

# La invalidez material del delito de tráfico de influencias

## The material invalidity of the offence of influence peddling

VILLEGAS SALAZAR, Saúl Alexander(\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Principios del derecho penal. III. El delito de tráfico de influencias. IV. Análisis dogmático del delito de tráfico de influencias. V. Invalidez material del delito de tráfico de influencias. VI. Conclusiones. VII. Lista de Referencias.

**Resumen:** Uno de los principales problemas en todo ordenamiento jurídico es la hiperinflación legislativa, sobre todo cuando se trata de regular conductas delictivas, lo que puede incluso atentar contra los principios que legitiman y limitan el *ius puniendi* estatal como el principio de legalidad, mínima intervención, lesividad, proporcionalidad, lo que puede generar que el ciudadano vea cada vez más limitada su libertad. Por ello, el objetivo perseguido es determinar la invalidez material del delito de

---

(\*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca; Maestro en Ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología; estudios concluidos de Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, docente de la Facultad de derecho de la Universidad Privada del Norte. Socio y director del área Penal del Estudio Mejía, Céspedes & Villegas – Abogados. Correo electrónico: svillegas@mejiasaucedo.com

tráfico de influencias y su inaplicación, más aún, si respecto al delito de tráfico de influencias la doctrina no es unánime al determinar cuál es el bien jurídico protegido que se pretende tutelar, ni la obligatoriedad de su regulación por parte del Estado.

**Palabras Clave:** Bien jurídico, administración pública, validez de la norma jurídica, tráfico de influencias.

*Abstract: One of the main problems in any legal system is legislative hyperinflation, especially when it comes to regulating criminal conduct, which can even violate the principles that legitimize and limit state ius puniendi such as the principle of legality, minimal intervention, harmfulness, proportionality, which can cause citizens to see their freedom increasingly limited. For this reason, the objective pursued is to determine the material invalidity of the crime of influence peddling and its inapplicability, even more so, if regarding the crime of influence peddling the doctrine is not unanimous when determining which is the protected legal asset that is intended to protect, nor the obligation of its regulation by the State.*

**Key words:** Legal good, public administration, validity of the legal norm, influence peddling.

## I. Introducción

Nuestro Código Penal regula en el artículo 400 el delito de tráfico de influencias como una modalidad de delito en contra de la administración pública; sin embargo, dicha regulación genera ciertos problemas desde su ubicación sistemática al encontrarse ubicado dentro del Capítulo II —delitos cometidos por funcionarios públicos— del Título XVIII —delitos contra la administración pública— del Código Penal, así también, a nivel doctrinario se ha generado discrepancia al establecer si efectivamente se protege el correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico tutelado, puesto que desde un análisis del mismo no se aprecia lesión o puesta en peligro alguno que nos permita encontrar utilidad por parte del Derecho Penal.

En este sentido, cabe preguntarnos si el simple hecho de que una norma se encuentre positivizada siguiendo los parámetros establecidos para su creación es indicador suficiente para su aplicación, o si, por el contrario, es necesario que esta se encuentre amparada por los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi*, así pues, siguiendo la línea del pensamiento del garantismo penal debemos señalar que toda norma debe ser sometida a un control de estricta legalidad, en la cual se busque el respaldo de los principios que han cimentado nuestro ordenamiento penal; a partir de ello, lo que se busca es establecer que una norma no solo tenga una validez formal, sino que también, esta encuentre

una validez material dentro del ordenamiento, respetando los principios de legalidad, necesidad, lesividad y proporcionalidad, sin perder de vista que la principal función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos.

## II. Principios del Derecho Penal

Conforme apunta Mir Puig (2004) la función punitiva del Estado social y democrático de derecho se origina en su soberanía a fin de determinar y catalogar que conductas son consideradas como lesivas para el ordenamiento jurídico y por tanto merecen ser sancionadas, en estricta atribución del *ius puniendi* (Derecho Penal Subjetivo); sin embargo, como consecuencia de la Revolución Francesa y el pensamiento de la ilustración del siglo XVIII, se gestó la idea de que esta facultad sancionadora del Estado debería ser limitado y encontrar límites. Así pues, esta función limitadora del poder sancionador del Estado se encuentra fundamentada y justificada en la Constitución Política<sup>(1)</sup>, como en tratados internacionales, de los que se desprende que, «políticamente el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función legislativa, judicial y ejecutiva» (Villavicencio Terreros, 2006, p. 87).

La discusión se genera en cuanto a que principios legitimarían el poder sancionador del Estado, así, su legitimación extrínseca proviene de la Constitución y los tratados internacionales; pero su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios específicos. Aun así, todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho Penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico (Muñoz Conde y García Arán, 2002). Así pues, estos límites al poder penal van a tener incidencia tanto en la creación de las normas penales (criminalización primaria) como en su aplicación (criminalización secundaria) los que se suelen clasificar en límites materiales (garantías penales) y límites formales (garantías procesales).

### A. Principio de legalidad

Conforme explicábamos precedentemente, uno de los principales límites a la facultad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*) es el principio de legalidad. Este es el principal límite de la violencia que el sistema penal del Estado ejerce, se trata de un límite típico de un Estado de Derecho (Villavicencio, 2006, p. 90).

---

(1) En la constitución política de 1993: artículo 43, artículo 44, artículo 45, artículo 108, artículo 139, artículo 139 numeral 22.

Este principio es conocido por la expresión latina acuñada por Paul Johann Anselm Von Feuerbach en su libro *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Tratado del Derecho Penal común vigente en Alemania) publicado en 1801, aunque este principio tuvo su Genesis en el pensamiento liberal plasmado en el libro de «*Dei delitti e delle pene*» («De los Delitos y las Penas») escrito por Cesare Bonesana, Marqués de Beccaría.

Así pues, Alberto Binder (2004), ha referido acerca de este principio que se clarifica y fortalece a través del tipo penal, el mismo que constituye una fórmula sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del principio de legalidad para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada respecto de la cual está enlazado el ejercicio del poder punitivo (p. 133).

Así pues, el principio de legalidad ha sido plasmado normativamente en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución, el cual prescribe: «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley».

De igual forma, y al ser el principio de legalidad un pilar fundamental sobre el que se cimienta el Derecho Penal se ha establecido en el artículo II del Código Penal Peruano lo siguiente: «nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecidas en ella».

Por el principio de legalidad tenemos que, la principal fuente del Derecho Penal es la ley, la cual debe cumplir con tres requisitos: *Nullum crimen sine lege scripta* (Debe ser escrita), *Nullum crimen sine lege previa* (Debe ser previa) *Nullum crimen sine lege certa* (Debe ser estricta).

## **B. Principio de culpabilidad**

Este principio incide en la obligación de establecer la responsabilidad o culpabilidad del autor, debiendo este haber actuado ya sea por dolo o por culpa, a fin de poder establecer la imposición de una pena, apartando de esta manera la responsabilidad objetiva en cuanto a la comisión de delitos.

Así pues, sobre este principio Gimbernat (1981) sostiene que,

Hay que llamar la atención sobre el doble significado del principio de la culpabilidad, entendiendo al segundo como exclusión de la responsabilidad por el resultado, o sea, «la exclusión de la punibilidad cuando el resultado típico causado por el autor no era previsible» (p. 108)

Este principio se encuentra consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, el cual establece que «La Pena requiere de la responsabilidad penal del autor, queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva». Por ello, a este principio se lo conoce por la máxima «*nulla poena sine culpa*».

Recuérdese que algunos prefieren usar el término «*responsabilidad*» al de «*culpabilidad*» cualquier vinculación con el criterio retributivo, aun cuando otros consideran innecesario esto, pues la culpabilidad se puede fundar en criterios preventivos.

### C. Principio de lesividad

De acuerdo con el principio de lesividad, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado.

Se le identifica con la máxima «*nullum crimen sine iniuria*», la misma que fue empleada por Ferrajoli al señalar los diez axiomas del Derecho Penal, en nuestro ordenamiento encontramos a este principio en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal el cual declara que «*la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*».

### D. Principio de mínima intervención

El Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social (Gimbernat Ordeig, 1981, p. 122). Es decir, si bien el Derecho Penal es una forma de control social formal, que va a permitir proteger bienes jurídicos indispensables para el desarrollo de las personas en la sociedad, es necesario precisar que esta intervención por parte del Estado, encuentra legitimidad sólo cuando la intervención es útil, pues la utilización del Derecho Penal como instrumento de violencia del Estado ante todo evento, genera afectación a la idea de un Estado Constitucional de Derecho.

Así pues, Quintero Oliva (2000) refiere que este principio,

De la necesidad de la intervención estatal es, pues, un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias. La ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder penal, sino que las leyes penales, dentro de un Estado social y democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal. (p. 93)

### **E. Principio de subsidiariedad (*ultima ratio*)**

Se trata de *ultima ratio* o *extrema ratio* en el sentido que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales (García-Pablos de Molina, 2000).

En este sentido, al lesionarse o ponerse en peligro con la sanción punitiva derechos fundamentales como la libertad, por el carácter sancionador del Derecho Penal debe ser el último recurso que utilice el Estado, debiendo, por ende, emplear otras ramas del Derecho cuando el ataque a los bienes jurídicos seas leves.

### **F. Principio de fragmentariedad**

El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. El Derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad (Velásquez Velásquez, 2002, p. 42).

Este principio, conforme señala Roxin (1999) es una directriz político-criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo, por lo tanto, muy útil para la criminalización primaria (p. 67).

Para determinar la fragmentariedad de la selección penal, Muñoz Conde y García Arán (2002) señalan que, se puede partir de los siguientes fundamentos,

Primero, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo, además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos, segundo, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales (p. 80).

## **III. El delito de Tráfico de influencias**

El antecedente más claro se presenta en el derecho romano donde el tráfico de influencias era conocido como la venta de humo tal como nos narra Rojas Vargas (2007): «El derecho romano no desarrolló legislativamente el tema, no obstante que ya en tiempo de Alejandro severo, este mando quemar vivo a un sujeto que había vendido favores e influencias a su nombre» (p. 774). Así fue como se castigó el perjuicio hecho en nombre del príncipe que quedaría grabado como la «venta de humo romana», frase metafórica que

implica recibir dinero para influenciar ante los magistrados con el objeto de favorecer intereses particulares.

Así, la venta de humo romana fue la base de la noción francesa del «*Du trafic d'influence*», la misma que consistía durante la época revolucionaria en el hecho de recibir dinero a cambio de influenciar ante los magistrados a fin de que favorezcan un proceso judicial que venían conociendo, lo que vendría a ser una ofensa contra ellos (Delahaye, 1947, p. 388).

Por otro lado, referente a la definición podemos señalar que,

Esta vieja figura es obra de los prácticos y de los glosadores; habiendo sido en el derecho intermedio clasificado entre la injuria y la corrupción y limitado a los intereses judiciales. Era reprimido entre los romanos, y cuya conducta consistía en jactarse de obtener favores y beneficios, de las autoridades engañando de esa forma a diversas personas. *Venditio fumi* era el nombre empleado, indicándose con ello la acción del delincuente, que no pasaba de «fumar» jactancia, mixtificación, etc. Los italianos denominaron el delito *millanto crédito* que equivale en idioma español la influencia jactanciosa. (Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos, 2018, p. 445)

Para muchos el tipo legal de tráfico de influencias es llamado comúnmente como la «venta de humo». En la legislación peruana el tráfico de influencias ha sufrido considerables cambios en su desarrollo legislativo, así pues, este delito fue integrado al catálogo penal de 1924 en su artículo 353-A, mediante Decreto Legislativo N.º 121 del 12 de junio de 1981, que señalaba lo siguiente,

C.P. de 1924, art.353-A: «El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo, o una promesa, o cualquier otra ventaja, con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de 2 años y multa de la renta de 20 a 40 días.

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

Pues anterior a esta fecha no se encontraba tipificado en nuestra legislación; dicha incorporación no sufrió modificación alguna hasta la reforma total del Código Penal dada en el año 1991.

Posteriormente, el Código Penal de 1991 tipificó en su artículo 400 el delito de tráfico de influencias, no obstante, su contenido inicial ha sido objeto de modificación por el artículo 1 de la Ley 28355, luego fue modificado por Ley 29703 (excluye del catálogo a la figura simulada), la que fue derogada en parte por la Ley 29758. Esta Ley volvió al texto impuesto por la Ley 28355. Finalmente, modificada por Ley 30111 de fecha 26 de noviembre de 2013, que adicionó como sanción la pena de multa en delitos contra la Administración Pública, incluido el tráfico de influencia (Moreno, 2018, p. 2). Así pues, mediante Ley 29703 se descriminaliza la figura de tráfico de influencias simulada, no obstante, ante la oposición unánime de la opinión pública, a través de la Ley 29758 se volvió a criminalizar el comportamiento denominado «Venta de Humo».

En esta línea de razonamiento, el propósito de la reforma a través de la Ley N.º 29703 de corta vigencia estuvo orientado a promover una interpretación restrictiva de los delitos contra la Administración Pública en oposición a la interpretación extensiva de los supuestos prohibidos contenidos en el tipo penal. El legislador buscó a través del empleo de una mejor técnica legislativa un nuevo tipo bajo parámetros de racionalidad; signo material de un garantismo fuerte. No obstante, amplios sectores de opinión pública susceptibles e influenciados por el enorme poder mediático de los medios de comunicación social hicieron retroceder tales propósitos de reformulación en varios aspectos del delito de tráfico de influencias construido sobre las bases del garantismo liberal. (Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos, 2018, p. 442)

Sin embargo, en la exposición de motivos de la Ley 29758, proyecto Ley N.º 4187/2017-PJ del Poder Judicial, se sostiene que el hecho punible debe mantenerse, ya que no se considera 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.

#### **IV. Análisis dogmático del delito de tráfico de influencias**

Como se mencionó, en cuanto al delito de tráfico de influencias en la legislación peruana, es recién tipificado en el Código de 1924 cuando el 12 de junio de 1981 se introdujo el artículo 353-A mediante D.Leg. N.º 121 con fuerte influjo de la regulación colombiana de esa forma lo describe Abanto (SF),

«Pero ya en ese momento el modelo peruano, al cambiar la terminología del texto que empleaban sus fuentes (por ejemplo, en cuanto a la fuente colombiana, «invocar» en vez de «aparentar» o «con el ofrecimiento de interceder en lugar de «con el fin de obtener cualquier beneficio», «do-

nativo, promesa o ventaja» en vez de «dinero o dadas») había generado a su vez, una nueva versión de la figura penal. En efecto, a diferencia de la fuente colombiana, el tipo peruano siempre fue un delito común, pues no exigía que el sujeto activo tuviera la condición de funcionario público (o «servidor público» en la fuente colombiana), pareciéndose en esto más a la fuente italiana del *millantato crédito* (...) (p. 95)

Ese «*millantato crédito*» es en el modelo italiano a como se llama a la fanfarronería que suele hacer el sujeto que ofrece influencias simuladas.

Ahora en el Código Penal peruano de 1991, en relación con el anterior código derogado, simplemente sustituyó el tiempo futuro de los verbos típicos complementarios «reciba, o haga dar» por verbos construidos en tiempo presente «recibe, hace dar» reemplazando además la frase «con el fin de», por la de «con el ofrecimiento de», manteniendo inalterables los demás componentes.

### **A. Bien jurídico protegido**

Por su parte Hassemer (1984) señala que «para declarar una conducta como delito, no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos» (p. 37). Por su parte, Zaffaroni (1989) señala que «bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan» (p. 289).

El bien jurídico en general viene a ser el normal desarrollo de la administración pública, que solo puede desenvolverse en el marco de la confianza de los administrados para con los representantes de la administración de justicia, esto último viene a ser el bien jurídico protegido específico.

El tráfico de influencias afecta a la imparcialidad de la administración condicionando sus decisiones en beneficio de quien posea la influencia. El agente hace creer a los particulares que la administración se mueve por medio de intrigas, protecciones y dinero.

Nos encontramos ante actos de que implican un tráfico real o simulado de influencias que tiene como objeto la función pública. Muchas veces, los funcionarios desconocen que el sujeto activo del delito está sacando provecho de una influencia irreal en las decisiones o ejecuciones que conllevan la realización de actos administrativos (Frisancho Aparicio y Peña Cabrera, 2002).

Para algunos doctrinarios el bien jurídico protegido ofrece algún nivel de debate para llegar a un consenso sobre cuál sería este, ya que lo que se castiga no es un entendimiento pecuniario e intelectual entre los funcionarios y el traficante, pues de darse esta situación los actos de este último serían absorbidos por el cohecho del primero, y por lo mismo la tipicidad de tráfico de influencias en el del cohecho pasivo, supuesto en el cual es fácil ingerir que será el principio de imparcialidad del vulnerado. Esta peculiar configuración normativa del artículo 400 del Código Penal Peruano llega incluso a colisionar con la ubicación de tráfico de influencias dentro del capítulo de «Los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos».

Sin embargo, respecto al bien jurídico específico, señala Manuel Abanto Vásquez (2003) que,

Aquí, más bien, también 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». por cierto, que, en relación con los dos primeros «objetos» el tipo penal peruano presupone, en realidad, un «peligro» (que según el caso puede ser abstracto o concreto); mientras que en el caso del «patrimonio individual» (en la modalidad de «influencia simulada») podría existir una «lesión» en la modalidad de «recibir» o «hacer dar», y un peligro en la modalidad de «hacer prometer». (p. 415)

De ello podemos afirmar que, es especialmente complicado definir cuál sería el interés tutelado en este delito, y las posturas en la doctrina también se presentan bastante debatibles, podemos esbozar de manera general que el bien jurídico en este delito es por su sistemática una afectación a la administración pública, y la confianza que tiene el administrado en específico y el ciudadano en general, de la imparcialidad en la toma de decisiones. No obstante, a la hora de verificar una afección al bien jurídico protegido es difícil relacionarlo con el correcto funcionamiento de la administración pública.

No se podría armar el bien jurídico tutelado sobre la base de proteger el honor de la administración pública, en los casos en el que se simulan traficar influencias, ya que la defensa de este supuesto honor iría en contra de los principios que sostienen este Estado de Derecho, en específico del hecho de que no cabe hablar de honor y prestigio de la administración pública, si no que su correcto funcionamiento está sujeto a la legalidad.

Así lo explica de la siguiente manera Abanto (SOF),

Si se centra la atención penal en el *pacto injusto entre privados*, cuyo contenido (el futuro ejercicio de influencia equivale a una compra de la función pública, es explicable cuál es el objeto que en última instancia y en todos los supuestos debe ser realmente lesionando: el carácter público de la función. A través de esto resalta el peligro para la *imparcialidad* y, eventualmente, la legalidad del ejercicio funcional.

## **B. Sujeto activo**

El sujeto activo es el particular que solicita influencias reales o simuladas, también el que recibe hace dar o promete para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario público.

## **C. Sujeto pasivo**

Es el Estado como el titular del bien jurídico en su imparcialidad y objetividad, aunque es cuestionable percibirlo de este modo, ya que en este delito no hay una injerencia en estricto en las labores administrativas.

También es muy cuestionado el hecho de que el que solicita las influencias podría ser víctima, cuando la actividad funcional está bajo una red de corrupción fuerte atribuyéndole adecuación social, que, a nuestro parecer, no podría ser sustentable ya que se utilizarían argumentos muy rebuscados para justificar conductas bastante repetitivas pero que siguen afectando bienes jurídicos.

## **D. Comportamientos típicos**

Es un delito compuesto por varios actos que se inician o parten de los actos de invocar influencias. Recibir, hacer dar, hacer prometer son verbos rectores que, configurando modalidades delictivas y pese a su enorme importancia, pues definen la consumación del delito, no expresan sin embargo la singularidad del ilícito penal de tráfico de influencias, ya que son comunes a otros tipos penales de infracción de deber, la diferencia radica en la redacción «invocando influencias con el ofrecimiento de interceder» lo que hace un delito más de dominio que de infracción.

Sobre la base de ello podemos guiarnos en el «*Iter Criminis*»,

- a. Acto preparatorio: Atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público.

- b. Actos ejecutivos: tráfico de la propia mediación, es decir el efecto de interceder a nivel de ofrecimiento.
- c. Acto consumativo: Recepción del dinero, utilidad o promesa.

En cuanto a las modalidades típicas, especial problema se general al resolver la siguiente interrogante ¿A que nos referimos con invocar influencias reales o simuladas?, Para Rojas Vargas (2007): «Es la capacidad-posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada, utilizando ascendientes de distinto origen y naturaleza sobre el influenciado. (p. 788)

El contenido de esta influencia está referido a la influencia o sugestión que se puede tener sobre una tercera persona en cuya voluntad se incidirá para parcializarla y obtener un curso decisorio distinto o modificado al que debería ser correcto. Estas influencias pueden basarse en nexos familiares o amicales con el funcionario o servidor, en relación de trabajo o favores debidos por dichos sujetos especiales al agente del delito, situación de prestigio o autoridad del sujeto activo del delito.

La influencia real o simulada invocada se constituye así en el objeto del delito que vincula en su estructura ideal a un sujeto que la posee con otro que la requiere para dirigirla o destinarla sobre un tercero *intraneus* a la administración pública, sobre el cual se pretende inducir o ganar su voluntad hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado.

Como ya íbamos mencionando sobre la intercesión puede concretar también con el empleo de terceras personas, quienes se hallan en situación de cercanía para influir sobre el funcionario o servidor público, lo que incluso a la luz de este tipo podría generar una cadena enorme de traficantes de influencias que constituirá una posible asociación ilícita.

Otro tema que vale la pena mencionar es sobre la influencia justa o que se mueve dentro de lo lícito, que incluso en la doctrina se puede resolver desde la imputación objetiva, como el uso de la categoría jurídica del fin de protección de la norma, en la que entra un pedido justo que no daña la correcta función de la administración pública. Aparte es necesario que el funcionario o servidor público sobre quien trate de influenciarse este en contacto con casos judiciales en su sentido amplio que también incluiría el procedimiento administrativo y el fuero militar,

- a. Recibir: es obtener y tomar lo uno lo que se le entrega, cobrar, tomar posesión, aprender.

- b. Hacer dar: es la acción de logra que se entregue algo a cambio de una supuesta influencia. Es decir, es lograr que se le entregue donativo o cualquier otra ventaja, a cambio de interceder ante un funcionario público para los fines descritos en el tipo.
- c. Prometer: es la acción de la voluntad de dar o hacer en el futuro. Es el ofrecimiento o propósito de hacer o dar algún donativo o cualquier otra ventaja.

Este donativo promesa o cualquier otra ventaja debe hacer, dar, recibir o prometer algo para sí o par a un tercero como precio de la mediación ante el funcionario o servidor público que está conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo con un ofrecimiento de interceder. La última frase haya conocido un caso judicial no dificulta a la hora de interpretar ya que es difícil en la práctica poder concebir una sugestión en la decisión en un funcionario público sobre un caso en el que ya se resolvió

### **E. Tipo subjetivo**

El tipo penal exige por lo menos dolo directo, creemos que un elemento adicional al dolo en este caso ánimo de lucro debería ser interpretado como un provecho en sentido amplio ya que quien pide u ofrece las influencias lo hace con el objetivo de generar alguna ventaja. Difícil es formular un error de tipo en este delito, ya no podríamos aceptar que una persona crea que el tráfico de influencias no está prohibido.

### **F. Consumación y tentativa**

Habría diferentes escenarios de consumación,

- a. Al hacer dar para sí o para un tercero un donativo o cualquier otra ventaja.
- b. Al recibir directamente el donativo.
- c. Al hacer prometer para sí o para un tercero un donativo o cualquier otra ventaja

Se trata pues de un tipo compuesto, de consumación instantánea y de puesta en peligro al bien jurídico Administración Pública, que difícilmente admitiría la omisión como realización típica.

## V. Invalidez material del tráfico de influencias

Partiendo de la filosofía analítica del derecho desde la óptica del garantismo penal, la concepción del Derecho Penal abandonado una concepción de teoría pura o formal del derecho, en la cual únicamente se entendía a la norma como una institución social, que presuponía que solo las normas promulgadas o elaboradas dentro de tal institución son verdaderas, toda vez que, con posterioridad a la segunda guerra mundial nos encontramos frente a un nuevo paradigma de estricta legalidad, la cual señala que se tiene que limitar la amenaza de los derechos de los individuos, especialmente el derecho a la libertad, por lo que únicamente se tiene que limitar lo estrictamente necesario, ello en base al respeto de los principios que fundamentan el Derecho Penal y limitan el *ius piniendi* estatal.

Así pues, conforme señala Ferrajoli (2011) referente a la validez formal y validez material, aun suponiendo ambas la vigencia, son independientes entre sí: una decisión válida formalmente puede no serlo materialmente y viceversa (p. 506), a partir de ello, se desprende que, para que una norma sea válida necesita una congruencia entre la validez formal y material.

Partiendo ello, se analiza si la configuración normativa prescrita en el artículo 400 del Código Penal, es acorde con los principios fundamentales sobre los cuales se cimienta nuestro sistema penal, específicamente el Principio de Lesividad (que tiene sustento constitucional en el artículo 2 inciso 24, literales b y d; Principio de Mínima intervención, Principio de Proporcionalidad (artículo 200 numeral 6 de la Constitución Política).

Así pues, *prima facie* la disposición normativa del artículo 400 del Código Penal es válida desde el punto de vista formal ya que ha sido dada por el órgano legislativo competente cumpliendo las formalidades establecidas para la elaboración y promulgación de una norma, sin embargo, existe discordancia conforme a lo establecido en la norma superior y desde el pensamiento del neopositivismo garantista, pues en la ejecución de este delito no se afecta o se pone en peligro el bien jurídico protegido Administración Pública.

Conforme se ha señalado la corriente positivista neoconstitucional desde la óptica de la filosofía del derecho y crítica de la política, el garantismo

Designa una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido, el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre

derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre «ser» y «deber ser» del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo a los fines de la legitimación y deslegitimación ético-política del derecho y del Estado. (Ferrajoli, 2015, p. 853)

A partir de ello, se establece si el delito de tráfico de influencias contenido en la disposición normativa del artículo 400 del Código Penal peruano sea legitimado o deslegitimado desde el punto de vista ético-político del derecho.

## VI. Conclusiones

- El delito de tráfico de influencias conforme a su estructura típica adolece de invalidez material, en cuanto entra en conflicto con los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi* estatal, específicamente el principio de legalidad, mínima intervención, lesividad y proporcionalidad, los mismos que sirven de directrices al momento de crear las conductas delictivas, asimismo, estos principios fundan el Derecho Penal liberal y pensamiento garantista.
- Al realizar el análisis dogmático del tipo penal descrito en la disposición normativa del artículo 400 del C.P., se logró demostrar que con el delito de tráfico de influencias no se lesiona, ni pone en peligro del bien jurídica administración pública, toda vez que no se afecta el correcto funcionamiento de esta, aunado a ello, no se puede apreciar de manera objetiva cual es el bien jurídico específico que se lesionaría.

## VII. Lista de Referencias

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003). *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra Editores S.R.L.
- BINDER, A. M. (2004). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BRAMONT - ARIAS TORRES, L. M. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (3.<sup>a</sup> ed.). Lima: Eddili.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. (1997). *El delito de tráfico del influencias*, en Delitos Contra la administración pública. Bilbao: instituto Vasco de Administración Pública.
- DONNA, Alberto (2002). *Delitos Contra la Administración Pública*. Buenos Aires.

- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta S.A.
- (2004). *Derechos y grantias. La ley del más debil*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- (2016). *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. Nápoles: Editorial Trotta S.A.
- FRISANCHO APARICIO, M., & PEÑA CABRERA, R. (2002). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Fecat.
- HASSEMER, Winfried. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Hugo ÁLVAREZ, J. B., & HUARCAYA RAMOS, B. S. (2018). *Delitos Contra la Administración Pública Análisis Dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- MIR PUIG, S. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. (J. C. Faira, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial B de f.
- MUÑOZ CONDE, F. Y. (2000). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Tirant.
- MUÑOZ CONDE, F., & García Arán, M. (2002). *Derecho Penal. Parte General*.
- QUINTERO OLIVA, G. (2000). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Navarra: Aranzadi.
- ROJAS VARGAS, F. (2007). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L.
- ROXIN, C. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. (2.<sup>a</sup> ed., Vol. T. I). (D. M. Luzón Peña, Trad.) Madrid: Civitas.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. (2016). *Delitos Contra la Administración Pública*. 4.<sup>a</sup> ed., Lima: Grijley.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1989). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.