él dirigidas (309º).

La redacción chilena parece ser más tajante que la expresión italiana “toda persona tiene capacidad para rendir testimonio” (196º. 1), aunque la proposición sea la misma.

Si bien el NCPP sigue la forma de redacción italiana, expresa claramente las obvias excepciones a la regla general sobre la capacidad de los testigos. Éstas se presentan en dos casos, el inhábil por razones naturales y el impedido por la ley (162º. 1).

Asimilando la técnica italiana, el NCPP prevé la realización de indagaciones para verificar la idoneidad física o psíquica del testigo. Sin embargo, la

²⁸⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código procesal penal peruano de 2004”, En El Derecho procesal contemporáneo, Libro homenaje a Raúl Peña Cabrera, t. II. Jurista Editores, 2006, pág. 543.

diferencia está en que los italianos hacen ello para “valorar las declaraciones del testigo” (196°. 2), teniendo en cuenta que a nadie excluyen su capacidad para ser testigo, por ello bien expresa el 196°. 3 de su Código que “el resultado de [estas] indagaciones (...) no impide la recepción del testimonio”²⁹⁰.

En cambio, con el NCPP estas pruebas a los testigos pueden servir para determinar su inhabilitación, pudiendo no recibirse su testimonio. No dice “declaraciones”, sino “el testimonio” mismo (162°. 2).

Los vinculados por el secreto profesional no podrán negar su testimonio cuando sean liberados por el interesado del deber de guardar secreto (art.165°. 2. a), lógicamente. No se incluyen entre ellos a los ministros de cultos religiosos, entendiéndose que aún contando con la venia del interesado, deberán abstenerse de declarar.

Este Código también prohíbe declarar al funcionario público y al ex funcionario (si bien no menciona expresamente a estos últimos, también se les debe considerar, como bien anota Sánchez Velarde²⁹¹), sobre información clasificada como secreto de Estado o reservada. Tal condición de la información quedará sujeta a verificación; en caso se advierta que no es secreto, el testigo continuará con su declaración (art. 165°. 2. b).

El testigo está obligado a concurrir (163°. 1); de no hacerlo a la primera citación, se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública (164°. 3). No obstante, pueden rehusar a prestar testimonio el cónyuge o conviviente del imputado (aún cuando el vínculo haya cesado), los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los parientes por adopción; para lo cual deben ser advertidos de este derecho (art. 165°. 1).

²⁹⁰ Con esto no estamos obviando que el Código italiano excluye a ciertas personas de intervenir como testigos (120°): los menores de 14 años, los ebrios, quienes estén bajo los efectos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas y los presos

²⁹¹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, “Introducción al nuevo Código procesal penal”, IDEMSA, Lima. 2005, pág. 75.

La obligación que tiene el testigo de comparecer y declarar con la verdad es un máxima de uso generalizado en los distintos Códigos procesales del mundo. Lo encontramos, por ejemplo, en el 169º del Código procesal penal modelo para Iberoamérica (CPPMI), que es recogido en el 298º del Código chileno. Nosotros lo tenemos en el 163º. 1 influenciados por el trato de 198º del C. de PP.

Sin embargo, el testigo tiene la facultad de negarse a declarar cuando pudiera surgir su propia responsabilidad penal o la de sus parientes cercanos o estén guardando secreto profesional o de Estado. Así es tratado en las distintas regulaciones, cada una con sus matices especiales, pero orientadas por la misma idea.

2.2.5.3.4. La pericia

La pericia es el medio probatorio utilizado en el proceso cuando se requieren conocimientos especializados técnicos, científicos, artísticos o de experiencia calificada, para determinar las causas y efectos de un hecho, así como para verificar si el hecho ocurrió o no. La pericia sirve de auxilio al Juez²⁹² y es un medio de prueba histórico.

Los hechos que requieran de una explicación para comprenderlos mejor pueden ser sometidos a un examen pericial. El perito no es testigo de los hechos a probar (no puede serlo), sino que con su conocimiento especializado brinda su opinión sobre aquéllos. También puede acudir a él cuando se necesite establecer la autenticidad de algún documento (186º).

El perito es nombrado por el Juez competente, el Juez de investigación o el Fiscal, según si aún continúa o no en la investigación preparatoria. La designación del perito se hará escogiendo, de preferencia, entre los que sirven al Estado, en su defecto, se elegirá según las normas de la LOPJ (173º. 1).

²⁹² En este sentido: DEVIS ECHANDÍA, op. cit, t. II, pág. 123; Roxin, op. cit., pág 238, y la doctrina mayoritaria. En contra: José CAFFERATA NORES, "La prueba en el proceso penal", op. cit., 1994, pág. 45; para quien no es auxilio al juez puesto que aun teniendo éste conocimientos suficientes, se debe llevar a cabo la pericia.

En cuanto a la procedencia de la pericia, nuestro Código tiene unas delimitaciones más elaboradas que otros como el chileno (art. 314º, segundo párrafo).

El artículo 173º limita el número de testigo a uno; pero prevé la posibilidad de nombrar dos o más cuando resulten imprescindibles por la complejidad del caso o cuando se requieran conocimientos especializados en diferentes disciplinas (num. 1).

El informe pericial contendrá (178º): a) los datos del perito. b) Descripción de la persona o cosa sobre la que se hizo el peritaje. c) Lo comprobado respecto al encargo. d) Fundamentación del examen. e) Indicación de los criterios científicos o técnicos que le sirvieron para hacer tal examen. f) Conclusiones, en las que no se opinará sobre la responsabilidad penal del imputado. g) Fecha, sello y firma (art. 178º).

Cuando sean varios los peritos y haya discrepancia entre ellos, cada uno presentará su propio informe (180º. 1), procurando un debate pericial en el curso del acto oral (180º. 2). Si el informe pericial resulta insuficiente, se puede ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo (180º. 3).

El examen pericial (art. 181º) se realiza para que el perito explique los procedimientos y resultados de su investigación, además de aclarar algunos asuntos que, por razón de técnica de oficio, escapen al conocimiento promedio (por ejemplo, términos técnicos). Esta explicación pericial no libera de la elaboración y entrega del informe pericial.

5.3.5. La confrontación o el careo

El careo consiste en colocar “cara a cara” a dos o más personas que han prestado declaraciones significativamente contradictorias sobre hechos relevantes, para que debatan y encontrar así una mayor aproximación a la verdad.

El NCPP tiene cierta influencia del 211º y del 212º del C. de PP., pero no se copia en lo sustancial, sino más en la forma de redacción. Por su parte, la Ley alemana (§58. 2) lo regula en forma breve, pero suficiente para sus fines.

Se realiza cuando haya significativa contradicción entre lo declarado por el imputado y por otro imputado, testigo o agraviado, y entre agraviados o testigos (182º. 1 y .2). Las preguntas que se realice siempre versarán exclusivamente sobre los puntos contradictorios, que determinaron la procedencia de esta diligencia (183º. 2).

Sólo si el representante o la defensa de la víctima menor de catorce años lo solicita, procederá el careo entre ésta y el imputado (182º. 3).

Es de resaltar que con la legislación anterior se proscribía la confrontación entre testigos (art.155º del Código de procedimientos penales). El Código del 2004, en cambio, sí lo permite. Esta variación es importante, ya que en la práctica nunca se encontró una razón suficiente para tal prohibición, y se convertía en limitación al principio de libertad probatoria.

Otro cambio con la nueva legislación es que su práctica sólo se realizará en el juicio oral. Al respecto opina Sánchez Velarde: “Al parecer ello permitiría evitar la duplicidad de la diligencia, en la fase investigatoria como en la fase oral, dejándose sólo para la última de las indicadas”²⁹³.

2.2.5.3.6. La prueba documental

A diferencia del testimonio, la confesión o la pericia, que son pruebas personales, la prueba documental es una prueba material de contenido ideológico. Es documento cualquier cosa que sirva de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho²⁹⁴. Puede contener una declaración o ser simplemente representativo (v.gr., una fotografía). Siempre es representativo,

²⁹³ Op. cit. pág. 84.

²⁹⁴ En la doctrina alemana, debido a límites de redacción de la ley, se considera documento sólo al material escrito, en cualquier soporte. Así: ROXIN, op. cit. pág. 246; SCHLÜCHTER, op. cit., págs. 138 y 139; Ernest BELING, “Derecho proceso penal”, Editorial Labor, 1943, § 63.

esto lo diferencia de las cosas que sin ser documentos, pueden servir de prueba indiciaria²⁹⁵.

En este tema el nuevo Código supera largamente al Código de 1940, que no sólo no contiene un capítulo de prueba documental, sino que las normas al respecto están dispersas (en los arts. 184º, 185º, 187º y 194º) y presentan nomenclaturas inadecuadas (se habla, por ejemplo, de legajos o escritos, papeles, correspondencia).

No obstante, seguimos bajo la influencia italiana, no reprochable per se. Al tratar sobre los documentos anónimos, hemos casi calcado el artículo 240º del C. de PP. en el 184º. 3 de nuestro Código.

El Código establece que quien tenga en su poder un documento está obligado a presentarlo o permitir su conocimiento, salvo dispensa, prohibición legal o necesidad de previa orden judicial (184º.1). Si se le niega al Fiscal la presentación del documento, el Juez ordenará su incautación (184º.2).

Para verificar la autenticidad del documento o de su contenido, se ordenará, cuando sea necesario, su reconocimiento por quien sea su autor, quien resulte identificado con este medio de prueba, por algún testigo que pueda reconocerla o por quien efectuó el registro (186º. 1).

Carece de valor el documento con declaraciones anónimas, salvo que constituya el cuerpo del delito o provenga del imputado (184º.3).

El documento en lengua distinta al castellano debe ser traducido por un traductor oficial (187º.1). Las transcripciones de audios y vídeos se realizarán en un acta. Tratándose de vídeos, además, el Juez o el Fiscal de la investigación preparatoria ordenará su visualización. La transcripción y visualización se efectuarán con intervención de las partes (187º. 2 y 3).

²⁹⁵ DEVIS ECHANDÍA, op. cit., t. II, pág. 197.

Durante la investigación preparatoria, el Juez o el Fiscal puede requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. El incumplimiento de ese requerimiento (negativa, retardo, ocultamiento o falsedad) es sancionado (188º).

2.2.5.3.7. El reconocimiento

Eugenio Florián conceptúa el reconocimiento, en general, como el acto por el cual se comprueba en el proceso la identidad de una persona o cosa, con lo que se adquiere un conocimiento sobre ellas²⁹⁶. Además, creemos, el reconocimiento permite certificar la veracidad en la declaración de quien dice haber visto a la persona o cosa.

En esta parte también seguimos a los italianos. Prueba de esto es la clasificación de los reconocimientos en: reconocimiento de personas, cosas y otros.

Son susceptibles de ser reconocidos: a) personas –el imputado o personas distintas a él (189º. 1 y 3)–. b) Voces, sonidos y cuanto pueda ser percibido por los sentidos (190º.1). c) Cosas, las que serán exhibidas del mismo modo que los documentos (191º. 1).

Para acercarse de un modo más seguro a la verdad, el reconocimiento se realiza siguiendo unas formalidades. En este acto deberán estar presentes el Fiscal y el abogado defensor del imputado (salvo lo dispuesto en el num. 2 del art. 189º). Es un acto presencial, por eso es inadmisibles que se haga privadamente, de lo cual se dé luego cuenta a la autoridad²⁹⁷. El nuevo Código establece el modo de practicar esta diligencia en los artículos 189º y ss.

Quien deba reconocer, previamente describirá a la persona aludida. Luego se colocará a ésta junto con otras de aspecto exterior semejante. Se dirá si se encuentra o no entre ellas el sujeto a reconocer, de ser positiva su respuesta, se indicará cuál de ellos es (189º. 2).

²⁹⁶ FLORIÁN, Eugenio, “De las pruebas penales”, t. II, 3ª, TEMIS, Bogotá, 1990, p. 486.

²⁹⁷ FLORIÁN, ibídem.

Al reconocimiento importa que quien va a reconocer no sepa quién es la otra, caso contrario no se debe practicar esta diligencia de reconocimiento, sino una identificación.

Durante la investigación preparatoria deberá estar presente, en este acto, el abogado defensor del imputado. De no estarlo, el Juez de la investigación preparatoria podrá presenciarla; en este caso se la considerará un acto de prueba anticipada (189º. 3). Cuando varias personas deban reconocer a una sola (no necesariamente al imputado), cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí.

Cuando sea una persona la que deba reconocer a varias, se efectuará en un solo acto, de ser posible (189º. 4).

Si lo que se reconoce no son personas, sino voces, sonidos o cuanto pueda ser percibido por los sentidos y cosas, se procederá, en lo aplicable, análogamente al reconocimiento de personas. Antes de proceder al reconocimiento, se invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa (190º. 1 y 191º. 2).

2.2.5.3.8. La inspección judicial y la reconstrucción

La inspección judicial busca comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas (192º. 2). Con esta inspección se entra en contacto con la escena del crimen.

Se realiza de manera minuciosa. Su desarrollo se adecuará a la naturaleza del hecho investigado y a las circunstancias en las que ocurrió (193º. 1 y 2)²⁹⁸.

Este Código no prevé que el Juez pueda comisionar la realización del acto, por lo que se entiende, debe estar presente (principio de intermediación) –en España sí se permite hacerlo (según el art. 727º de su Ley de Enjuiciamientos Criminales)– .

²⁹⁸ Ver: María Inés HORVITZ LENNON y Julián LÓPEZ MASLE, “Derecho procesal penal chileno”, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, págs 311 y 312.

La reconstrucción es una diligencia dinámica, busca recrear la escena y acontecimientos que rodearon la acción. Según el Código, la reconstrucción busca verificar la posibilidad del delito de acuerdo a las demás pruebas actuadas (192º. 3). Si se obtuviesen resultados positivos, se considerará el hecho como probable, en cambio, resultados negativos serían decisivos, determinando la imposibilidad de tal hecho. El acto se debe practicar con la mayor reserva posible. Se dispone que –vigilando la dignidad de la persona, bajo los principios de presunción de inocencia y de no autoincriminación– el imputado no está obligado a intervenir en este acto (192º. 3).

El C. de PP. it. Es el único Código que lo regula expresamente como medio de prueba. Está en los artículos 218º y ss. Ellos lo llaman experimentos judiciales.

En ambas diligencias, de preferencia, deben participar los testigos y peritos, pero no se exige la concurrencia de menores de edad o de víctimas que se puedan afectar psicológicamente con su participación. También se dispondrá que se levanten planos o croquis del lugar y se tomen fotografía, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa (194º).

2.2.6. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO.

2.2.6.1. Colombia.

El Código Penal colombiano promulgado por la Ley 599 en el año 2000, regula en su TÍTULO XV: Delitos Contra la Administración Pública, en su Capítulo Quinto el tema de Tráfico de Influencias, de la siguiente manera:

Artículo 411. Tráfico de influencias de servidor público. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta

y cuatro (144) meses, multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Parágrafo. [Adicionado por el artículo 134 de la Ley 1474 de 2011] Los miembros de corporaciones públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante servidor público o entidad estatal en favor de la comunidad o región.

LEY 1474 DE 2012 Artículo 33. Circunstancias de agravación punitiva. [Texto este traído por la ley 1474 de 2011] Los tipos penales de que tratan los artículos: 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

Artículo 411-A. Tráfico de influencias de particular. [Adicionado por el artículo 28 de la ley 1474 de 2011] El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2.6.2. Argentina

El Código Penal Argentino se ocupa del tráfico de influencias en el Título XI (Delitos contra la Administración Pública), Capítulo VI, junto a las distintas figuras del cohecho. En concreto, el Código Penal argentino contempla el tráfico en sentido estricto, tanto en su modalidad pasiva como activa, en los artículos 256 bis y 258, en la redacción dada por la Ley 25.188.

ARTICULO 256 bis — Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer

indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

ARTICULO 258. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

2.2.6.3. España.

El Código Penal de España regula en su TÍTULO XIX: Delitos Contra la Administración Pública, en su Capítulo VI, el tema del tráfico de influencias, de la siguiente manera:

Artículo 428.- El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Artículo 429.- El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Artículo 430.- Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

2.3. Investigaciones.

Miriam Cugat Mauri (2014) realizó un estudio titulado “El tráfico de influencias. Un tipo prescindible”, presentado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. El propósito del estudio es reflexionar acerca de los obstáculos que para la persecución del delito de tráfico de influencias pueden nacer de su misma configuración típica y que por ello pudieran estar necesitados de una revisión legislativa que no tuvo lugar con su última modificación por LO 5/2010.”

Se llega a las siguientes conclusiones: “En España existe la generalizada convicción de que disponer de una buena red de contactos es un patrimonio que puede generar beneficios en todos los ámbitos, incluido, por supuesto, el de las relaciones con la Administración. Por ello, a nadie extraña que, cada vez que se descubre un nuevo caso de corrupción, se formule de modo casi sistemático acusación por tráfico de influencias. Lo que produce sorpresa es el

contraste entre la profusión de acusaciones por este delito y la práctica total ausencia de condenas por el mismo. En este artículo, se reflexiona acerca del motivo del escaso número de condenas y la preocupante asimilación práctica de este tipo a la inducción a la prevaricación.”

Julio Rodríguez Delgado (2011), realizó un artículo titulado “El final de la historia: ¡El interesado en el Tráfico de Influencias es impune!”, presentado en la Revista *Ius et Veritas*. El propósito del estudio es revisar el debate generado en torno al delito de Tráfico de Influencias en estos últimos años, y conoce la dogmática nacional que se ha dividido en dos posturas.

Las conclusiones del estudio son las siguientes: “De un lado, algunos autores, vinculados a la Procuraduría Ad-Hoc, mantienen una posición en la cual sostienen que el solicitante de influencias debe ser castigado como cómplice, y de otro lado, un grupo de autores que establecen que es incorrecto el castigo del solicitante como cómplice en el Tráfico de Influencias, e incluso algunos que llegan al extremo de establecer la imposibilidad de que el “comprador de humo” sea castigado como instigador o inductor.”

“El panorama de la Justicia Anticorrupción no resulta muy alentador, pues no creo que exista duda alguna de que los actos de corrupción deban ser castigados con la severidad de las normas penales vigentes al momento de los hechos, en plazos razonables y respetando a “raja tabla” el Debido Proceso.”

2.4. Marco Conceptual.

Tráfico de influencias

Es la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de, superioridad.

Delito de tráfico de influencias.

Se configura cuando un sujeto invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo.

Administración pública.

Es entendida en sentido dinámico u objetivo, es decir como el conjunto de conductas humanas o actividades que determinan como se distribuye y ejerce el poder público. Desde esta concepción, la administración pública se identifica con la propia función pública de la Administración. Precisamente, lo que diferencia a la administración pública (en sentido dinámico) de cualquier otra institución u organización privada es que detenta el monopolio de la coerción o coacción estatal.

Medios de prueba.

Son los instrumentos utilizados por los sujetos procesales para llevar al proceso, las circunstancias específicas del hecho punible, así tenemos como medios de prueba a los documentos, la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales, etc.

La prueba documental.

Es una prueba material de contenido ideológico. Es documento cualquier cosa que sirva de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho. Puede contener una declaración o ser simplemente representativo (v.gr., una fotografía). Siempre es representativo, esto lo diferencia de las cosas que sin ser documentos, pueden servir de prueba indiciaria.

La prueba indiciaria.

Consiste en la reunión e interpretación de una serie de hechos y circunstancias relativos a un injusto determinado que se investiga, a efectos de intentar acceder a la verdad de lo acontecido por vía indirecta.

Investigación fiscal.

El Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito. En tal sentido, se entiende que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal pública y por ende, de la investigación del delito desde que ésta se inicia, cuyos resultados como es natural determinará si los Fiscales promueven o no la acción penal.

Procesamiento penal.

El procesamiento penal es el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delitos para en su caso aplicar la sanción correspondiente.

CAPITULO III:

METODOLOGÍA.

3.1. Tipo y Nivel de la investigación.

3.1.1. Tipo de investigación.

El tipo de investigación utilizado en el presente estudio reúne las condiciones necesarias para ser determinado como “investigación Aplicada”

3.1.2. Nivel de investigación.

De acuerdo, a los propósitos del estudio, la investigación se centra en el nivel descriptivo.

3.2. Método y diseño de la investigación.

3.2.1. Método.

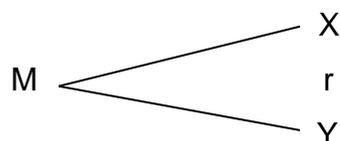
En este estudio, se utiliza el método descriptivo, estadístico, análisis – síntesis, histórico, inductivo, hermenéutico, entre otros, en el desarrollo de la investigación, de manera indistinta.

3.2.2. Diseño.

El presente estudio es una investigación correlacional por cuanto este tipo de trabajo implica la recolección de dos o más conjuntos de datos de un grupo de sujetos con la intención de determinar la subsecuente relación entre dos conjuntos de datos.

Esta investigación correlacional, analiza la relación entre la **variable X**, que corresponde al Delito de Tráfico de Influencias y la **variable Y** que corresponde a la Protección de la Administración Pública.

El diseño de la presente investigación se encuentra en el siguiente gráfico:



Donde:

M: Muestra de los trabajadores judiciales.

X: Variable Delito de Tráfico de Influencias.

Y: Variable Protección de la administración pública.

r: Relación entre variables de estudio.

3.3. Población y Muestra.

3.3.1. Población.

La población es un conjunto definido, limitado y accesible del universo que forma el referente para la elección de la muestra. Es el grupo al que se intenta generalizar los resultados.

La población de este estudio está constituida por trabajadores Judiciales de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima. Entonces, la población está conformada por 120 integrantes.

3.3.2. Muestra.

La muestra es una parte o subconjunto de una población normalmente seleccionada de tal modo que pone de manifiesto las propiedades de la población. Su característica más importante es la representatividad, es decir, que sea una parte típica de la población en la o las características que son relevantes para la investigación.

En la determinación de la muestra óptima se utilizó el muestreo aleatorio simple. La muestra es estadísticamente representativa, y se obtiene mediante la siguiente fórmula:

$$n = \frac{N \times Z^2 \times P \times q}{(N - 1) \times E^2 + Z^2 \times P \times q}$$

Donde:

n = Muestra.

N = Población..... 120

Z = Nivel de aceptación 90%..... 1.64

e = Grado de error 10%..... 0,1

p = Probabilidad de éxito 50%..... 0,5

q = Probabilidad de fracaso 50%..... 0,5

Reemplazando, tenemos:

$$n = \frac{(120) (1.64)^2 (0.5) (0.5)}{(120 - 1) (0.1)^2 + (1.64)^2 (0.5) (0.5)} = \frac{(120) (0.6724)}{(119) (0.01) + (0.6724)}$$

$$n = \frac{80.688}{1.8629} = 43,3131$$

Luego, de aplicar la formula, tenemos una muestra formada por 43 (43,3131) trabajadores especializados de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

3.4. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos.

Las técnicas de investigación, que se utilizan son:

- Encuesta sobre el Delito de Tráfico de Influencias y la protección de la Administración Pública.
- Análisis de Jurisprudencia.
- Análisis de libros y revistas.
- El fichaje.

Los instrumentos que se utilizan son:

- Cuestionario sobre el Delito de Tráfico de Influencias y la Protección de la Administración Pública.
- Jurisprudencia sobre la materia.
- Libros y Revistas nacionales y extranjeros.
- Las Fichas.

3.5. Procesamiento de datos.

Se utilizó de las medidas estadísticas de resumen, tanto de centralidad como la media, así como de dispersión como la desviación estándar y varianza, con la finalidad de analizar la Autonomía del delito de Lavado de Activos y el Proceso

Penal Peruano. Asimismo, se utilizaron la prueba de Correlación de Pearson para establecer la correlación entre las dos variables de estudio.

Para encontrar los valores estadísticos requeridos se utilizó el software Excel y SPSS, versión 21.0.

CAPITULO IV:

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.

4.1. Presentación de resultados.

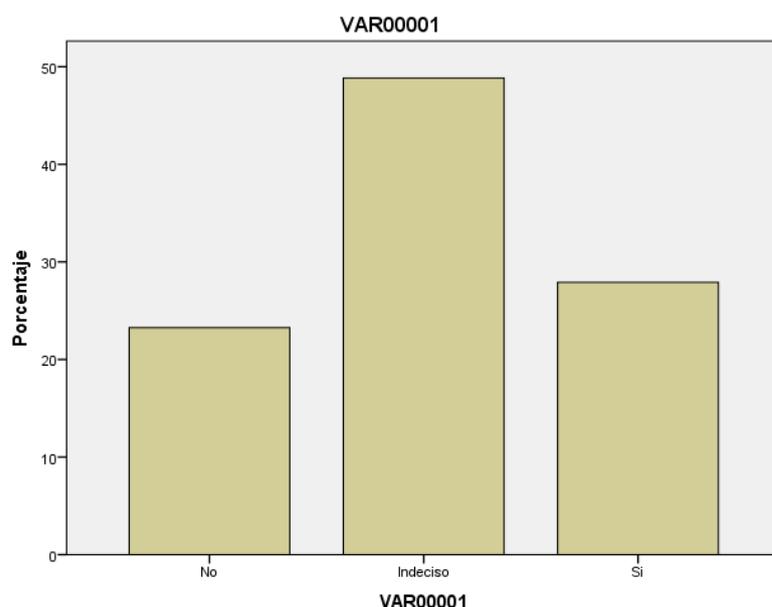
A continuación se presentan las tablas y gráficos que muestran los resultados obtenidos, mediante la aplicación del cuestionario en la muestra (43) de estudio seleccionado, constituido por trabajadores especializados de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

1. En su opinión la regulación penal del delito de tráfico de influencias facilita el proceso penal conforme a la legislación procesal penal peruana.

Tabla N° 01.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	10	23,3	23,3
	Indeciso	21	48,8	72,1
	Si	12	27,9	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 01.



Interpretación:

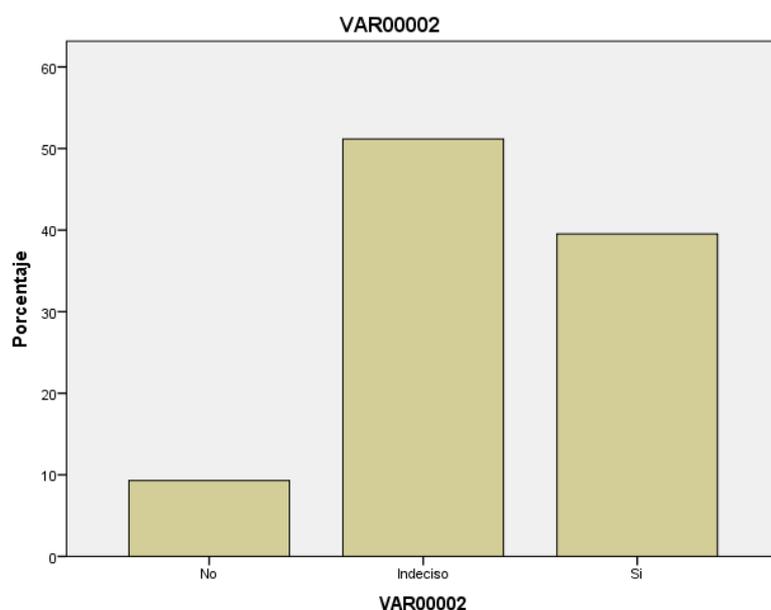
En la tabla, se muestra, que el 23.3% (10) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “la regulación penal del delito de tráfico de influencias facilita el proceso penal conforme a la legislación procesal penal peruana”. Mientras, que el 48.8% (21) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 23.3% (10) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

2. Cree que el nuevo proceso penal por delito de tráfico de influencias contribuye a una adecuada protección de la Administración Pública.

Tabla N° 02

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	4	9,3	9,3	9,3
Indeciso	22	51,2	51,2	60,5
Si	17	39,5	39,5	100,0
Total	43	100,0	100,0	

Grafico N° 02.



Interpretación:

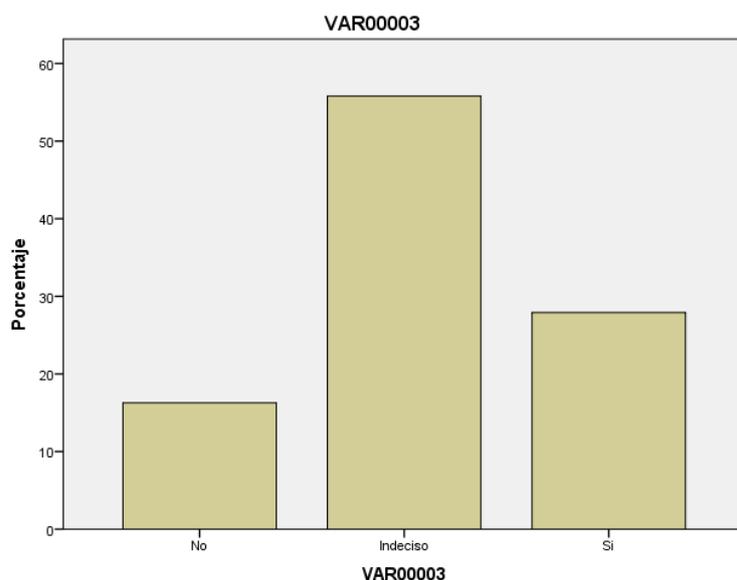
En la tabla, se muestra, que el 9.3% (4) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “el nuevo proceso penal por delito de tráfico de influencias contribuye a una adecuada protección de la Administración Pública”. Mientras, que el 51.2% (22) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 39.5% (17) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

3. El delito de tráfico de influencias que se inicia cuando el sujeto traficante invoca influencias reales o simuladas, se regula con acierto en la ley vigente.

Tabla N° 03

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	7	16,3	16,3
	Indeciso	24	55,8	72,1
	Si	12	27,9	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 03.



Interpretación:

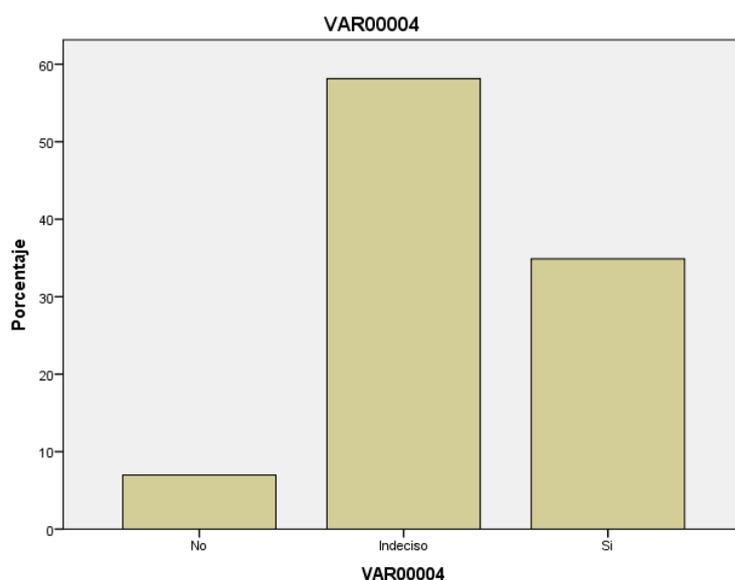
En la tabla, se muestra, que el 16.3% (7) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “El delito de tráfico de influencias que se inicia cuando el sujeto traficante invoca influencias reales o simuladas, se regula con acierto en la ley vigente”. Mientras, que el 55.8% (24) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 27.9% (12) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

4. El delito de tráfico de influencias que considera como elemento de la conducta típica al traficante que recibe, hacer dar o prometer para sí o para un tercero un beneficio patrimonial, se regula con acierto en la ley penal vigente.

Tabla N° 04

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	3	7,0	7,0
	Indeciso	25	58,1	65,1
	Si	15	34,9	100,0
	Total	43	100,0	

Grafico N° 04.



Interpretación:

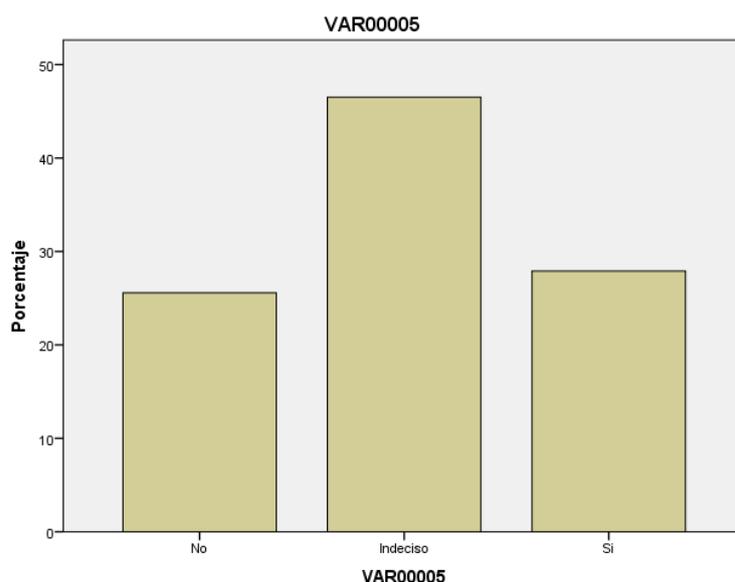
En la tabla, se muestra, que el 7% (3) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “El delito de tráfico de influencias que considera como elemento de la conducta típica al traficante que recibe, hacer dar o prometer para sí o para un tercero un beneficio patrimonial, se regula con acierto en la ley penal vigente”. Mientras, que el 58.1% (25) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 34.9% (15) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

5. El delito de tráfico de influencias que considera como elemento de la conducta típica al traficante que **ofrece interceder ante un funcionario o servidor público**, se regula con acierto en la ley penal vigente.

Tabla N° 05

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	11	25,6	25,6
	Indeciso	20	46,5	72,1
	Si	12	27,9	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 05.



Interpretación:

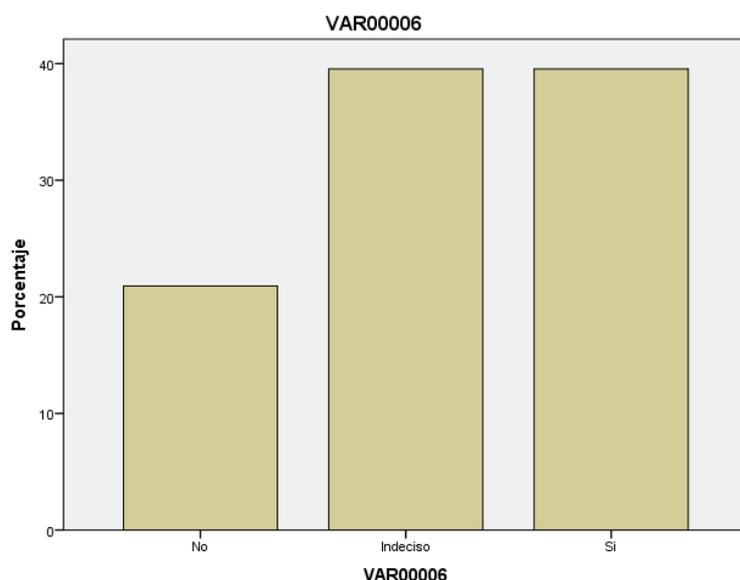
En la tabla, se muestra, que el 25.6% (11) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “El delito de tráfico de influencias que considera como elemento de la conducta típica al traficante que **ofrece interceder ante un funcionario o servidor público**, se regula con acierto en la ley penal vigente”. Mientras, que el 46.5% (20) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 27.9% (12) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

6. En su opinión, en el delito de tráfico de influencias es importante la regulación referida a la autoría y participación en la comisión del delito.

Tabla N° 06.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	9	20,9	20,9
	Indeciso	17	39,5	60,5
	Si	17	39,5	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 06.



Interpretación:

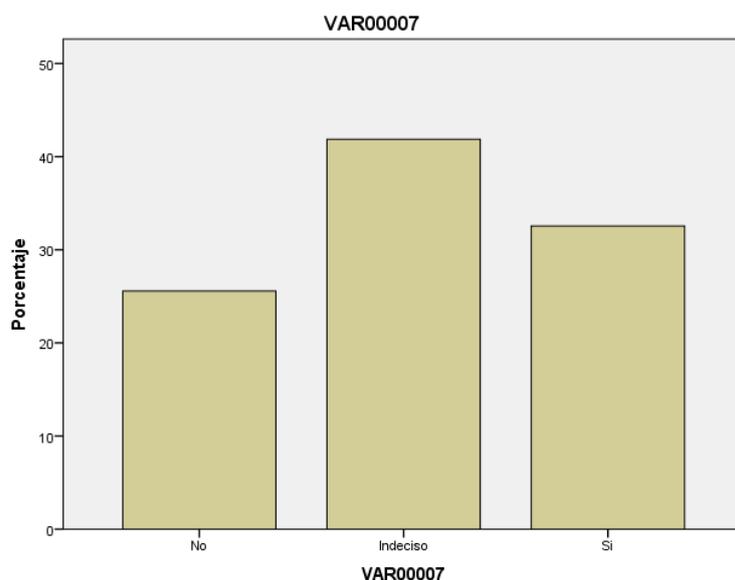
En la tabla, se muestra, que el 20.9% (9) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “en el delito de tráfico de influencias es importante la regulación referida a la autoría y participación en la comisión del delito”. Mientras, que el 39.5% (17) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 39.5% (17) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

7. Cree que en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias se debe considerar al “interesado” como cómplice en la comisión del delito.

Tabla N° 07.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	11	25,6	25,6
	Indeciso	18	41,9	67,4
	Si	14	32,6	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 07.



Interpretación:

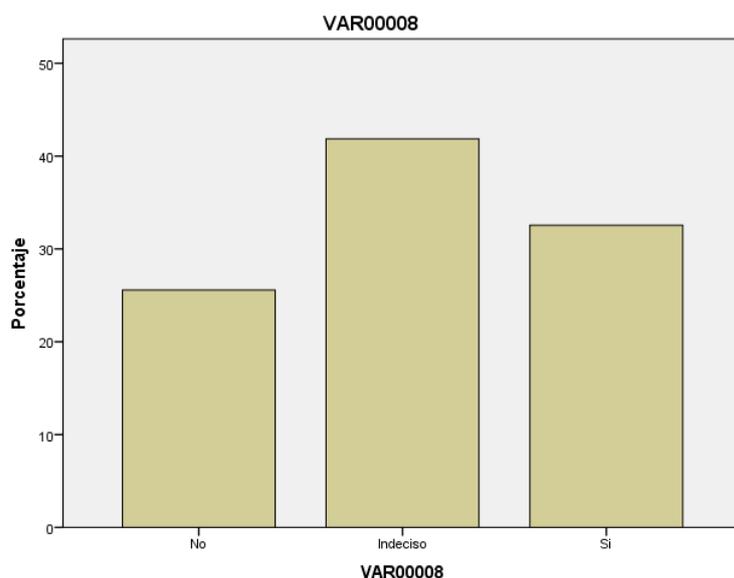
En la tabla, se muestra, que el 25.6% (11) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias se debe considerar al “interesado” como cómplice en la comisión del delito”. Mientras, que el 41.9% (18) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 32.6% (14) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

8. Cree que en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias se debe considerar al “interesado” como instigador en la comisión del delito.

Tabla N° 08.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	11	25,6	25,6
	Indeciso	18	41,9	67,4
	Si	14	32,6	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 08.



Interpretación:

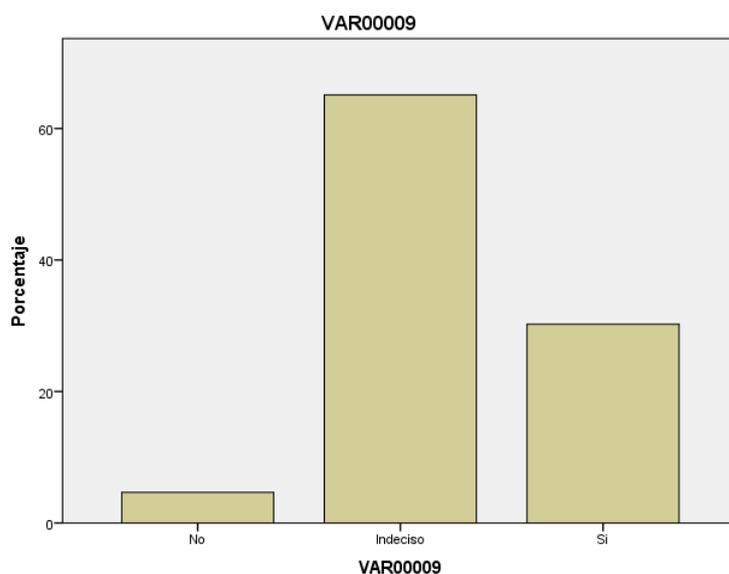
En la tabla, se muestra, que el 25.6% (11) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias se debe considerar al “interesado” como instigador en la comisión del delito”. Mientras, que el 41.9% (18) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 32.6% (14) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

9. Cree que en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias se debe considerar al “interesado” como víctima en la comisión del delito.

Tabla N° 09.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	2	4,7	4,7
	Indeciso	28	65,1	69,8
	Si	13	30,2	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 09.



Interpretación:

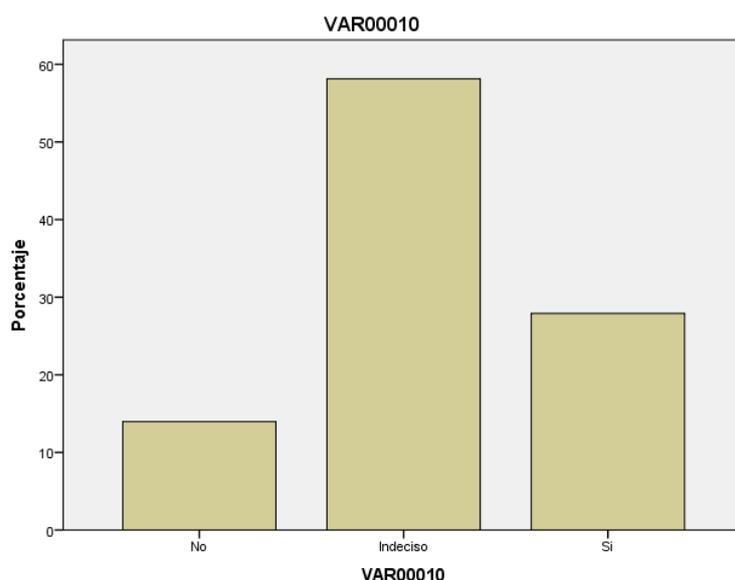
En la tabla, se muestra, que el 4.7% (2) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias se debe considerar al “interesado” como víctima en la comisión del delito”. Mientras, que el 65.1% (28) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 30.2% (13) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

10. En su opinión, el delito de tráfico de influencias es un delito de actividad, debido a ello, la conducta punible no requiere que el “traficante” haya ejercido la influencia en un caso administrativo o judicial.

Tabla N° 10.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	6	14,0	14,0
	Indeciso	25	58,1	72,1
	Si	12	27,9	100,0
	Total	43	100,0	

Grafico N° 10.



Interpretación:

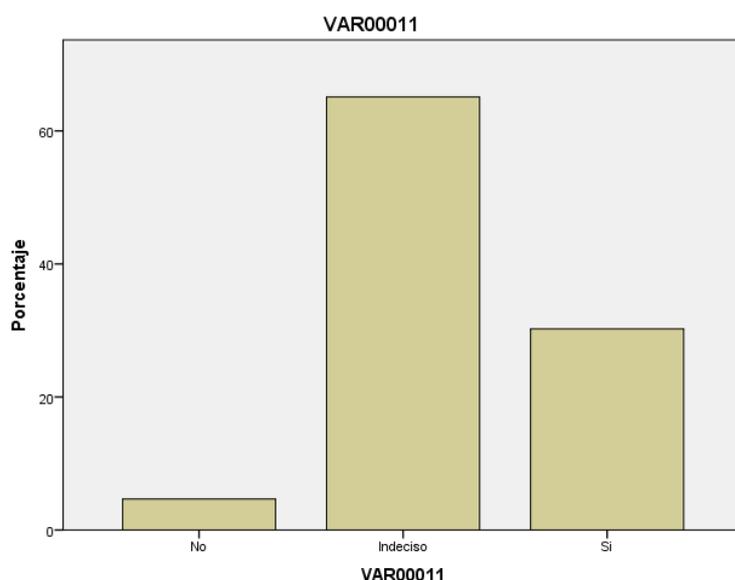
En la tabla, se muestra, que el 14% (6) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “el delito de tráfico de influencias es un delito de actividad, debido a ello, la conducta punible no requiere que el “traficante” haya ejercido la influencia en un caso administrativo o judicial”. Mientras, que el 58.1% (25) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 27.9% (12) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

11. En su opinión, la prueba documental que considera “un acuerdo de interceder” entre el “interesado” y el “traficante” contribuye a esclarecer la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias.

Tabla N° 11.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	2	4,7	4,7
	Indeciso	28	65,1	69,8
	Si	13	30,2	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 11.



Interpretación:

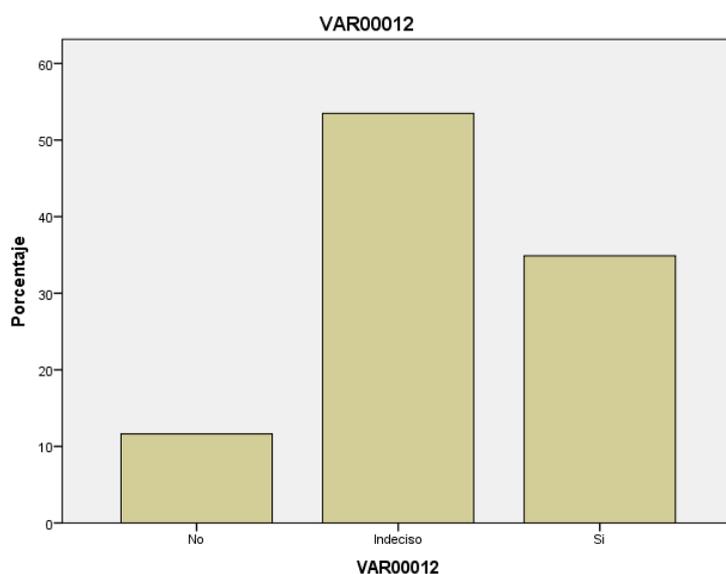
En la tabla, se muestra, que el 4.7% (2) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “la prueba documental que considera “un acuerdo de interceder” entre el “interesado” y el “traficante” contribuye a esclarecer la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias”. Mientras, que el 65.1% (28) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 30.2% (13) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

12. Los medios probatorios obtenidos mediante los actos de investigación derivados de la modalidad agente encubierto y colaborador eficaz ayudan a esclarecer la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias.

Tabla N° 12.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	5	11,6	11,6	11,6
Indeciso	23	53,5	53,5	65,1
Si	15	34,9	34,9	100,0
Total	43	100,0	100,0	

Grafico N° 12.



Interpretación:

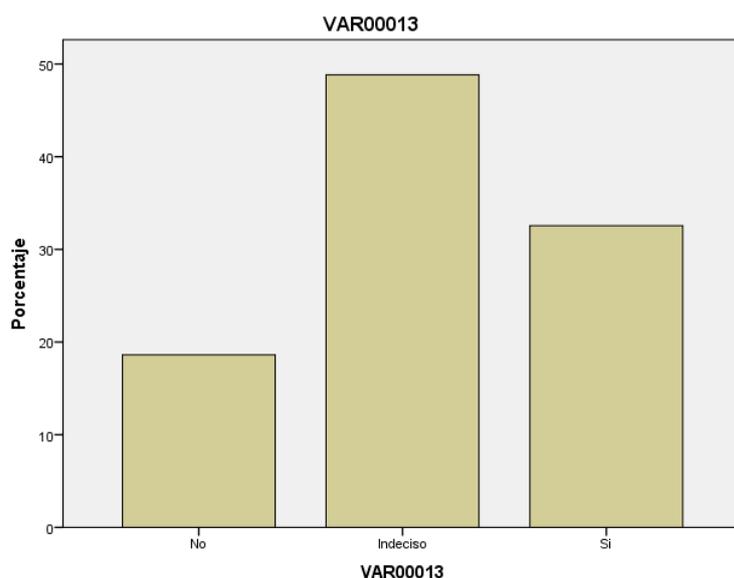
En la tabla, se muestra, que el 11.6% (5) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “Los medios probatorios obtenidos mediante la modalidad agente encubierto y colaborador eficaz ayudan a esclarecer la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias.”. Mientras, que el 53.5% (23) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 34.9% (15) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

13. En su opinión, en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias, el fiscal debe solicitar la interceptación e incautación de todo tipo de correspondencia, comunicaciones telefónicas y electrónicas.

Tabla N° 13.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	8	18,6	18,6
	Indeciso	21	48,8	67,4
	Si	14	32,6	100,0
	Total	43	100,0	

Grafico N° 13.



Interpretación:

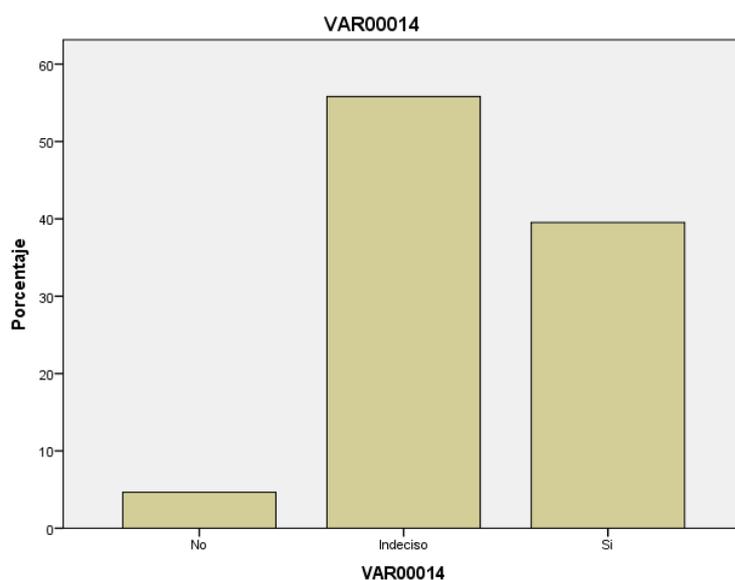
En la tabla, se muestra, que el 18.6% (8) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias, el fiscal debe solicitar la interceptación e incautación de todo tipo de correspondencia”. Mientras, que el 48.8% (21) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 32.6% (14) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

14. Considera que en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias, el fiscal debe solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario y el secreto de las telecomunicaciones.

Tabla N° 14.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	2	4,7	4,7
	Indeciso	24	55,8	60,5
	Si	17	39,5	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 14.



Interpretación:

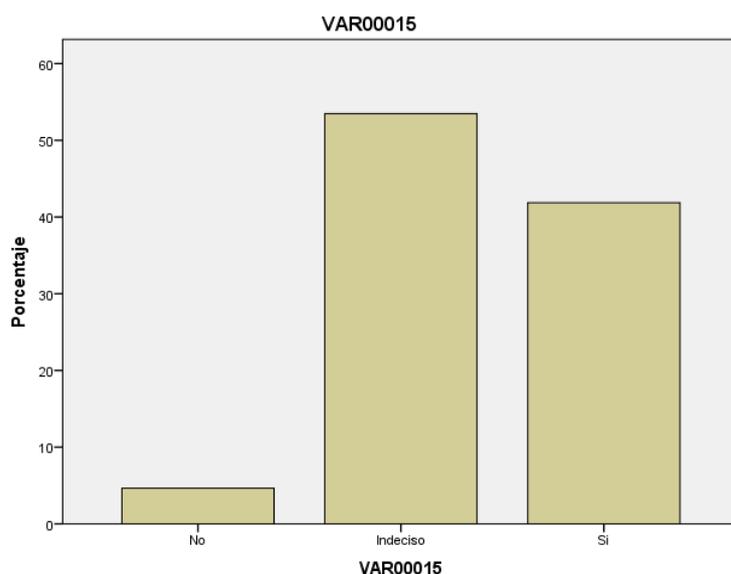
En la tabla, se muestra, que el 4.7% (2) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias, el fiscal debe solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario y el secreto de las telecomunicaciones”. Mientras, que el 55.8% (24) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 39.5% (17) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

15. Considera que en el caso de delito de tráfico de influencias, la prueba documental debe establecer el dolo directo en la comisión del delito, para determinar una responsabilidad penal.

Tabla N° 15.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	2	4,7	4,7
	Indeciso	23	53,5	58,1
	Si	18	41,9	100,0
	Total	43	100,0	

Grafico N° 15.



Interpretación:

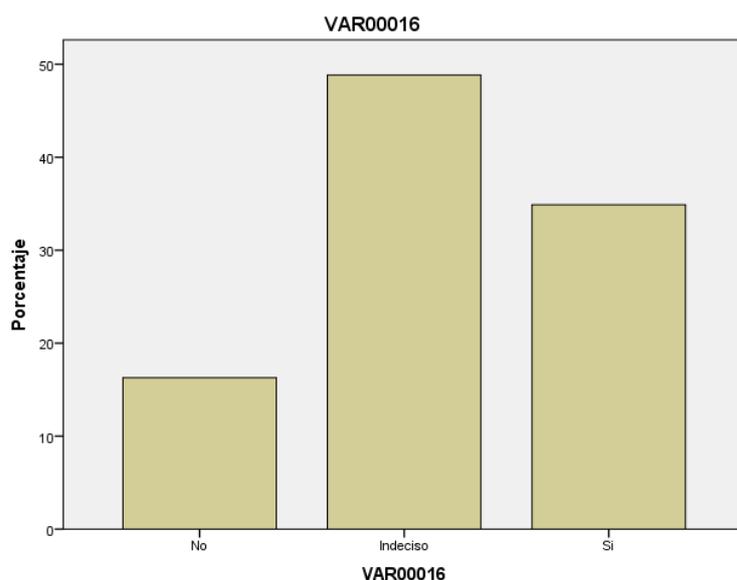
En la tabla, se muestra, que el 42.9% (21) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “Son importantes los indicios razonables y los medios probatorios en el procesamiento penal por delito de lavado de activos”. Mientras, que el 53.1% (26) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 4.1% (2) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

16. En su opinión, mediante la prueba indiciaria concurrente en cada caso, sobre el ejercicio de influencias en un caso administrativo o judicial, se debe iniciar una investigación fiscal por delito de tráfico de influencias.

Tabla N° 16.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	7	16,3	16,3
	Indeciso	21	48,8	65,1
	Si	15	34,9	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 16.



Interpretación:

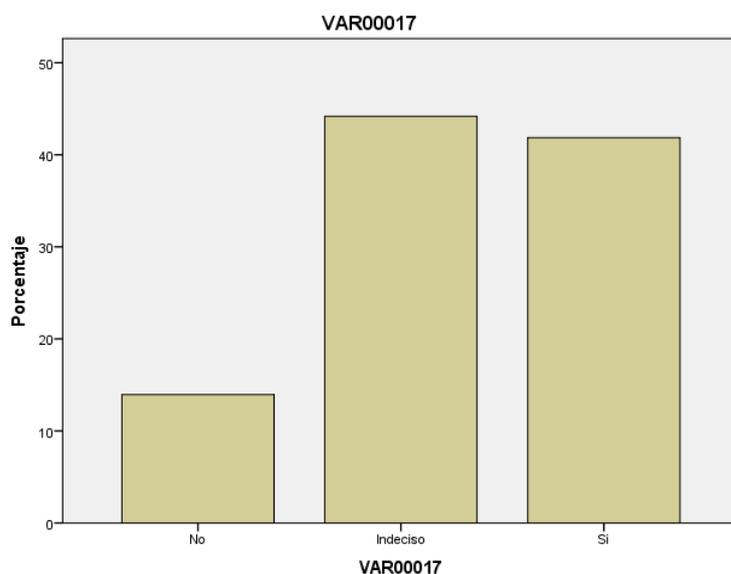
En la tabla, se muestra, que el 4.7% (2) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “en el caso de delito de tráfico de influencias, la prueba documental debe establecer el dolo directo en la comisión del delito, para determinar una responsabilidad penal”. Mientras, que el 53.5% (23) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 41.9% (18) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

17. Son importantes los indicios razonables y los medios probatorios, en el procesamiento penal por delito de tráfico de influencias.

Tabla N° 17.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
No	6	14,0	14,0	14,0
Indeciso	19	44,2	44,2	58,1
Si	18	41,9	41,9	100,0
Total	43	100,0	100,0	

Grafico N° 17.



Interpretación:

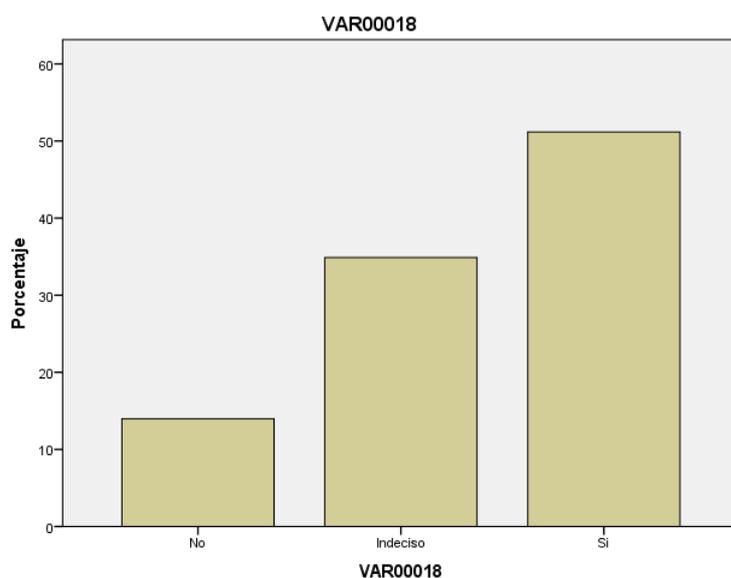
En la tabla, se muestra, que el 14% (6) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “Son importantes los indicios razonables y los medios probatorios, en el procesamiento penal por delito de tráfico de influencias”. Mientras, que el 44.2% (19) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 41.9% (18) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

18. En el delito de tráfico de influencias existen circunstancias agravantes derivada de la condición de funcionario público del traficante, que contribuyen a identificar la responsabilidad pernal.

Tabla N° 18.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	6	14,0	14,0
	Indeciso	15	34,9	48,8
	Si	22	51,2	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 18.



Interpretación:

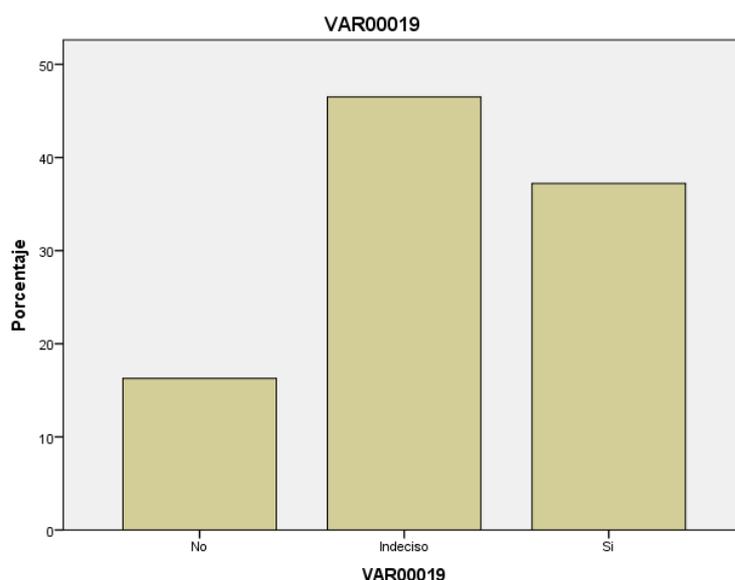
En la tabla, se muestra, que el 14% (6) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “En el delito de tráfico de influencias existen circunstancias agravantes derivada de la condición de funcionario público del traficante, que contribuyen a identificar la responsabilidad pernal”. Mientras, que el 34.9% (15) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 51.2 (22) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

19. Considera que en el caso de delito de tráfico de influencias no es necesario que se concrete el beneficio económico o la resolución influenciada como elemento de la conducta típica, para establecer una responsabilidad penal.

Tabla N° 19.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	7	16,3	16,3
	Indeciso	20	46,5	62,8
	Si	16	37,2	100,0
	Total	43	100,0	100,0

Grafico N° 19.



Interpretación:

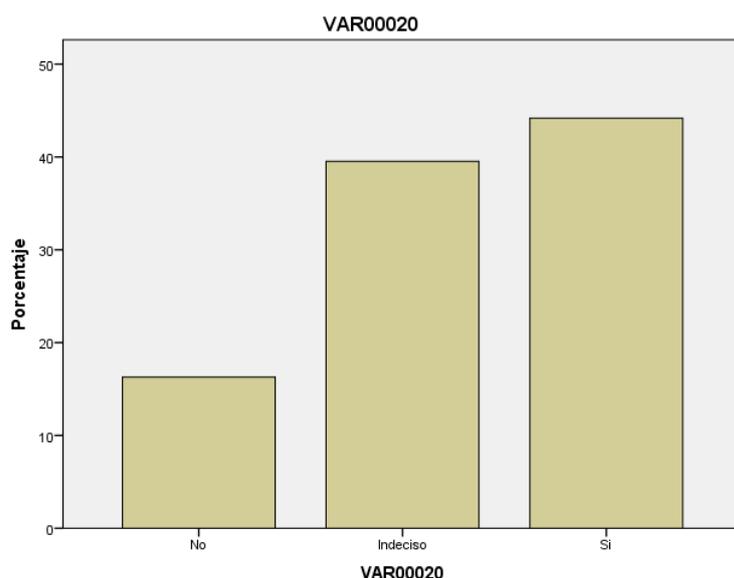
En la tabla, se muestra, que el 16.3% (7) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “en el delito de tráfico de influencias no es necesario que se concrete el beneficio económico o la resolución influenciada como elemento de la conducta típica, para establecer una responsabilidad penal”. Mientras, que el 46.5% (20) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 37.2% (16) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

20. Cree que la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias originada por una prueba indiciaria es necesaria, ya que contribuye a determinar si existe responsabilidad penal del imputado.

Tabla N° 20.

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	No	7	16,3	16,3
	Indeciso	17	39,5	55,8
	Si	19	44,2	100,0
	Total	43	100,0	

Grafico N° 20.



Interpretación:

En la tabla, se muestra, que el 16.3% (7) de trabajadores judiciales señalan que NO consideran que “la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias originada por una prueba indiciaria es necesaria, ya que contribuye a determinar si existe responsabilidad penal del imputado”. Mientras, que el 39.5% (17) de trabajadores judiciales se encuentra INDECISO. Por último, el 44.2% (19) de trabajadores judiciales SI lo considera importante.

4.2. Contrastación de la hipótesis.

Para contrastar las hipótesis de estudio, se utilizó la prueba de Correlación de Pearson ya que los datos para el análisis de datos

Hipótesis General.

Ha: El proceso penal por delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

Ho: El proceso penal por delito de tráfico de influencias NO incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

Para establecer la relación entre variables y subvariables o dimensiones, se ha hecho uso del coeficiente de Correlación de Pearson, el mismo que mide relaciones lineales de dos o más variables de la naturaleza que se miden en el presente trabajo de investigación.

Tabla Nº 21. Correlaciones de la Hipótesis general.

		X: El proceso penal por delito de tráfico de influencias	Y: Protección de la administración pública.
X: El proceso penal por delito de tráfico de influencias	Correlación de Pearson	1	.826(**)
	Sig. (bilateral)		.000
	N	43	43
Y: Protección de la administración pública.	Correlación de Pearson	.826(**)	1
	Sig. (bilateral)	.000	
	N	43	43

** La correlación es significativa al nivel 0,05 (bilateral).

Los datos obtenidos muestran una relación estadísticamente significativa de $r = 0.826$ y $p = 0.000$ (donde $p: < \text{de } 0,05$) y a una probabilidad de certeza del 95%, entre la variable independiente El proceso penal por delito de tráfico de influencias y la variable dependiente la Protección de la administración pública, conforme a la opinión de los trabajadores judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Se obtiene una significancia bilateral de 0.000 la misma que se halla dentro del valor permitido (0.05) por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis afirmativa en el sentido siguiente:

“El proceso penal por delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.”

a. Hipótesis Específica N° 01

Ha: La tipicidad objetiva por delito de tráfico de influencias incide de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

Ho: La tipicidad objetiva por delito de tráfico de influencias NO incide de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

Para establecer la relación entre variables y subvariables o dimensiones, se ha hecho uso del coeficiente de Correlación de Pearson, el mismo que mide relaciones lineales de dos o más variables de la naturaleza que se miden en el presente trabajo de investigación.

Tabla N° 22. Correlaciones de la Hipótesis Específica N° 01

		X1: La tipicidad objetiva por delito de tráfico de influencias	Y: Protección de la administración pública.
X1: La tipicidad objetiva por delito de tráfico de influencias.	Correlación de Pearson	1	.791(**)
	Sig. (bilateral)		.000
	N	43	43
Y: Protección de la administración pública.	Correlación de Pearson	.791(**)	1
	Sig. (bilateral)	.000	
	N	43	43

** La correlación es significativa al nivel 0,05 (bilateral).

Los datos obtenidos muestran una relación estadísticamente significativa de **$r = 0.791$** y **$p = 0.000$** (donde **$p < 0,05$**) y a una probabilidad de certeza del 95%, entre la dimensión primera de la variable independiente dada por la tipicidad objetiva por delito de tráfico de influencias y la variable dependiente dada por la Protección de la administración pública, conforme a la opinión de los trabajadores judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Se obtiene una significancia bilateral de 0.000 la misma que se halla dentro del valor permitido (0.05) por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis afirmativa en el sentido siguiente:

“La tipicidad objetiva por delito de tráfico de influencias incide de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.”

Hipótesis Específica N° 02.

Ha: Las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias contribuyen de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

Ho: Las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias NO contribuyen de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

Para establecer la relación entre variables y subvariables o dimensiones, se ha hecho uso del coeficiente de Correlación de Pearson, el mismo que mide relaciones lineales de dos o más variables de la naturaleza que se miden en el presente trabajo de investigación.

Tabla N° 23. Correlaciones de la Hipótesis Específica N° 02.

		X2: Las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias	Y: Protección de la administración pública.
X2: Las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias	Correlación de Pearson	1	.831(**)
	Sig. (bilateral)		.000
	N	43	43
Y: Protección de la administración pública.	Correlación de Pearson	.831(**)	1
	Sig. (bilateral)	.000	
	N	43	43

** La correlación es significativa al nivel 0,05 (bilateral).

Los datos obtenidos muestran una relación estadísticamente significativa de **$r = 0.831$** y **$p = 0.000$** (donde **$p < 0,05$**) y a una probabilidad de certeza del 95%, entre la dimensión segunda de la variable independiente dada por las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias y la variable dependiente dada por la Protección de la administración pública, conforme a la opinión de los trabajadores judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Se obtiene una significancia bilateral de 0.000 la misma que se halla dentro del valor permitido (0.05) por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis afirmativa en el sentido siguiente:

“Las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias contribuyen de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.”

c. Hipótesis Específica N° 03.

Ha: La prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias contribuye de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

Ho: La prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias NO contribuye de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

Para establecer la relación entre variables y subvariables o dimensiones, se ha hecho uso del coeficiente de Correlación de Pearson, el mismo que mide relaciones lineales de dos o más variables de la naturaleza que se miden en el presente trabajo de investigación.

Tabla N° 24. Correlaciones de la Hipótesis Específica N° 03.

		X3: La prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias	Y: Protección de la administración pública.
X3: La prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias	Correlación de Pearson	1	.925(**)
	Sig. (bilateral)		.000
	N	43	43
Y: Protección de la administración pública.	Correlación de Pearson	.925(**)	1
	Sig. (bilateral)	.000	
	N	43	43

** La correlación es significativa al nivel 0,05 (bilateral).

Los datos obtenidos muestran una relación estadísticamente significativa de **$r = 0.925$** y **$p = 0.000$** (donde **$p < 0,05$**) y a una probabilidad de certeza del 95%, entre la dimensión tercera de la variable independiente dada por la prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias y la variable dependiente dada por la Protección de la administración pública, conforme a la opinión de los trabajadores judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Se obtiene una significancia bilateral de 0.000 la misma que se halla dentro del valor permitido (0.05) por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis afirmativa en el sentido siguiente:

“La prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias contribuye de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.”

d. Hipótesis Específica N° 04.

Ha: La prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

Ho: La prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias NO incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

Para establecer la relación entre variables y subvariables o dimensiones, se ha hecho uso del coeficiente de Correlación de Pearson, el mismo que mide relaciones lineales de dos o más variables de la naturaleza que se miden en el presente trabajo de investigación.

Tabla N° 25. Correlaciones de la Hipótesis Específica N° 04.

		X4: La prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias	Y: Protección de la administración pública.
X4: La prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias	Correlación de Pearson	1	.781(**)
	Sig. (bilateral)		.000
	N	43	43
Y: Protección de la administración pública.	Correlación de Pearson	.781(**)	1
	Sig. (bilateral)	.000	
	N	43	43

** La correlación es significativa al nivel 0,05 (bilateral).

Los datos obtenidos muestran una relación estadísticamente significativa de **$r = 0.781$** y **$p = 0.000$** (donde **$p < 0,05$**) y a una probabilidad de certeza del 95%, entre la dimensión tercera de la variable independiente dada por la prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias y la variable dependiente dada por la Protección de la administración pública, conforme a la opinión de los trabajadores judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Se obtiene una significancia bilateral de 0.000 la misma que se halla dentro del valor permitido (0.05) por lo que se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis afirmativa en el sentido siguiente:

“La prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.”

4.3. Discusión de resultados.

Los desarrollos recientes de la jurisprudencia nacional sobre el tráfico de influencias se han focalizado en torno a algunos problemas hermenéuticos:

4.3.1. Respecto a la conducta prohibida en el delito de tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencias se encuentra contemplado en el artículo 400° del Código Penal que establece lo siguiente:

“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 pública que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.”

Como se puede apreciar, el artículo 400 sanciona la conducta cometida tanto por particulares como por funcionarios públicos –agravando la pena cuando el hecho es cometido por estos últimos-. En otras palabras, esta figura delictiva presenta una modalidad básica que constituye un delito común, y también una modalidad agravada que implica un delito especial, en vista de que se exige que el sujeto activo tenga calidad de funcionario público.²⁹⁹ Es importante tener en cuenta que en el caso concreto, Aurelio Pastor habría incurrido en el delito de tráfico de influencias en calidad de particular y no de funcionario público, pues no ocupaba ya ningún cargo en la administración pública cuando se dieron los hechos en cuestión.

²⁹⁹ MONTOYA VIVANCO, Yván y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 111.

Con respecto al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, se puede decir que este delito no sanciona el mero hecho de poseer influencias ya que todas las personas, en virtud de su desarrollo profesional y personal que implique la construcción de cierto prestigio, puede reportar cierto grado de influencia sobre las demás personas. Por el contrario, el delito tipificado en el artículo 400° CP sanciona el invocar las influencias (existan estas o no) con la finalidad de tergiversar el correcto funcionamiento de la administración pública³⁰⁰. Respecto al bien jurídico protegido, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto señalando que:

“Al respecto, desde el Derecho Penal se ha entendido que la tipificación de actos de Tráfico de influencias supone una suerte de adelantamiento de la corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa [SAN MARTÍN y otros. Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 27]. De este modo, queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de Actos de personas que busquen influir negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos.”³⁰¹

Así, puede afirmarse entonces que lo que se busca con este tipo penal es evitar que se influya en las decisiones de funcionarios públicos judiciales o administrativos de manera que estos defrauden sus deberes de imparcialidad y objetividad poniendo por encima de los intereses generales de los administrados, los intereses particulares de los involucrados en este delito. De esta manera, el bien jurídico específicamente protegido por el delito en análisis es “la institucionalidad de la administración pública”, la cual debe ser entendida como el conjunto de principios, deberes y valores que constituyen la labor de

³⁰⁰ GUIMARAY MORI, Erick. El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad. En: MONTOYA VIVANCO, Yván (editor). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 104.

³⁰¹ Exp. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012.

los funcionarios públicos. Si esta institucionalidad no es protegida, la administración pública -administración de justicia en concreto- sería vista como débil e influenciable por intereses personales ilegítimos.³⁰² Es imperativo no confundir esta institucionalidad con la imagen o el “prestigio” de una entidad pública pues el prestigio es producto de una valoración eminentemente subjetiva que no puede ser abarcada por la protección del Derecho Penal.

Por otra parte, a nivel jurisprudencial se ha considerado que:

“nos encontramos ante un delito de peligro, donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito. Por ello, (...) el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de intersección y de la resolución que se obtenga pierde significatividad [sic] sustantiva (...) la puesta en peligro del bien jurídico se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación.”³⁰³

Con respecto a la conducta típica, basta con invocar influencias referidas a la posibilidad de interceder ante determinado funcionario público para considerar consumado el delito. No es necesario que se culmine con un acuerdo de intercesión entre quien influye y el interesado, pues no estamos ante un delito de participación necesaria. No importa tampoco, para la consumación del delito, si las influencias que invoca el sujeto activo son reales o simuladas. En este sentido, no debería entenderse nunca que el delito se encuentra cometido cuando el funcionario público al que las influencias del sujeto activo hacen referencia termina actuando o cumpliendo el favor solicitado de manera efectiva por el agente. En torno a este punto, la jurisprudencia peruana también se ha manifestado en el siguiente sentido:

³⁰² GUIMARAY MORI, Erick. Op. Cit. pp. 105-106.

³⁰³ Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013.

“El delito de tráfico de influencias exige que el sujeto activo invoque influencias reales o simuladas -no se requiere el ejercicio efectivo de las influencias-”³⁰⁴.

Entonces, basta solo con que el sujeto activo invoque las influencias ante el supuesto interesado.

4.3.2. Respecto a los elementos típicos del delito de tráfico de influencias.

En suma, en el precedente jurisprudencial del 21 de mayo de 2007³⁰⁵ —caso Palacios Villar— la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, siguiendo los planteamientos de Hurtado Pozo, sostiene en forma atinada que el delito de tráfico de influencias previsto y sancionado en el artículo 400” del Código Penal tiene como elementos típicos;

a) al traficante de influencias —que incluso, como en el presente caso, es un funcionario público (sujeto activo)—; b) al Estado, en tanto los comportamientos descritos en el tipo legal tienen que ver con el funcionamiento de la administración pública, con la necesidad de que esta goce de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades en aras de la afirmación de la garantía constitucional de igualdad — sujeto pasivo—; c) la invocación de influencias del sujeto activo en cuanto se tiene capacidad para demandar ayuda a un funcionario público entendido como la capacidad —posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada (medio delictivo)—; d) el ofrecimiento de influir en funcionarios que han conocido o están conociendo un caso judicial o administrativo, esto es, realización sucesiva o simultánea de actos de intercesión o de intermediación (prestación del agente); y e) la obtención de beneficios, sean patrimoniales o no patrimoniales (contraprestación por la influencia).

4.3.3. En relación a la autoría y participación en la comisión del delito.

De la redacción del tipo penal se concluye que el tercero interesado de modo alguno puede ser considerado como autor o coautor del delito en análisis. No

³⁰⁴ R.N. 2218-2005, Ejecutoria Suprema del 10 de abril de 2006.

³⁰⁵ Exp. N° 06-2007-A.V., Sala Penal Especial de la Corte Suprema, artículos 17° CPP y 34°.4 LOPJ. Ponente: Dr. San Martín Castro.

obstante, en el supuesto que el tercero interesado actúe con conocimiento y voluntad del tráfico de influencias que incentiva, será inductor del delito debido a que se daría el supuesto debidamente previsto en el artículo 24° del Código Penal. En efecto, en este supuesto el agente actúa dolosamente para determinar al traficante a cometer el hecho punible, correspondiéndole en consecuencia la misma pena que al traficante. Todo dependerá de la forma y circunstancias en que actuaron los actores en el desarrollo de la conducta punible. Y esto solo se evidenciará luego de la investigación de los hechos que realice el Ministerio Público.

Este planteamiento ha sido recogido y aplicado en la ejecutoria suprema del 9 de julio de 2003. En efecto, allí se argumentó que “desvirtuando los alegatos de inocencia de la procesada y su coprocesado en el sentido de no haber recurrido a su coprocesado para beneficiarse Con la obtención de resoluciones judiciales que terminaron favoreciendo al hermano de la primera para acceder al beneficio penitenciario de semilibertad y al segundo en el proceso civil sobre ejecución de garantía seguido con el Banco de Crédito del Perú; argumentos que no resultan creíbles, como se verifica de autos, va que el procesado ha relatado detalladamente en su declaración instructiva, la forma y circunstancias como los anteriores le solicitaron su intervención e influencia ante las autoridades que conocían dichos casos, versión ratificada con la declaración prestada por la testigo; que resulta obvio que conviviendo la procesada con el jefe del SIN durante aproximadamente seis años, conocía las actividades de este último, a quien además conoció en el propio Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde ella trabajó, y, por ende era imposible que no estuviera al tanto de la reputación de dicha persona, y como era de conocimiento público de que era el jefe de facto de la referida entidad estatal, es por ello, que aprovechando la especial situación en que se encontraba, al ser conviviente del poderoso traficante de influencias, dolosamente lo determina o instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtener resoluciones judiciales favorables a su hermano y a su tío político y coencausado, lo que en efecto así sucedió”³⁰⁶.

³⁰⁶ R.N. N° 1401-2003-Lima (PEREZ ARROYO, La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, cit, T. II, p. 1522).

4.3.4. En cuanto al riesgo permitido y el ejercicio profesional del abogado

El abogado tiene el deber de proteger y garantizar los intereses de su cliente a partir de una serie de principios y valores que deben regir y orientar un correcto desempeño del ejercicio de su profesión. Es así que, alrededor del profesional de Derecho se identifican valores como el respeto, diligencia, veracidad, lealtad, justicia, integridad, responsabilidad, entre otros³⁰⁷. Y ello en cuanto la actuación de un abogado debe respetar ciertos estándares dentro del marco legal vigente.

Cada uno de dichos valores se traduce en reglas prácticas para el ejercicio de la profesión del abogado. Así pues, por ejemplo, debe existir respeto en relación con el cliente, así como con las otras partes involucradas en el proceso; el deber de diligencia implicará que la asesoría sea de calidad; veracidad tanto en la información que el abogado proporciona al cliente sobre la situación legal en la que se encuentra, así como las posibles acciones a adoptar para salvaguardar sus intereses; lealtad frente al cliente; mientras que el deber de justicia deberá ser entendido como “el respeto del marco constitucional vigente y los principios en que se sustenta”. Es en el valor de justicia en el que encontramos un deber esencial en el ejercicio profesional del abogado: el patrocinio debido.

El patrocinio exige que la prestación de servicios legales [se realice] dentro del marco legal permitido. Como regla práctica, el abogado no puede utilizar medios indebidos para alcanzar la satisfacción de los intereses de su cliente, como bien podría ser el uso de recursos manifiestamente infundados para dilatar el proceso, la destrucción u ocultamiento de pruebas, o la invocación de influencias.

Con respecto a este último aspecto, se entiende que “el abogado debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pudiera influir indebidamente en el tiempo o el modo de resolver por parte de la autoridad. No debe utilizar

³⁰⁷ BOZA Beatriz y Del Mastro Fernando. Valores en el perfil del abogado. Revista IUS ET VERITAS No. 39, P. 9

medios que representen una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad, ni permitir que el cliente lo haga”³⁰⁸. El ejercicio de una influencia indebida por parte de un abogado no solo se traducirá en la inducción a error de los órganos de administración de justicia, sino también cuando estas se ejerciten mediante dádivas, o apelando a amistades o vínculos en el interior del sistema de administración de justicia.

Cuando un abogado emplea medios indebidos, utilizando, por ejemplo, influencias para conseguir un resultado en un determinado proceso, afecta la imagen de la profesión de abogado ante la sociedad.

Debido a ello, es importante analizar si su conducta es acorde con los valores que inspiran la profesión del abogado, o si por el contrario contravienen los mismos generando un riesgo prohibido en contra de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Al respecto, debemos recordar en primer término que, al establecerse la relación abogado-cliente, el abogado suscribe un contrato de prestación de servicios profesionales con la finalidad de asumir la defensa de los intereses del cliente. En virtud de tal acuerdo, el abogado recibirá sus honorarios bajo la condición de que influya sobre una autoridad judicial o administrativa para alcanzar una decisión favorable a su patrocinado³⁰⁹.

Sin embargo, dicha influencia debe encontrarse dentro del marco permitido por nuestro ordenamiento jurídico, y esta se conseguirá en tanto el abogado pueda argumentar con solidez la postura que defiende, mediante el uso o empleo de argumentos jurídicos sólidos y coherentes. Estos podrán ser fortalecidos en base a los conocimientos adquiridos, la práctica de la profesión y las habilidades que haya podido desarrollar. Sólo así estaríamos ante un

³⁰⁸ BOZA, Beatriz y CHOCANO, Christian. Patrocinio debido: Medios que pueden emplearse. En: Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho. THEMIS. Lima, 2008, p.194.

³⁰⁹ Este será el supuesto normal de interacción social del abogado en su ejercicio profesional, es decir, el riesgo permitido. Sobre el riesgo permitido: JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho Penal. Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1996.

verdadero comportamiento neutral, propio de la profesión de abogado y dentro de lo socialmente aceptado.

En el caso de Aurelio Pastor, se apela a la existencia de ciertos vínculos de amistad en el Jurado Nacional de Elecciones para favorecer a Corina De la Cruz Yupanqui en el proceso de vacancia en el que se encuentra. Ello no solo supone una afectación al deber ético de patrocinio debido de Pastor como abogado, sino además la creación de un riesgo prohibido en contra del bien jurídico protegido por el tipo penal de tráfico de influencias: la institucionalidad de la Administración Pública. Así pues, la invocación de influencias en este caso particular va a generar que se perciba a la Administración Pública como transable, endeble y en donde la existencia de influencias va a pesar sobre su capacidad de investigar y administrar justicia.

4.3.5. En lo referido a los medios de prueba en el proceso penal.

La prueba está directamente vinculada con los diversos objetivos y conceptos que el proceso judicial puede cumplir³¹⁰. Durante la Edad Antigua y Media, el Derecho procesal era un mecanismo inquisitivo que tenía por objetivo la búsqueda de la verdad a cualquier precio.

Sin embargo, el modelo actual de Estado Constitucional de Derecho exige mecanismos que garanticen los derechos del imputado y construyan, a la vez, barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal³¹¹. La verdad de los hechos en litigio ya no es un objetivo en sí mismo ni un propósito final del proceso, sino una condición necesaria para que se logre el verdadero objetivo del proceso: una decisión justa y legítima³¹².

En el caso del proceso penal, Roxin señala que la meta es lograr una decisión sobre la punibilidad del imputado que sea materialmente correcta, obtenida conforme al ordenamiento jurídico procesal y que restablezca la paz social³¹³. Así, en un proceso penal propio de un Estado de Derecho Constitucional, la

³¹⁰ TARUFFO, Michel. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008. p.20.

³¹¹ ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. p. 2.

³¹² TARUFFO, Michel. Ob. Cit. p. 23

³¹³ ROXIN, Claus. Loc. Cit.

protección de los derechos fundamentales de las partes no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica.

En este contexto, queda excluido todo medio probatorio que haya atentado contra los derechos fundamentales del imputado, en la medida que valorar un instrumento así implicaría una decisión ilegítima. Así, nuestra Jurisprudencia ha definido a la prueba prohibida o ilícita como aquella cuya obtención o actuación lesiona derechos fundamentales o que viola normas constitucionales, de modo que dicha prueba deviene en inutilizable³¹⁴. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que “todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido o incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo” y que “carecen de efecto legal las prueba obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Ahora bien, en el caso concreto se podría discutir la licitud de la prueba desde dos escenarios. Por un lado, se podría cuestionar la licitud de la grabación hecha por Corina De la Cruz Yupanqui como medio de prueba, toda vez que podría implicar una vulneración a los derechos a la intimidad, secreto o inviolabilidad de las comunicaciones.

Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha señalado que en el caso de que uno de los interlocutores de la conversación contenida en la grabación sea quien pone al descubierto el diálogo, se deberá tomar el medio de prueba como legítimo. En estos casos, no se lesionan los derechos antes señalados. En esta medida el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en Trujillo ha señalado lo siguiente:

«Admitir la Teoría del riesgo, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc.

³¹⁴ R.N. 05-02-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de mayo de 2007

Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas. Se reconoce que en el caso del agente encubierto, existe fuerte oposición pues se recusa el valor probatorio de la prueba obtenida a través del engaño al inculpado. Sin embargo, dada la popularidad de esta metodología de la investigación en los delitos contemporáneos, los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables. Asumen, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, grabadas o infiltradas». (el resaltado es nuestro)³¹⁵

Como vemos, en el presente caso es claro que estamos ante una prueba lícita, toda vez que Aurelio Pastor Valdivieso, como interviniente de la conversación con la señora De la Cruz Yupanqui, asumió voluntariamente el riesgo de delación de la conversación.

Por otro lado, se podría señalar que estamos ante una prueba ilícita en la medida de que la señora De la Cruz Yupanqui habría inducido a Aurelio Pastor a dar un testimonio autoincriminatorio. En otras palabras, estaríamos ante una prueba prohibida al haber, supuestamente, utilizado un método de prueba que lesione la voluntad del imputado. Aquí ya no se pondría en duda la licitud de la grabación como medio de prueba, sino el actuar de la señora de la Cruz

³¹⁵ En este mismo sentido: Exp.21-2001, Ejecutoria Suprema emitida el 3 de febrero de 2001 y el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en Trujillo.

Yupanqui como método para obtener la fuente de prueba³¹⁶. Estamos ante actos que, al utilizar un medio que limita la libertad y/o espontaneidad del comportamiento del imputado devienen en inutilizables.

Es claro que toda declaración obtenida por un método que de algún modo anule, limite o disminuya la voluntad y capacidad de autodeterminación de la persona que emite la declaración.

En el presente caso, las declaraciones prejudiciales hechas por Aurelio Pastor no fueron obtenidas a través de violencia o error, en la medida que él tenía absoluta libertad y conocimiento sobre lo que ofrecía a la señora De la Cruz. En otras palabras, la señora De la Cruz no utilizó la tortura, la amenaza, el detector de mentiras, la hipnosis por narcoanálisis u otro mecanismo que pueda al menos disminuir la libertad y la capacidad de autodeterminación de Aurelio Pastor.

³¹⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2 Edición. Barcelona: Bosch, 2004. p.35.

CAPITULO V:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1. CONCLUSIONES.

a. Los datos obtenidos como producto de la recopilación de datos y la posterior contrastación de hipótesis permiten establecer que la tipicidad objetiva por delito de tráfico de influencias incide de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

b. Se ha llegado a demostrar que las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias contribuyen de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

c. Se ha establecido mediante los datos recopilados que la prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias contribuye de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

d. Los datos obtenidos permitieron demostrar que la prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

e. En conclusión, se ha llegado a determinar que el proceso penal por delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.

5.2. RECOMENDACIONES.

PRIMERO: El tema de la participación es fundamental para la reducción de la corrupción; por ello se propone la consolidación de agentes consensuados, criterios de decisión objetivos y rendición de cuentas muy estrictas. De esta manera, se debe promover la aplicación de múltiples estrategias para reducir la corrupción centradas en las Administraciones públicas, tales como reducir la discrecionalidad, aumentar la transparencia y la publicidad de las decisiones públicas, mejorar el control administrativo y patrimonial de los recursos públicos y privados.

SEGUNDO: En cuanto al tema de la autoría y participación, es necesario establecer que los delitos contra la Administración Pública no pueden estar basados en la mera infracción de deberes, pues se consagraría un bien jurídico de naturaleza meramente institucional que excluiría a los ciudadanos y por tanto correspondería en mayor medida a una visión autoritaria del poder. Sin embargo, no puede negarse que si bien los deberes del cargo no constituyen la esencia del bien jurídico, si tienen particular importancia para la determinación de otros aspectos como la autoría. En este sentido, la infracción del deber es fundamental para la determinación de la responsabilidad penal pero no es suficiente para la misma, pues si así lo fuera, en palabras de ROXIN, no podría pensarse por ejemplo a los *extranei* en los delitos de infracción de deber.

TERCERO: El núcleo del medio reprochable del tráfico de influencias se encuentra en el ataque o afectación a la libertad del funcionario que tiene que adoptar en el ejercicio de su cargo una decisión motivada por intereses ajenos a los públicos o como lo ha entendido la doctrina: predominio o fuerza moral sobre un funcionario público de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida. No cualquier influencia puede ser considerada como punible por el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario se violaría el principio de intervención mínima o se establecerían como típicas conductas adecuadas socialmente. La influencia debe ser concreta, no difusa, como podría ser la existencia de conversaciones o de encuentros.

CUARTO: La ponderación entre los principios de jerarquía y objetividad resulta fundamental en la interpretación del delito de tráfico de influencias pues la consecuencia de una aplicación del primero es el deber de obediencia, cuyo incumplimiento implica no solamente consecuencias disciplinarias sino también penales: (i) una mera orden del superior a un inferior no conculca el principio de imparcialidad y por ello no puede ser constitutiva del delito de tráfico de influencias; (ii) la ponderación entre los principios de imparcialidad y jerarquía requiere del análisis específico de la rama en la cual se presente; (iii) es necesario analizar la posición específica del funcionario que da la orden, por ello una orden de un funcionario a su inferior inmediato se encuentra dentro del riesgo permitido.

QUINTO: El cumplimiento de determinados deberes de conducta de los funcionarios públicos coloca la actuación de los funcionarios públicos dentro del riesgo permitido: (i) el principio de eficacia determina la permisividad de las órdenes dadas en pro del antiformalismo, de la ejecutividad de los actos administrativos y el ejercicio de las facultades de autotutela; (ii) el principio de jerarquía determina la permisión de las órdenes lícitas que se presenten en el marco de las relaciones jerárquicas directas entre un funcionario público y sus inferiores jerárquicos; (iii) por el principio de desconcentración se permite el ejercicio de competencias por parte de órganos administrativos pertenecientes a una misma unidad o entidad administrativa; (iv) por el principio de coordinación la mera interacción entre funcionarios de diversas

administraciones públicas no es constitutiva de tráfico de influencias, por lo cual una mera recomendación de un funcionario de una entidad al de otra en el marco de sus funciones públicas no es constitutiva de este delito; (v) por los principios de sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico, de legalidad y jerarquía normativa se encuentran dentro del riesgo permitido todas las órdenes realizadas en cumplimiento de una ley.

SEXTO: Es necesario tener en cuenta algunas premisas en relación con el conflicto entre el principio de imparcialidad y el principio de jerarquía, que determina diversas consecuencias también aplicables: (i) En virtud de los principios de eficacia y jerarquía no cualquier orden puede considerarse como influencia, es necesario que se realice abusando del cargo y no como una orden lícita que se presente en el marco de las relaciones jerárquicas; (ii) De acuerdo al principio de desconcentración se permite el ejercicio de competencias por parte de órganos administrativos pertenecientes a una misma unidad o entidad administrativa; (iii) por el principio de coordinación la mera interacción entre funcionarios de diversas administraciones públicas no es constitutiva de tráfico de influencias.

SÉTIMO: La mera ejecución de la conducta no basta para la comisión del delito de tráfico de influencias, pues para ello también es necesario que la conducta aumente el riesgo del principio de imparcialidad, para cuya determinación es preciso tener en cuenta la relación entre el principio de imparcialidad y la igualdad ante la ley y el grado de riesgo para constreñir la libertad de los funcionarios públicos.

OCTAVO: El delito de tráfico de influencias en Perú tiene una regulación más sencilla que en España, pues mientras en el Código Penal español esta conducta se establece en tres disposiciones, en Perú solamente se dedica una norma legal, para tal fin. Sin embargo, la sencillez con la que el Código Penal colombiano trata el delito de tráfico de influencias provoca serias lagunas de impunidad. Una cuestión relevante, es la falta de una norma expresa en lo referido a la sanción penal al “interesado”, y que se constituye como un tema que requiere un tratamiento específico en la jurisprudencia, o en la norma.

NOVENO: En el proceso penal por delito de tráfico de influencias, se requiere que las autoridades, empleen de manera oportuna el levantamiento del secreto bancario, pues existen supuestos claros de falta de transparencia como la implantación de partidas secretas, información confidencial y documentación reservada que deben levantarse, pues siempre son aprovechadas para la comisión del delito de tráfico de influencias.

DÉCIMO: Respecto a la prueba indiciaria en la comisión del delito de tráfico de influencias, es preciso establecer que el arribo a una sentencia condenatoria, vía prueba indiciaria, debe estar precedido, desde el inicio del proceso penal, de una discusión y contradicción en torno a la configuración o no de los presupuestos materiales de la prueba indiciaria, para destruir la presunción de inocencia, escenario en el que el Ministerio Público juega un rol fundamental como titular de la carga de la prueba. Dada la forma en que se realizan muchos de los actos de corrupción, sin testigos ni evidencias directas de su comisión, se presentan dificultades para su probanza. Es así que, muchas veces las únicas personas que pueden dar fe sobre la realización o no de determinados actos delictivos son los propios miembros del engranaje organizativo delictual.

UNDÉCIMO: Una nota característica del delito de tráfico de influencias cometido por funcionarios públicos radica en que, muchos de éstos, detentan poder económico o político, lo que los coloca en una condición particularmente propicia e inalcanzable para todas las demás personas de cometer, encubrir u ocultar los hechos delictivos cometidos por ellos mismos o por sus colaboradores, o para evitar ser investigado y perseguido, disponiendo incluso de los medios del Estado para estos fines. En ese sentido, la Corte Suprema ha precisado que no sólo ante la ausencia de pruebas directas cabe recurrir a la prueba indiciaria, y que ésta debe ser examinada y no simplemente enunciada, sino que hace un análisis global de los diferentes indicios que pueden presentarse en la causa. Es así que el Ministerio Público tiene una decisiva intervención en la investigación de los delitos de tráfico de influencias, correspondiéndole la carga de la prueba, proceso en el cual, la prueba

indiciaria se debe constituir como una de las principales herramientas para el éxito de las investigaciones.

DUODÉCIMO: En el ámbito penal rige, de acuerdo a lo previsto por el CPP de 2004, en el art. II de su Título Preliminar, que a efectos de declarar la responsabilidad penal de una persona se requerirá “de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”, por lo que en “caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”. Así pues, únicamente se podrá obtener una sentencia condenatoria en tanto se logre ofrecer evidencias que prueben más allá de toda duda razonable lo afirmado, contrario sensu, se deberá absolver. Tal convencimiento al juzgador sobre la existencia del hecho que funda la decisión de condena se hace, por lo general, con pruebas directas que acrediten el hecho penalmente relevante. Sin embargo, como bien indica García Caveró, el “carácter subrepticio que caracteriza ordinariamente la realización del delito, trae como consecuencia que no siempre se cuente con pruebas directas de cargo. (...) Es, en este contexto, que se entiende no sólo la utilidad, sino la suma importancia de la prueba indiciaria en la persecución penal, pues en muchos casos la actividad probatoria en el proceso penal sólo puede llevarse a cabo a través de la prueba por indicios”. Este argumento, en ningún sentido debe interpretarse en la línea de que las pruebas indirectas tengan un estándar probatorio menor, que solo se admiten porque “no hay más remedio para evitar vacíos intolerables de impunidad”, todo lo contrario, en la actualidad se entiende que la prueba por indicios correctamente aplicada es tan fuerte y eficaz como cualquier otro medio probatorio. Por ello, en nuestro contexto nacional la citada modalidad probatoria tampoco debe ser tomada a menos, ya que el CPP de 2004, vigente en los casos de delitos contra la administración pública, en su art. 158º inc. 3, ha establecido los requisitos que debe reunir la prueba por indicios, acreditando con ello la legitimidad de su uso y el pleno valor probatorio de la misma con relación al hecho criminal.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS.

- Abanto Vásquez, M. (2003). Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. 2da. edición. Lima: Ed. Palestra.
- Alcalá - Zamora y Castillo, N. y Levene, R (hijo) (s/f). Derecho Procesal Penal, t. III. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda.
- Asúa Batarrita, A. (1997). Delitos contra la administración pública. Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Asencio Mellado, J. M. (1989). La prueba prohibida y prueba preconstituida. 1ª edición. Madrid: Edit. Trivium.
- Asencio Mellado, J. M. (1992). "Presunción de inocencia y prueba indiciaria". En: Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia, en Cuadernos de Derecho judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Alsina, H. (1961). Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial, t. III: Juicio Ordinario. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar Editores.
- AA.VV. (2001). Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología. Madrid: UNED.
- Bacacorso, G. (1997). Tratado de Derecho Administrativo, T. I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Belloch Julbe, J. A. (1992). "La prueba indiciaria". En: AA.VV. *La sentencia penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Benavente Chorres, H. y Calderón Valverde, L. (2012). Delitos de corrupción de funcionarios. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Beling, E. (1943). Derecho proceso penal. Barcelona: Editorial Labor.
- Blanco Lozano, C. (2005). Tratado de derecho penal español, II, El sistema de la parte especial. Vol. 1, Delitos contra bienes jurídicos individuales. Barcelona: J. M. Bosch.
- Boza, B. y Del Mastro, F. (2009). Valores en el perfil del abogado. Revista *Ius Et Veritas* No. 39.

- Bustos Ramírez, J. (1991). Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Barcelona: Ariel.
- Baldo Lavilla, F. "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito", en: Silva Sánchez, J. M. (ed.) (1997). Política Criminal y nuevo Derecho Penal. (Libro Homenaje a Roxin). Barcelona. pp. 358-359.
- Benlloch Petit, G. (2003). "¿Prevarica el juez que se aparta de la "doctrina consolidada del Tribunal Supremo?", RDPC, N° 11, p. 318-321.
- Boza, B. y Chocano, Ch. (2008). "Patrocinio debido: Medios que pueden emplearse." en: Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho. Lima: Themis.
- Bull, M. y Newell, J. (2003). Corruption in Contemporary Politics. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Bustos Gisbert, R. "La corrupción de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal", en Fabián Caparrós, E. (coord.) (2000). La Corrupción: aspectos jurídicos y económicos. Salamanca: Ratio Legis.
- Bustos Ramírez, J. (1991). Manual de Derecho penal, Parte especial. Barcelona: Ariel.
- Cabanellas, G. (1962). Diccionario de Derecho Usual. Madrid: Ediciones Santillana.
- Cafferata Nores, J. (1994). La prueba en el proceso penal. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Casabó Ruiz, J. (1979). Escritos penales. Valencia: Universidad de Valencia.
- Caro John, J. A. "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", en Hurtado Pozo, J. (Dir.) (2003). Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano, Anuario de Derecho Penal. Lima: Fondo Editorial de PUCP.
- Cassagne, J. C. Derecho Administrativo I, en: Danós Ordóñez, J. (Coordinador) (2008), Selección de Textos. Lima: Facultad de Derecho de PUCP.
- Catalán Sender, J. (1999). Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo CP (doctrina y jurisprudencia). Barcelona: Bayer hermanos.

- Crespo Barquero, P. y otros. (2002). Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II. Granada: Comares.
- Cuello Calón, E. (1980). Derecho Penal. Parte Especial, II. Barcelona: Bosch.
- Cugat Mauri, M. (1997). La desviación del interés general y el tráfico de influencias. Barcelona: Cedecs.
- Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.) (2011). Comentarios al Código penal Reforma LO 5/2010. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Climent Durán, C. (1999). La Prueba Penal. Valencia: Tirant lo blanch.
- Couture, E. (1941). Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial. Montevideo: Impresora Uruguaya.
- Cabello Mohedano, F. Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias, en: González Rus, J. J. (coord.) (1996). Estudios penales. Córdoba: Universidad de Córdoba,
- Donna, E. A. (2004). “El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal”, en: Revista de Derecho Penal, N° 2 —Delitos contra la Administración Pública, Buenos Aires-Santa Fe.
- Devis Echandía, H. (1984). Compendio de pruebas judiciales, t. II. Buenos Aires: Edit. Rubinzal Culzoni.
- Desimoni, L. M. (1998). La evidencia en materia criminal. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Dellepiane, A. (1981). Nueva teoría de la prueba. 8ª ed. Bogotá: Ed. Temis.
- Díaz Maroto y Villarejo, J. (2009). “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”. La ley Penal, N° 7286, Sección Doctrina, Edit. La Ley. Noviembre.
- Díaz y García Conlledo, M. (2004). Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español, en: RDUC (Managua – Nicaragua), N° 7.
- Díaz y García Conlledo, M. El delito de tráfico de influencias, en: Asúa Batarrita, A. (coord.) (1997). Delitos contra la Administración pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Díaz y García Conlledo, M. y Olaizola Nogales, I. (1996). La responsabilidad penal de los funcionarios, ROCE, N° 6. pp. 39-52.

- Díaz y García Conlledo, M. (1991). La autoría en Derecho penal. Barcelona: PPU.
- Fabián Caparrós, E., (Coord.) (2000). La corrupción: aspectos jurídicos y económicos. Salamanca: Ratio Legis.
- Fabián Caparrós, E. La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales: (anotaciones para un Derecho Penal Globalizado), en: Ferré Olivé, J. C. (2002). Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Ferrer Sama, A. (1956). Comentarios al código penal, tomo IV. Madrid: Estades Artes Gráficas.
- Ferrater Mora, J. (1984). Diccionario de Filosofía Abreviado. 15ª ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Flores Pérez, A. "El delito de tráfico de influencias", en AA. VV. (2002). Delitos contra la administración pública. Madrid: Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal.
- Florián, E. (1990). De las pruebas penales, t. II, 3ª ed. Bogotá: Edit. Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. 1ª ed. Madrid: Edit. Trotta.
- Feijoo Sanchez, B. (1999). "Delitos contra la Administración Pública en el Código penal español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas", en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año IV, N° 7/8, Lima.
- Feuerbach, P. J. (1989). Tratado de Derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi.
- Frisancho Aparicio, M. (2002). Delitos contra la Administración pública. Lima: Grijley.
- Frisch, W. "La imputación objetiva: Estado de la cuestión", en Roxin; Jakobs; Schunemann; Frisch y Kóhler (2000). Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fàbra). Madrid: Civitas.
- Frisch, W. (1995). Tipo penal e imputación objetiva (traducción a cargo de Cancio Meliá, M.; De la Gándara Vallejo, B.; Jaén Vallejo, M.; Reyes Alvarado, Y.). Madrid: Colex.
- Gálvez Villegas, T. (2001). Delito de Enriquecimiento Ilícito. Lima: IDEMSA.

- García Cantizano, M. C. (2002). "Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias al amparo del principio de legalidad en materia penal". *Actualidad Jurídica*, N° 102.
- Gómez Rivero, M. C. (1995). *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gordillo, A. (2009). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gardella, J. C. (1967). "Ficción Jurídica", en: *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XII, (Fam–Gar). Buenos Aires: Edit. Bibliográfica Argentina.
- Guimaray Mori, E. El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad. En: Montoya Vivanco, Y. (editor) (2012). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP.
- García Valencia, J. (1993). *Las pruebas en el proceso penal colombiano. (Parte General)*, 1ª edición. Colombia: Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Gimeno Lahoz, R. y Corbella Herreros, T. (1998). *Delitos contra la Administración pública, contra la Administración de justicia y contra la Constitución*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- Groizard y Gomez de la Serna, A. (1912). *El Código Penal de 1870 concordato y comentado*, T. IV. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior.
- González Cussac, J. L. La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: La prevaricación, en: AA.VV. (1996). *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Gerhard, W. (1985). "Libre Apreciación de la Prueba" (Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial). Bogotá: Edit. Temis.
- Gorphe, F. (1934). *La Crítica del Testimonio*, (traducción de Ruiz Funes), Madrid: Editorial Reus.
- Horvitz Lennon, M. I. y López Masle, J. (2002). *Derecho procesal penal chileno*, t. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hurtado Pozo, J. (2005). Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias", en *Anuario de Derecho Penal, Interpretación y aplicación de la ley penal*, Lima.

- Hegel, G. W. F. (1999). Principios de la Filosofía del Derecho, 2ª ed. (traducción a cargo de Verma, J. L.). Barcelona: Edhasa.
- Isasi Cayo, J. F. (1997). Introducción al Derecho Administrativo. Lima: Isasi & Ruiz Eldregde Abogados.
- Jakobs, G. (1995). Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación (trad. de Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). “Representación del autor e imputación objetiva” (Traducción a cargo de Carlos Suárez González), en: Estudios de Derecho penal. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”.
- Jakobs, G. (2003). “La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal”. (traducción a cargo de Cancio Meliá, Manuel), en: Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2006). La imputación objetiva en Derecho Penal. Primera Edición. Madrid: Editorial Civitas.
- Jakobs, G. “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, En: Jakobs, G. y Cancio Melia, M. (2000). El sistema funcionalista del derecho penal. Lima: Grijley.
- Jakobs, G. (2001). Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte General del Derecho penal. Bogotá Universidad Externado **de** Colombia.
- Jakobs, G. (2001). «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación», en Modernas tendencias en la Ciencia del derecho penal y en la Criminología, Actas y Congresos, UNED, pp. 619 y ss.
- Jescheck, H. H. (1981). Tratado de Derecho penal. Parte general (trad. por Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F.). Barcelona: Bosch.
- Kopnin, P. V. (1976). Lógica dialéctica. México: Grijalbo.
- Lesch, H.H. (1995). Intervención delictiva e imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Peregrin, M. C. (1997). La complicidad en el delito. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Lesch, H. (2000). “¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?”, PJ N° 57, pp. 83-84.
- Luzón Peña, D. M. (2012). Lecciones de Derecho Penal, Parte General. 2 Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Mestre Delgado, E. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, en: Lamarca Pérez, C. (2005). Derecho Penal. Parte Especial. Madrid: Colex.
- Mir Puig, C. (2000). Los delitos contra la Administración pública en el nuevo CP. Barcelona: Bosch.
- Mir Puig, S. (2002). Derecho penal. Parte general. 6ª ed. Barcelona: Reppertor.
- Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.J., “Delitos de tráfico de influencias”. En: Quintero Olivares, G. (dir.) (2011). Comentarios al Código Penal español, Tomo II. Pamplona: Aranzadi/Thomsom Reuters.
- Montenegro de Fletcher, A. (1997). Corrupción, democracia y ética. Panamá: Colecciones Iuris.
- Muñoz Conde, F. (2010). Derecho Penal. Parte Especial. 18va. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maggiore, G. (1972). Derecho penal. Parte especial, vol. V. Bogotá: Temis.
- Mans Puig Arnau, J. (1978). Lógica para juristas. Barcelona: Bosch.
- Mittermaier, K. (1979). Tratado de la prueba en materia criminal. Buenos Aires: Hammurabi.
- Martínez Arrieta, A. (1993). "La Prueba Indiciaria", en La prueba en el proceso penal, Centro de Estudios Judiciales, Colección, Cursos, vol. 12. Madrid: Ministerios de Justicia, Centro de Publicaciones.
- Mayhua Quispe, L. M. (2007). “La condición de funcionario público como fundamento de los delitos de infracción de deber” en: Jus Jurisprudencia, Octubre, N° 5, p. 175 y ss.
- Morillas Cueva, L. “Delitos contra la Administración Pública (I)”, en: Cobo del Rosal, M. (coord.) (2005). Derecho Penal Español: Parte Especial, 2ª ed. Madrid: Dykinson.
- Martínez Rave, G. (1996). Procedimiento Penal Colombiano, 1ª ed. Bogotá: Edit. Temis.

- Miranda Estrampes, M. (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2ª Edición. Barcelona: Bosch.
- Miranda Estrampes, M. (2006). “La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código procesal penal peruano de 2004”, En El Derecho procesal contemporáneo, Libro homenaje a Raúl Peña Cabrera, t. II. Lima: Jurista Editores.
- Maurach, R. (1962). Tratado de Derecho penal, tomo II (trad. de Derecho español por Córdoba Roda, J.). Barcelona: Ariel.
- Montoya Vivanco, Y. y otros (2013). Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP.
- Nolasco Valenzuela, J. y Ayala Miranda, E. (2013). Delitos contra la Administración Pública, tomo 1. Lima: Ara Editores.
- Núñez Pérez, F. V. (2001). “La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La vendita difumo en el pacto sceleris”, en Gaceta Penal, tomo 26, Agosto.
- Olsen, G. (1987). Lógica del proceso judicial. Córdoba: Marcos Lerner editora.
- Orts Berenguer, E. “Delitos contra la Administración Pública”, en AA.VV. (2004). Derecho Penal, Parte Especial. Valencia: Tirant lo blanch.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E. (1980). La prevaricación del funcionario público. Madrid: Civitas.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E. (1998). Tráfico de influencias, RJEDB, N° 5.
- Olesa Muñido, F. (1983). Estudios jurídicos en homenaje al profesor Octavio Pérez Vitoria, T. I. Barcelona: Editorial Bosch.
- Ortiz de Urbina, I. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Dir.) (2011). Penal económico y de la empresa. 1ª ed. Madrid: Ediciones Francis y Taylor.
- Peyrano, J. (1978). El proceso civil: Principios y fundamentos. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Pabón Gómez, G. (1995). La Lógica del indicio en materia criminal, 2ª ed. Bogotá: Edit. Temis.
- Perez Arroyo, M. (2006). La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, T. II, T. III. Lima: San Marcos.

- Peñaranda Ramos, E. (1990). La participación en el delito y el principio de accesoriadad. Madrid: Tecnos.
- Polaino Navarrete, M. (2011). Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, t. I. Madrid: Tecnos.
- Piña Rochefort, J. I. (2002). Rol social y sistema de imputación, Tesis doctoral inédita. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Prats i Catalá, J. (1999). Servicio civil y gobernabilidad democrática: Fundamentos institucionales del sistema de mérito y regímenes jurídicos y gerenciales requeridos para su eficiencia. De burócratas a gerentes. Las ciencias de la gestión aplicadas a la Administración del Estado. Washington D.C.: Editor Carlos Losada I Marrodán, BID.
- Queralt Jimenez, J. (2010). Derecho Penal Español. Parte Especial. Sexta edición. Barcelona: Atelier.
- Quintano Ripolles, A. (1963). Curso de Derecho Penal I. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Ramos Tapia, I. (2000). El delito de prevaricación. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rey Sanfiz, L. C. (2001). La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa" N° 13, Madrid: Dykinson.
- Rodríguez Muñoz, D.; Jaso Roldán, T.; Rodríguez Devesa, J.M. (1949). Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial. Madrid.
- Rodríguez Ramos, L. (coord.) (2005). Código Penal, concordado con jurisprudencia sistematizada y Leyes penales especiales y complementarias. Madrid: La Ley.
- Rose-Ackerman, S. Corrupción y economía global, en: Carbonell, M. y Vásquez, R. (2003). Poder, derecho y corrupción. México: Siglo XXI editores.
- Roxin, C. (1972). Política criminal y sistema de Derecho penal, Trad. De Muñoz Conde. Barcelona: Bosch.
- Reyna Alfaro, L. M. (2009). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Jurista editores.

- Rodríguez Puerta, M. J. (1999). El delito de cohecho: Problemática jurídico penal del soborno de funcionarios. Pamplona: Ed. Aranzadi.
- Rodríguez Delgado, J. (2002). “El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables?”, *Ius et Veritas*, N° 24, pp. 264-275.
- Royo-Villanova, S. (1964). El concepto de Funcionario y la relación de Función Pública en el Nuevo Derecho Español, en: *Revista de Administración Pública*, N° 44, España.
- Renard, G. (1947). *Introducción filosófica al estudio del Derecho*, t. I. Buenos Aires: Desclée.
- Roxin, C. (2001). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Rojas Vargas, F. (2001). *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª Edición. Lima: Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2002). *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra. Edición. Lima: Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*, 4ta. Edición. Lima: Grijley.
- Rojjasi Pella, C. (1997). *Ejecutorias Supremas Penales, 1993 – 1996*. Lima: Legrima Editorial.
- Rojas Vargas, F. (1999). *Jurisprudencia penal comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito: Fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- Reyes Alvarado, Y. (1992). “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° 45.
- Ruiz Antón, L. F. (1980). “El fundamento material de la pena en la participación”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 11, pp. 47 ss.
- Reaño Peschiera, J. L. (2001). “Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?”, *Ius et Veritas* N° 23, pp. 283-298.
- Reaño Peschiera, J. L. (2003). “Límites a la atribución de responsabilidad penal por defraudaciones tributarias cometidas en el ámbito empresarial”, *Ius et Veritas*, N° 26, pp. 293-308.

- San Martín Castro, C.; Caro Coria, D. C. y Reaño Peschlera, J. L. (2002). Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita para Delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. Lima: Editorial Jurista.
- Salinas Siccha, R. (2008). “El delito de tráfico de influencias en la legislación y en la jurisprudencia peruana”, en Jus Jurisprudencia N° 9, Grijley, Lima, setiembre, pp. 173-190.
- Serrano Gómez, A. y Serrano Maillo, A. (2007). Derecho Penal. Parte Especial. Madrid: Dykinson.
- Sánchez, J. (2006). Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona: Atelier.
- Sabán Godoy, A. (1991). El marco jurídico de la corrupción. Madrid: Civitas.
- Suárez – Mira Rodríguez, C. (2005). Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Madrid: Civitas.
- Salazar Sánchez, N. (2004). Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal. Lima: Jurista Editores.
- Stratenwerth, G. (1982). Derecho Penal. Parte General. El hecho Punible, Tomo I, 2ª ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Stammler, R. (1930). Tratado de filosofía del Derecho, (trad. de W. Roces de la 2ª ed. Alemana). Madrid.
- Sánchez Velarde, P. (2005). Introducción al nuevo Código procesal penal. Lima: IDEMSA.
- Serra Domínguez, M. (1969). Estudios de derecho procesal. Barcelona: Ariel.
- Sancinetti, M. (1996). “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno.” Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 3, Univ. Externado de Bogotá.
- Sancinetti, M. (2003). “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”, El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs, pp. 133-186.
- Taruffo, M. (2008). La prueba. Madrid: Marcial Pons.
- Urquiza Olaechea, J. (2002). “Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública”, en: Revista Peruana de Ciencias Penales Nro. 12, Lima.

- Valeije Alvarez, I. (1996). El Tratamiento Penal de la Corrupción del Funcionario: el Delito de Cohecho. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Velásquez Velásquez, F. (1997). Derecho Penal. Parte General, 3ª ed. Bogotá: Editorial Temis.
- Welzel, H. (1993). Derecho penal alemán. Parte General, 11º ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Yon Ruesta, R. (2002). "Tráfico de influencias. Un análisis al contenido del tipo penal", Themis, N° 45, pp. 229-242.
- Zaffaroni, E. R. (1986). Manual de Derecho penal. Parte general. Tomo II, Lima.

ANEXOS.

A. La ficha bibliográfica.

Apellido y nombre del o de los/as autores/as:
Título de la obra:
Año de edición:
Nombre de la editorial:
Nº de la edición:
Ciudad de edición:
Nº de páginas:

B. Matriz de coherencia interna.

Problemas	Objetivos	Hipótesis.
<p>Problema General. - ¿De qué manera el proceso penal por delito de tráfico de influencias incide en la protección de la administración pública conforme a la Legislación procesal Penal vigente?</p>	<p>Objetivo General. - Determinar la incidencia del proceso penal por delito de tráfico de influencias en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.</p>	<p>Hipótesis Principal. El proceso penal por delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.</p>
<p>Problemas específicos. a.- ¿De qué forma la tipicidad objetiva del delito de tráfico de influencias incide en la protección de la administración pública conforme a la Legislación procesal Penal vigente? b.- ¿De qué manera las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias contribuyen en la protección de la administración pública conforme a la Legislación procesal Penal vigente? c.- ¿De qué manera la prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias contribuye a la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente? d.- ¿En qué medida la prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias incide en la protección de la administración pública conforme a la Legislación procesal Penal vigente?</p>	<p>Objetivos específicos. a.- Precisar si la tipicidad objetiva del delito de tráfico de influencias incide en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente. b.- Establecer si las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias contribuyen en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente. c.- Determinar si la prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias contribuye en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente. d.- Establecer si la prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias incide en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.</p>	<p>Hipótesis Secundarias. a.- La tipicidad objetiva por delito de tráfico de influencias incide de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente. b.- Las formas de autoría y participación del delito de Tráfico de Influencias contribuyen de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente. c.- La prueba documental de la comisión del delito de tráfico de influencias contribuye de manera favorable en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente. d.- La prueba indiciaria de la comisión del delito de tráfico de influencias incide de manera positiva en la protección de la administración pública conforme a la Legislación Procesal Penal vigente.</p>

C. Cuestionario sobre el Delito de tráfico de influencias en el Nuevo Ordenamiento Procesal Penal.

Instrucciones:

La presente técnica tiene por finalidad recoger información de importancia relacionadas sobre el tema de investigación “EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL NUEVO ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL, RESPECTO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA”.

Al respecto se le pide que en las preguntas que a continuación se acompaña tenga a bien elegir la alternativa que considere correcta, marcando para tal fin con un aspa (X) en la opción que considere apropiada, se le recuerda que está técnica es anónima, se agradece su participación.

1. En su opinión la regulación penal del delito de tráfico de influencias facilita el proceso penal conforme a la legislación procesal penal peruana.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

2. Cree que en el nuevo proceso penal por delito de tráfico de influencias contribuye a una adecuada protección de la Administración Pública.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

3. El delito de tráfico de influencias que se inicia cuando el sujeto traficante invoca influencias reales o simuladas, se regula con acierto en la ley vigente.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

4. El delito de tráfico de influencias que considera como elemento de la conducta típica al traficante que recibe, hacer dar o prometer para sí o para un tercero un beneficio patrimonial, se regula con acierto en la ley penal vigente.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

5. El delito de tráfico de influencias que considera como elemento de la conducta típica al traficante que **ofrece interceder ante un funcionario o servidor público**, se regula con acierto en la ley penal vigente.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

6. En su opinión, en el delito de tráfico de influencias es importante la regulación referida a la autoría y participación en la comisión del delito.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

7. Cree que en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias se debe considerar al “interesado” como cómplice en la comisión del delito.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

8. Cree que en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias se debe considerar al “interesado” como instigador en la comisión del delito.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

9. Cree que en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias se debe considerar al “interesado” como víctima en la comisión del delito.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

10. En su opinión, el delito de tráfico de influencias es un delito de actividad, debido a ello, la conducta punible no requiere que el “traficante” haya ejercido la influencia en un caso administrativo o judicial.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

11. En su opinión, la prueba documental que considera “un acuerdo de interceder” entre el “interesado” y el “traficante” contribuye a esclarecer la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

12. Los medios probatorios obtenidos mediante los actos de investigación derivados de la modalidad agente encubierto y colaborador eficaz ayudan a esclarecer la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

13. En su opinión, en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias, el fiscal debe solicitar la interceptación e incautación de todo tipo de correspondencia, comunicaciones telefónicas y electrónicas.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

14. Considera que en la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias, el fiscal debe solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario y el secreto de las telecomunicaciones.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

15. Considera que en el caso de delito de tráfico de influencias, la prueba documental debe establecer el dolo directo en la comisión del delito, para determinar una responsabilidad penal.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

16. En su opinión, mediante la prueba indiciaria concurrente en cada caso, sobre el ejercicio de influencias en un caso administrativo o judicial, se debe iniciar una investigación fiscal por delito de tráfico de influencias.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

17. Son importantes los indicios razonables y los medios probatorios, en el procesamiento penal por delito de tráfico de influencias.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

18. En el delito de tráfico de influencias existen circunstancias agravantes derivada de la condición de funcionario público del traficante, que contribuyen a identificar la responsabilidad penal.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

19. Considera que en el caso de delito de tráfico de influencias no es necesario que se concrete el beneficio económico o la resolución influenciada como elemento de la conducta típica, para establecer una responsabilidad penal.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()

20. Cree que la investigación fiscal por delito de tráfico de influencias originada por una prueba indiciaria es necesaria, ya que contribuye a determinar si existe responsabilidad penal del imputado.

- a) Si ()
- b) No ()
- c) Indeciso ()