

**UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
E.A.P. de Derecho y Ciencias Políticas**



TESIS

**ESTUDIO DOGMÁTICO Y PROPUESTA PARA LA
DESPENALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN SU
MODALIDAD SIMULADA: (Huacho – 2016)**

PRESENTADO POR:

Bach. César Antonio RODRÍGUEZ PAUCAR

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

ABOGADO

ASESORA:

Abog. María MEZA AGUIRRE

HUACHO-PERÚ

2018

**ESTUDIO DOGMÁTICO Y PROPUESTA PARA LA
DESPENALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN SU
MODALIDAD SIMULADA: (Huacho – 2016)**

ASESORA DE TESIS:

Abog. MARÍA MEZA AGUIRRE

ASESOR DE TESIS

Bach. CÉSAR ANTONIO RODRÍGUEZ PAUCAR

TESISTA

MIEMBROS DEL JURADO

Mtro. Nicanor Darío ARANDA BAZALAR
PRESIDENTE DEL JURADO EVALUADOR

Dr. Silvio Miguel RIVERA JIMÉNEZ
SECRETARIO DEL JURADO EVALUADOR

Abog. Aldo Remigio LA ROSA REGALADO
VOCAL DEL JURADO EVALUADOR

DEDICATORIA:

“A mis padres, hermanos y amigos, de quienes tanto aprendí, incluso sin ser ese el objetivo de la relación entablada; a los profesionales que pudieron llenar con sus ideas los vacíos propios de toda ciencia, y a los catedráticos que coadyuvaron en mi formación académica”.

AGRADECIMIENTO:

El autor expresa su agradecimiento a:

LA UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN, por cobijarme durante seis años en sus instalaciones.

LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS, por permitirme ser parte de un selecto grupo de universitarios con ansias de cambiar el destino de nuestro país.

LOS DOCENTES, por compartir sus conocimientos sin egoísmo y con el único afán de contribuir en la formación profesional de sus estudiantes.

A LOS AUTORES CITADOS, por encaminarnos con sus creaciones en el norte del saber.

ÍNDICE

Portada.....	i
Título.....	ii
Asesor y miembros del jurado.....	iii
Dedicatoria.....	v
Agradecimiento.....	vi
Índice.....	vii
Resumen.....	x
Abstrac.....	xi
Introducción.....	xii
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1. Descripción de la realidad problemática:	1
1.2. Formulación del problema.....	6
1.2.1. Problema General.....	6
1.2.2. Problemas Específicos.....	6
1.3. Objetivos	6
1.3.1. Objetivo General	6
1.3.2. Objetivos Específicos.....	6
1.4. Justificación de la Investigación	6
CAPITULO II: MARCO TEORICO	9
2.1. Antecedentes de la investigación	9
2.2. Bases teóricas.....	18
2.2.1. Antecedentes del Derecho Penal.....	18
2.2.2. Derecho Penal Subjetivo.....	20
2.2.2.1. Límites al Ius Puniendi.....	23
2.2.3. Principios del Derecho Penal.....	25
2.2.3.1. Principio de Legalidad.....	26
2.2.3.2. Principio de Subsidiariedad.....	27
2.2.3.3. Principio de Culpabilidad.....	28

2.2.3.4. Principio de Proporcionalidad	28
2.2.3.5. Principio de Intervención Mínima	29
2.2.4. Derecho Penal Objetivo	32
2.2.4.1. La Ley Penal	33
2.2.5. Derecho Penal Objetivo Material	34
2.2.6. Teoría de los Bienes Jurídicos	39
2.2.7. La Administración Pública	40
2.2.8. Delitos contra la Administración Pública	44
2.2.8.1. Cohecho	44
2.2.8.2. Peculado	45
2.2.8.3. Malversación de fondos	45
2.2.8.4. Enriquecimiento ilícito	46
2.2.8.5. Negociación incompatible	47
2.2.8.6. Colusión desleal	47
2.2.9. El delito de tráfico de influencias	48
2.2.9.1. Concepto de tráfico de influencias	50
2.2.9.2. Bien jurídico tutelado	52
2.2.9.3. Teoría del Prestigio de la Administración Pública	52
2.2.9.4. Teoría de la Imparcialidad de la Función Pública	53
2.2.9.5. Teoría de la Institucionalidad de la Administración Pública	54
2.2.9.6. Situación problemática del tráfico de influencias	54
2.2.9.7. Modalidades del tráfico de influencias	56
2.2.9.8. El tráfico de influencias en la legislación comparada	59
2.3. Definiciones Conceptuales	58
2.4. Formulación de Hipótesis	60
2.4.1. Hipótesis General	60

2.4.2. Hipótesis Específicas	60
CAPITULO III: METODOLOGÍA.....	62
3.1. Diseño metodológico.....	62
3.1.2. Tipo	62
3.1.3. Enfoque	62
3.2. Población y muestra	62
3.3. Operacionalización de variables e indicadores	65
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	75
3.5. Técnicas para el procesamiento de la información	75
CAPÍTULO IV: RESULTADOS	77
4.1. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO.....	77
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	102
5.1. Discusión	102
5.2. Conclusiones	105
5.3. Recomendaciones	106
CAPÍTULO VI: FUENTES DE INFORMACIÓN.....	109
6.1. Fuentes bibliográficas	109
6.2. Fuentes hemerográficas	111
6.3. Fuentes electrónicas	112
ANEXOS.....	114

RESUMEN

Objetivo: En el presente trabajo de investigación se tuvo como objetivo precisar la naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias, ello con la finalidad de hacer prevalecer la vigencia plena de los principios orientadores del Derecho penal y sustentar así la despenalización de la modalidad simulada. **Método:** Se empleó el método no experimental, tipo de investigación explicativa, con un enfoque cuantitativo y cualitativo (mixto). En la investigación se tuvo como muestra a 125 operadores jurídicos del Distrito Judicial de Huaura (entre jueces, fiscales y abogados litigantes), se utilizó la técnica de las encuestas, análisis de documentos y se utilizó el método del conteo para obtener los resultados de los datos que se propusieron en el trabajo de investigación. **Resultados:** El 65 % de los encuestados indicó que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es el correcto funcionamiento de la administración pública, por otro lado, el 81 % de operadores jurídicos manifestó que en el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada no hay afectación del bien jurídico protegido, además que el 85 % manifestó que no existe menoscabo a la administración pública en la materialización del tráfico de influencias simuladas. **Conclusión:** Los resultados obtenidos evidencian que en la ejecución del delito de tráfico de influencias simuladas no hay afectación al bien jurídico que se pretende proteger, motivo por el cual su regulación penal no encuentra legitimidad, debiendo procederse a su desregulación.

Palabras claves: Bien jurídico, principio de lesividad, desregulación.

EL AUTOR

ABSTRACT

Objective: The objective of this research work was to specify the legal nature of the offense of influence peddling, with the purpose of making the full validity of the guiding principles of criminal law prevail and thus sustain the decriminalization of the simulated modality. **Method:** We used the non-experimental method, type of explanatory research, with a quantitative and qualitative (mixed) approach. The investigation included 125 legal operators from the Judicial District of Huaura (among judges, prosecutors and trial lawyers), the survey technique, document analysis and the counting method was used to obtain the results of the investigations. data that was proposed in the research work. **Results:** 65% of the respondents indicated that the legal asset protected in the crime of influence peddling is the proper functioning of the public administration, on the other hand, 81% of legal operators stated that in the crime of influence peddling in its simulated modality does not affect the protected legal right, in addition, 85% stated that there is no impairment to the public administration in the materialization of the traffic of simulated influences. **Conclusion:** The results obtained show that in the execution of the crime of traffic of simulated influences there is no affectation to the juridical good that it is intended to protect, reason for which its criminal regulation does not find legitimacy, having to proceed to its deregulation.

Key words: Legal right, principle of lesividad, deregulation.

THE AUTHOR

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico peruano se rige bajo principios que sirven para encaminar la dación de leyes en pro de la justicia social, así como, en caso estas leyes resulten contrarias a los consagrados principios del Derecho, los magistrados opten por su inaplicación y los operadores jurídicos en general hagan visible la incongruencia.

En el caso que nos ocupa, se hace latente la incompatibilidad entre el delito que tipifica el tráfico de influencias en su modalidad simulada y el principio de lesividad consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, principio que fundamenta la aplicación del Derecho Penal, esto es, que da legitimidad al *ius puniendi*.

Dado que ha quedado establecido que el bien jurídico protegido en el delito bajo análisis es el correcto funcionamiento de la administración pública, la pregunta cae de madura, ¿se lesiona o pone en peligro el referido bien jurídico protegido cuando el traficante de influencias no tiene influencia alguna sobre el funcionario que está viendo el caso judicial o administrativo del tercero? Entonces, si la respuesta es negativa, evidentemente el accionar del traficante de influencias, por más que sea inmoral y antiético, no puede ser sancionado penalmente, dado que –como se dijo líneas arriba– la pena necesariamente requiere de una lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico protegido por la ley. Todo Estado que se precie de ser social y democrático de derecho no puede permitir que, dentro de su ordenamiento jurídico, sobre todo en el penal, se penalicen acciones que frisan con lo inmoral pero que no traspasan ese límite. Los principios del Derecho, que no son creaciones recientes, son los pilares de todo orden normativo, y como tal deben cumplirse, a pesar que en ese camino quede una sensación de impunidad en la colectividad.

En ese sentido, se debe precisar que el tráfico de influencias, real y objetivo, sí debe ser sancionado penalmente, dado que en tal supuesto sí se vulnera el bien jurídico protegido por el artículo 400° del Código Penal, al ponerse en peligro el correcto funcionamiento de la administración pública.

El presente trabajo de investigación ha sido estructurado y orientado hacia la propuesta de una nueva legislación que permita garantizar la vigencia plena de los principios orientadores del Derecho Penal, específicamente del principio de lesividad; de tal manera que ha sido estructurado en seis apartados claramente diferenciados pero a la vez relacionados entre sí: en el primero nos referimos al *planteamiento del problema*, en el cual se ha precisado la realidad problemática actual que motivó la investigación, así como se define el planteamiento del problema y los objetivos que persigue el

presente trabajo, además de su justificación. El segundo apartado de la investigación corresponde al *marco teórico*, en el cual se desarrolla los antecedentes de la investigación, las bases teóricas que sirven de sustento a lo planteado en el trabajo y las definiciones conceptuales, incidiendo en este capítulo con una buena compilación de bases teóricas, tanto nacionales como extranjeras, que nos permitirán dar sustento a nuestra investigación. De todo ello resulta que el marco teórico se encuentra estructurado secuencialmente con los temas que son necesarios conocer en un primer momento para, seguidamente, tomar conocimiento de las materias que requieren de la información ya estudiada.

En el tercer apartado nos referimos al *marco metodológico*, en donde se abordan los aspectos metodológicos que guardan relación con la situación problemática que presenta el tema cuya delimitación fuera propuesta en el Proyecto de Investigación del tema en ciernes, explicando los métodos y técnicas que han sido utilizados desde su formulación hasta su ejecución, la población y muestra de estudio; precisando en aquel el marco de referencia del problema, que sirve de base para la identificación y justificación del estudio del problema, lo que nos permitió la formulación de la hipótesis, la cual quedará redactada de la siguiente manera: *“Si se procediera a la adecuada identificación del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de influencias, en su modalidad simulada; entonces procedería su desregulación en aras de la prevalencia plena de la vigencia de los principios orientadores del Derecho penal”*, posteriormente contrastada a través del cumplimiento de los diversos objetivos tanto general como específicos.

En el cuarto apartado se ha procedido a consignar lo referido al *marco empírico o trabajo de campo*, en donde se presentan los diversos resultados estadísticos obtenidos de la recolección de datos estadísticos de las encuestas aplicadas a jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Huaura, cuya tabulación se encuentra contenida en los cuadros y gráficos estadísticos, elaborados por el propio investigador, los cuales son sometidos a la respectiva interpretación, análisis y discusión de los resultados expuestos, todo ello con la finalidad de contrastar la hipótesis planteada y de dar sustento a las conclusiones y recomendaciones formuladas, que en sí forman parte del penúltimo apartado en que ha sido estructurada la presente investigación, las cuales se ponen en consideración de la comunidad jurídica local y nacional, para las críticas a que hubiera lugar, expresando de antemano que el presente trabajo de investigación no pretende ser un tema que agote el debate, sino que, por el contrario, esperamos que sirva para avivarlo. Por último, se tiene el apartado sexto, en el cual se consignan las fuentes

de información bibliográficas, hemerográficas y electrónicas que dotaron de sustento cognitivo la investigación que se expone a la crítica de todo aquel que quiera aportar en el entendimiento del, a veces, complicado mundo del Derecho.

Huacho, diciembre de 2017

Bach. César Antonio RODRÍGUEZ PAUCAR

CAPÍTULO I: **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

1.1. Descripción de la realidad problemática:

Para nadie es un secreto que el Derecho penal es de aplicación para los casos que revisten de especial gravedad, esto es, que vulneran bienes jurídicos fundamentales y que, dicha vulneración, se lleva a cabo con acciones graves.

Es por ello que constituyen límites del Derecho penal el principio de última ratio y de fragmentariedad. Sin embargo, producto de la masificación de la delincuencia y la criminalidad, se está dejando de lado ambos principios, pretendiendo amparar cualquier vulneración a bienes jurídicos con el marco del Derecho sustantivo criminal. Tal es así que en la actualidad se ve la tipificación penal de conductas que lesionan mínimamente un bien jurídico o qué, peor aún, ni siquiera llegan a ponerlo en peligro.

El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, a la letra señala: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. De ello se desprende que, necesariamente, para que se sancione una acción, esta tiene que haber lesionado o puesto en peligro un bien jurídico tutelado por la ley. Haciendo una interpretación en contrario se puede afirmar que toda acción que no ponga en peligro o lesione un bien no merece sanción penal alguna.

A pesar de ello, como se mencionó precedentemente, el contexto social actual ha hecho que el Estado defina su política criminal penalizando conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes tutelados. Uno de los delitos que tipifica una conducta que no es lesiva a bien alguno, es el regulado en el artículo 400° del Código Penal, cuyo tenor 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 (...)

De ello se desprende que, según la modalidad simulada del delito descrito, cualquier persona que aduzca tener influencias sobre un funcionario que está conociendo un caso judicial o administrativo, cuando en realidad no las tiene, puede ser autor del delito de tráfico de influencias, pasando por alto, con dicha técnica legislativa, los principios que sustentan la activación del ius puniendi.

Podría entenderse que se sancione dicha conducta si fuese una modalidad del delito de estafa (lo que sería un imposible jurídico ya que no se puede aducir estafa cuando el objeto del trato o contrato es ilícito); sin embargo, el bien jurídico protegido con este tipo penal, para un sector de la doctrina, vendría a ser el correcto funcionamiento de la administración pública, por lo que la pregunta cae de madura, ¿cómo se lesiona o pone en peligro dicho bien jurídico cuando el traficante de influencias no tiene la capacidad de influir en el funcionario público? Evidentemente, la respuesta es que en tal contexto es imposible poner en peligro o lesionar el bien jurídico tutelado. El correcto funcionamiento de la administración pública no podría verse afectado ya que el traficante de influencias jamás podrá influir en el funcionario para que emita una decisión contraria a derecho, por lo mismo que no tiene las influencias sobre él.

Ahora bien, recientemente la Corte Suprema ha establecido que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simuladas no es el correcto funcionamiento de la administración pública, sino el honor de los funcionarios, quienes ven vulnerada su reputación, honor y buen nombre al quedar, frente al que paga por las influencias, como corruptos.

Más allá de la discusión que genera el hecho de que un mismo tipo penal proteja bienes jurídicos distintos, no resulta adecuada la posición de los magistrados supremos, porque ya hay un tipo penal que protege el derecho al honor de las personas, y los funcionarios, por más que se encuentren sirviendo al Estado, no pueden tener una doble protección de su honor, caso contrario, se estaría pasando por alto el derecho a la igualdad, derecho reconocido constitucionalmente. Y en el hipotético caso que resulte necesario proteger con mayor recelo el honor de los funcionarios, la ubicación sistemática del texto en controversia no es la correcta,

debiendo ubicarse en la parte que protege el bien jurídico honor, como una agravante del delito de calumnia. Además, en los hechos, una persona que esté dispuesta a pagar por las influencias que un tercero pueda tener sobre un funcionario que está viendo su caso, lo hace porque ha de saber que la decisión que adoptará el funcionario no le será favorable, y si el tercero no tiene las influencias que asegura tener, la decisión del funcionario no cambiará y será, como suponía que sería antes de pagar por las influencias, contraria a sus intereses; por lo que el honor y buen nombre del funcionario no habrá sufrido daño alguno.

La lectura inicial de las diversas posiciones dogmáticas y jurisdiccionales llevan a informar que tal como se encuentra redactada la figura jurídica en estudio, resulta contraria a los principios que informan el Derecho penal, por lo que la modalidad simulada del tráfico de influencias debe ser eliminada del texto legal, y consecuentemente no debe estar penada la conducta de quien trafica influencias que no tiene, no porque sea una acción apegada a ley, sino porque con dicha conducta no se lesiona ni pone en peligro bien jurídico alguno.

Como se puede apreciar, aun considerando que el bien jurídico protegido en la modalidad simulada del artículo 400° es el honor y buen nombre de los funcionarios, la penalización del tráfico de influencias simulado no tiene asidero constitucional, por lo que, en fiel cumplimiento de nuestra constitución y de los principios que informan nuestro derecho penal, los legisladores deberían reformar tal artículo, eliminando el supuesto que es materia de este estudio, y los jueces – mientras ello no ocurra – en fiel cumplimiento del control difuso, inclinarse por la inaplicación de la ley en los casos simulados.

En el sentido expuesto, lo que se busca con el presente estudio es dar respuesta a las diversas interrogantes surgidas en torno al tema de investigación, siendo las propuestas a continuación una muestra de la amplia gama de interrogantes que surgen, tales como: ¿Qué es el Derecho?, ¿qué relación existe entre el Derecho objetivo y el derecho subjetivo?, ¿cuál es el sustento epistemológico del derecho subjetivo en tanto eventos de imputación a favor del Estado?, ¿cómo a una ficción legal le pueden asistir derechos subjetivos?, ¿en qué consiste la convivencia social y cómo se le puede afectar?, ¿cómo siendo titular de derechos subjetivos, al ser sometidos a juicio, puede el Estado evitar el abuso del Derecho al ser su juzgador y verdugo?, ¿en qué consiste el ius puniendi estatal?; de igual forma, debemos tener presente las siguientes interrogantes: ¿Qué debemos entender por bienes?, ¿en qué

consiste la teoría de los bienes?, ¿cuál es el sustento dogmático para la diferenciación entre bienes individuales y bienes colectivos?, ¿qué peso le asiste a cada uno de los tipos de bienes o acaso son ponderados en igual proporción?, ¿en qué consiste la teoría del bien jurídico tutelado por el Estado?, ¿qué tipo de bienes merecen la tutela del Estado a través de su instrumento más fuerte de reacción, como lo es el Derecho Penal?, ¿cómo la protección penal de un determinado bien delimita de manera adecuada el concepto de delito desplegado en un tipo penal de la parte especial del código penal peruano?, ¿qué tipo de interés concuerda con aquello que ha dado en denominarse Administración Pública?, ¿cómo la Administración Pública se constituye en un interés social y no en un servicio a brindarse a la sociedad?, ¿en qué medida la Administración Pública, en tanto encarna al Estado, es centro de imputación de bienes jurídicos; lo es también de derechos subjetivos?

Además, resultará de interés directo a la investigación establecer las respuestas a las siguientes interrogantes: ¿En qué consiste la teoría del delito?, ¿cómo la teoría del delito, en tanto herramienta de desarrollo dogmático, nos permitirá conocer cada uno de los elementos que estructuran el tipo penal de tráfico de influencias?, ¿cuál es el bien jurídico que el Estado tutela bajo el nomen iuris de tráfico de influencias?, ¿cuántas y cuáles son las figuras legales que derivan del tipo penal de tráfico de influencias?, ¿qué doctrinas desarrollan los sustentos en torno a uno u otro bien jurídico en los delitos de tráfico de influencias?; de la misma manera, se tienen las preguntas siguientes a desarrollar en la ejecución del proyecto de investigación: ¿Cuál es la percepción jurídica comparada del tráfico de influencias simulada?, ¿qué relación existe entre el tráfico de influencias simulada con los principios orientadores del Derecho penal?; previamente debemos responder: ¿Cuáles son los principios orientadores del Derecho, y en especial del Derecho penal?, ¿cómo medir el grado de conocimiento y de aplicación de ese conocimiento por parte de los operadores del Derecho de Huaura sobre los casos prácticos que se les presentan sobre tráfico de influencias simulada?, ¿qué opinión tienen los operadores del Derecho de Huaura respecto de la propuesta de desregulación de la modalidad delictiva de tráfico de influencia simulada a no existir lesión alguna a bien jurídico claramente definido y delimitado para aquel tipo penal?, entre muchas otras interrogantes.

En ese sentido, debemos precisar que la realidad problemática del tema bajo estudio identifica de entre sus síntomas (entendidos estos como aquellos indicios o señales

de una cosa que está ocurriendo o que va a suceder) a los siguientes: la degradación del Sistema Jurídico penal, en lo que respecta a los principios que lo rigen, entre ellos, el de lesividad, sacrificado en pos de una supuesta protección a un bien jurídico tutelado que, como ya se tiene dicho, no llega a ser vulnerado por la conducta efectuada por la persona que simula tener una cierta influencia sobre algún funcionario o servidor público; encendiendo las alarmas sociales, no respecto de quien resulta ser virtualmente afectado, sino por parte de los mismos operadores del Derecho. Siendo que, de entre las causas que se pueden identificar se haya la excesiva vocación de sobre penalizar la conducta social, pretendiéndose que a través del Derecho penal pueden ser solucionados los problemas de la sociedad, sobre todo a nivel de los delitos de criminalidad de cuello blanco; otra de las causas se debe a la crisis por la que viene atravesando el Derecho Penal frente a los resultados alarmantes de crecimiento de la inseguridad ciudadana, que hacen que el legislador patrio eche mano del instrumento de represión más severo con el que cuenta, sin sopesar los principios y garantías propias del *ius poenale* y de *ius puniendi*; quedando claro que, de continuarse con esta regulación normativa existirá un grave riesgo para la seguridad jurídica en general, pues no hay bien jurídico alguno que restituir en su vulneración ya que nada se habría, en puridad de criterios lógicos, lesionado al bien jurídico Administración de Justicia, de manera concreta, y de manera genérica los delitos contra la Administración Pública.

Lo anterior denota, por consiguiente, una necesidad jurídica, la de desregular el tipo penal de tráfico de influencia en su modalidad simulada, como garantía de un auténtico Estado sometido al imperio del Derecho y de vigencia de los derechos humanos, sin restricción alguna, correspondiendo ésta tarea al legislador; sin embargo, de no asumirse esa función, corresponderá al Poder Judicial, a través de la jurisprudencia, inaplicar éste tipo penal al no existir el presupuesto jurídico y garantía de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, contenido en el principio de lesividad.

En sí, la presente situación conflictiva que trae consigo la venta de humos logrará ser superada sí y sólo sí se procede a la desregulación penal de este tipo penal; y, siendo tal la situación problemática, por ahora nos corresponde identificar el problema general a investigar y eje de la temática en ciernes, cuya pregunta quedará redactada como sigue.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema General

¿De qué manera la precisión a la naturaleza jurídica de los delitos de tráfico de influencias permitirá la vigencia plena de los principios orientadores del Derecho Penal?

1.2.2. Problemas Específicos

- a) ¿De qué manera la doctrina del interés de los bienes que sustentan la existencia de un bien jurídico tutelado por el Estado, permitirá delimitar el adecuado concepto del interés legal protegido en el delito de tráfico de influencias?
- b) ¿De qué manera la teoría del delito del tráfico de influencias permitirá conocer los elementos típicos que lo configuran, a los fines de identificar el correcto bien jurídico merecedor de tutela penal?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Precisar la naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias con el propósito de hacer prevalecer la vigencia plena de los principios orientadores del Derecho penal, sustentándose así la despenalización de la modalidad simulada, según la percepción dada en los Operadores del Derecho del Distrito Judicial de Huaura - 2016.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a) Desarrollar la doctrina del interés de los bienes, individuales y colectivos, que sustentan la existencia de un bien jurídico tutelado por el Estado, que permita delimitar el adecuado concepto del interés legal protegido en el delito de tráfico de influencias.
- b) Exponer la teoría del delito del ilícito penal de tráfico de influencias, en sus diversas modalidades, que nos permitan conocer los elementos típicos que lo configuran a los fines de identificar el correcto bien jurídico merecedor de tutela penal.

1.4. Justificación de la Investigación

En este apartado se desarrollan aspectos relacionados con la importancia, necesidad y urgencia que amerita el estudio de un determinado tema, en nuestro caso de las razones que conllevan a proponer las razones jurídicas que asisten en Derecho para la desregulación del delito de tráfico de influencia simulada, al no existir lesión

alguna a ningún bien jurídico tutelado; siendo que, bajo esa perspectiva, el estudio que se propone radica su importancia en la identificación adecuada del bien jurídico tutelable en los delitos bajo estudio, puesto que se estaría aplicando sanciones sin existir afectación real o virtual a ningún bien jurídico, al menos no a alguno que se encuentre debidamente identificado; y, siendo que al desarrollar la teoría del delito sobre un caso en particular, la antijuridicidad como elemento nos lleva a establecer como garantía la existencia de la lesividad, se tiene que al no presentarse esta no puede continuarse con el estudio de la teoría de los filtros y por lo tanto el hecho jurídico no sería constitutivo de tipo penal; siendo que la necesidad de la investigación en ciernes se circunscribe a establecer la vigencia de los principios que se erigen en torno a la disciplina del Derecho Penal y que le sirven de sustento a su amplia estructura social, puesto que no se pueden lesionar principios sustentadores de su propia existencia, siendo esto último la esencia misma de la urgencia del estudio, pues al lesionar sus propios principios inspiradores se anula como la ciencia llamada al respeto de los derechos de los sujetos que intervienen ante él en pos de justicia y de las garantías que aquel debe brindar a aquellos respecto de quienes existe; no debe olvidarse que una de las razones que conllevan a la regulación de tipos penales es la alarma social que las conductas desviadas generan en la sociedad, de allí que para frenar esas conductas se hayan desarrolla diversas sanciones que hacen frente al actuar ilícito de algunos miembros de la sociedad, a quienes la sociedad misma debe garantizar la vigencia plena de sus derechos subjetivos.

Además, existen otras razones por las cuales existe justificación científica para el estudio que se propone, y me refiero a las razones teóricas, empíricas y metodológicas. En el aspecto teórico, se propone el estudio sistemático de las diversas teorías que informan sobre los delitos contra la Administración Pública, en especial los llamados delitos de tráfico de influencia, en sus diversas modalidades, con especial referencia al tipo penal que informa la configuración típica del delito de tráfico de influencias simulada; de igual forma, al ser una investigación aplicada, se buscará concordar los postulados teóricos con la realidad judicial de su tramitación por los pasillos del Poder Judicial, para ello se recurrirá a los operadores del Derecho litigantes en la ciudad de Huacho, con el propósito de conocer su percepción socio-jurídica respecto del tipo penal que les será puesto en consulta, con especial referencia a su opinión sobre la propuesta que el estudio en

ciernes les propondrá, de allí la justificación práctica de la presente investigación; asimismo, existe una tercera razón justificante del estudio, y está referida a la metodología del estudio, puesto que al finalizarlo estaremos en condiciones de precisar el mejor camino que se debe seguir para el análisis del tipo penal de tráfico de influencias simulada, de tal manera que sirva de antecedente para futuras investigaciones, y por cuyo mérito los investigadores futuros tenga un punto cierto de referencia para la adecuada orientación de sus estudios, que en suma deberán superar la propuesta metodológica que se ha elaborado aquí.

CAPITULO II:

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Se ha procedido a la búsqueda material, en las bibliotecas de las universidades de la localidad, sobre la temática de lo hasta aquí expuesto, sin haber logrado encontrar alguna propuesta que asuma el propósito que nos hemos trazado y que ha quedado delimitado en el objetivo general; por lo que partiremos del estudio de las informaciones obrantes en la red de redes que versan sobre diversas investigaciones realizadas a nivel nacional e internacional y que se encuentran contenidas en distintas tesis, monografías, artículos de revistas especializadas u otros, sin que aquello implique su exclusividad –como fuente de información- necesarios para el marco teórico que a continuación se desarrolla.

En tal sentido, tras la búsqueda respectiva, se ha logrado ubicar los siguientes trabajos de investigación, que a efectos del presente estudio los presentamos como antecedentes del mismo:

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	AUTOR DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	INSTITUCIÓN DONDE SE PRESENTÓ EL ESTUDIO
“La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso”	Bachiller en Derecho RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET,	Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú
“La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la	Tesista JAIME A. LOMBANA VILLALBA	Universidad de León – Castilla – España

corrupción pública” (2013),		
“El delito de tráfico de influencias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”,	RENÁN PIEDRAHITA JARAMILLO	Universidad EAFIT, Medellín – Colombia
“el tráfico de influencias: un tipo prescindible”	MIRIAM CUGAT MAURI: En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (ISSN1695-0194 RECPC 16-07 / 2014)	Universidad Autónoma de Barcelona - España
“Análisis jurídico sobre la necesidad de tipificar el delito de tráfico de influencias en la ley penal guatemalteca”	WENDY CAROLINA ÁLVAREZ AQUINO	Universidad San Carlos de Guatemala

Trabajos de investigación antecedentes que abordaremos a continuación.

- a. En la Tesis intitulada “La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso” presentada por el Bachiller en Derecho RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET, para optar el Título Profesional de Abogado ante la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, en el año 2014, se llega a las siguientes reflexiones:

En el contexto nacional, se han desarrollado diversas investigaciones jurídicas en torno al entendimiento del delito de peculado previsto en el artículo 387° del Código Penal (CP en adelante); no obstante esto, hasta la fecha no se ha desarrollado un análisis dogmático-penal exhaustivo del concepto de los verbos rectores “apropiación” y “utilización” que permita razonablemente i) limitar el alcance del tipo penal y ii) sancionar ciertos casos problemáticos como la aplicación privada indebida de dinero bancario, bienes inmuebles, bienes inmateriales o, en general, bienes autorizados a ser dispuestos discrecionalmente. En tal sentido, la presente investigación cobra especial relevancia jurídica, en la medida que aporta criterios jurídicos para delimitar de mejor manera el ámbito de aplicación del delito tradicional de peculado doloso, evitando lagunas de punibilidad (impunidad) nocivas y limitando razonablemente el alcance del tipo penal.

Así pues, a fin de contribuir a garantizar la seguridad jurídica, 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 se haya “apropiado” de caudales públicos ni que los haya. Sobre este punto, es importante mencionar que entre 2007 y agosto de 2012, el delito contra la administración pública más cometido fue el delito de peculado con 3186 casos de un total de 5396; es decir, representó el 59% de los delitos de corrupción cometidos en ese periodo “utilizado” temporalmente. Como se explicará en el presente trabajo, el entender el elemento “utilizar” como una modalidad especial de “administración desleal de patrimonio público distinta en su naturaleza al “peculado por apropiación”, coadyuva a la no impunidad de estos casos.

De esta manera, con esta investigación se pretende identificar y delimitar el contenido y alcance de la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” contenida implícitamente en el delito de peculado doloso previsto en el artículo 387° CP. Para ello, se determinará, principalmente, qué características detenta el objeto material del delito de peculado doloso tradicional y qué se entiende por sus verbos rectores “apropiación” y “utilización”, a fin de diferenciar el ámbito de aplicación de este delito de la modalidad delictiva especial de “administración desleal de patrimonio público”. En definitiva, el presente trabajo mostrará la viabilidad dogmático-penal de sancionar, a través del delito previsto en el Art. 387° CP, a los funcionarios públicos que, no “apropiándose” ni “utilizando cosas públicas en los términos del delito de peculado tradicional (“peculado por apropiación”), disponen abusivamente de bienes públicos que administran por razón de su cargo.

Ahora, si bien no tiene una relación directa con el tema propuesto para la investigación en ciernes, el estudio bajo comentario nos lleva a la conclusión que en casi todos los tipos penales que existen en torno al bien jurídico protegido Administración Pública existen muchos aspectos que deben ser analizados y hasta reevaluados para así lograr una mejor concordancia con los postulados que protegen y garantizan los derechos subjetivos de los sujetos que acuden a las instancias del Derecho penal en pos de alcanzar justicia frente a sus pretensiones, siendo que, metodológicamente la presente tesis que adoptamos como antecedente nos conlleva a establecer un adecuado desarrollo metodológico de la problemática que en este trabajo nos proponemos solucionar, pues la tesis muestra un adecuado desarrollo correlacional entre sus diversos elementos estructurales, que a su autor llevó a alcanzar las conclusiones finales del trabajo y que han sido objeto, no cabe duda, de las más

variadas críticas que, de igual forma esperamos alcanzar; siendo que entre las conclusiones que se formula, las siguientes son de interés para nuestro estudio, y cuyo contenido será parte guía de la propuesta investigativa que se propone:

1. El buen funcionamiento de la “administración pública” –entendida como función pública- es un interés o valor constitucionalmente protegido que se desprende del artículo 39° de la Constitución y que tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de igualdad. En un Estado social y constitucional de Derecho, a través de la “administración pública” se pone a disposición de la sociedad los respectivos servicios públicos (tutela de derechos a través de los Tribunales de Justicia, defensa del Estado, educación, telecomunicaciones etc.); es decir, a través de ella se da cumplimiento efectivo del interés general.
2. El Derecho Penal, en tanto mecanismo limitado de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, constituye un instrumento de suma utilidad para garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública. El bien jurídico-penal de naturaleza colectiva-institucional que se protege a través de los delitos funcionariales es el “correcto funcionamiento de la administración pública”; es decir, no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que los ciudadanos puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses. En nuestra opinión, la teoría más acertada es la teoría del correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública, puesto que se toma en consideración primordialmente la relación existente entre administración estatal y ciudadano, antes que la mera relación funcionario-Estado.
3. La función pública, en tanto esencia del bien jurídico-penal protegido por los delitos funcionariales, debe ser entendida, a efectos penales, conforme lo propone la “teoría teleológica intermedia”; es decir, como la función proyectada al interés colectivo o social y realizada por órganos estatales o instituciones que por delegación del Estado cooperan a los fines de éste sin formar parte de su burocracia (órganos paraestatales).

De las conclusiones arribadas por el tesista, cuya tesis nos sirve de parangón para estructurar la nuestra, se aprecia un dato importante que se corresponde con uno de nuestros planteamientos: el bien jurídico protegido en los delitos funcionariales es el correcto funcionamiento de la administración pública. Ello queda tan claro en la tesis comentada que, incluso, se menciona que no se

protege a los órganos administrativos sino a la función pública misma. Tal idea es la defendida en la presente tesis, toda vez que los supremos jueces, con el afán de mantener intacta la figura de tráfico de influencias simulada, refieren que el bien jurídico protegido en el delito bajo análisis es el honor de los magistrados, resultando dicha idea, para nosotros, descabellada.

- b. En la Universidad de León obra la tesis intitulada “La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública” (2013), del Tesista JAIME A. LOMBANA VILLALBA, para optar su grado académico de Doctor, quien menciona que:

En primer término, el objeto tutelado en el ejercicio de influencias (arts. 428 y 429 del CP) son los principios de imparcialidad y objetividad, pero no del funcionario sino de las actuaciones de la Administración Pública. La imparcialidad y la objetividad son atributos predicados constitucionalmente respecto de actuaciones e instituciones, mas no de personas, frente a las cuales los términos más adecuados serían los de honestidad u honradez, atributos que en todo caso no pueden ser tutelados por el Derecho penal, no solamente por su carácter de ultima ratio, sino también porque se llegaría al absurdo de señalar que no hay antijuridicidad material cuando en el tráfico de influencias interviene un funcionario corrupto. Este bien jurídico se funda en el numeral primero del art. 103 de la CE y concretamente en la objetividad de los intereses generales, los cuales deben ser ajenos a la influencia de intereses particulares que los puedan afectar. Por último, se puede concluir que, si bien el tráfico de influencias se basa en la existencia de deberes de los funcionarios públicos, no basta con su mera vulneración para que se consume el tráfico de influencias, pues si así fuera estaríamos solamente ante una falta disciplinaria. Como se verá más adelante estas conductas punibles son delitos de peligro, por lo cual no se requiere de la efectiva lesión de la imparcialidad ni de la objetividad, pero sí que la conducta sea idónea para lesionar dicho bien jurídico, lo cual como se verá más adelante se traduce fundamentalmente en la capacidad de la influencia para motivar la actuación del funcionario público que se pretende influir y en la exigencia de que la influencia sea real y no falsa o fingida.

En esta investigación el tesista nos plantea metodológicamente el tratamiento del tema de la corrupción al interior de la Administración Pública, efectuando un adecuado análisis de aquella, precisando su proceso de formación y de las consecuencias que genera en contra de la democracia, de los principios del Derecho y de incidencia en la reducción de la eficacia del Estado; de igual

manera nos señala las formas de la corrupción pública en diversos países del orbe, pero al mismo tiempo desarrolla los diversos mecanismos a implementarse contra aquel mal, procediendo luego al análisis de la tipificación del tipo penal del tráfico de influencias y el tipo de cohecho, precisando el bien jurídico que le son objeto de protección, siendo este punto en concreto el que se iza en el eje central del antecedente investigativo. Lo relevante de la tesis en cuestión es la conclusión a la que se arriba: la influencia tiene que ser real y no fingida o falsa. Esa es precisamente la tesis que nosotros sostenemos, no se puede penalizar una acción que de ninguna manera pone en peligro o lesiona el bien jurídico protegido por la ley penal; para que la sanción sea legítima, en consecuencia, con los principios que sustentan el Derecho Penal, tiene que existir una acción dañosa de un bien tutelado, es ello precisamente (el principio de lesividad) lo que sustenta y fundamenta la intervención del *ius puniendi*. No se puede, bajo ninguna circunstancia, renunciar a tal principio, así el planteamiento defendido sea impopular o se piense que se hace en beneficio de la corrupción. Nada es más vil y despreciable que la corrupción encarnizada en los funcionarios; sin embargo, se deben buscar técnicas legislativas legitimadas constitucionalmente para sancionar a esos sujetos abyectos que pasan por encima de las esperanzas de los ciudadanos, toda vez que una ley penal mal desarrollada termina beneficiando a los delincuentes.

- c. RENÁN PIEDRAHITA JARAMILLO (2012) en su tesis denominada “El delito de tráfico de influencias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, presentada para obtener el grado de Magister en la Universidad EAFIT, ubicada en Medellín – Colombia, el tesista tras desarrollar el delito tráfico de influencias en la legislación colombiana, en especial al bien jurídico tanto ante la doctrina como ante la Jurisprudencia, presenta ante la comunidad jurídica de su país la conclusión de su investigación, a través de las cual nos informa que:

De la recopilación y análisis de la jurisprudencia podría concluirse que el tipo penal consagrado en el artículo 411 del código penal colombiano, opera en muchas ocasiones como un tipo subsidiario o residual, en tanto que en muchos casos la conducta de traficar con influencias no es más que el medio comisivo de otros de

los delitos contra la administración y quizás ello permitiría afirmar que en muchos casos resulta realmente difícil delimitar su ámbito de aplicación.

Investigación de especial referencia a seguir, toda vez que su autor nos presenta la problemática que trae aparejada esta tipificación de la conducta dañosa, sin dejar de mencionar que su tratamiento a nivel procesal deviene en uno de difícil asunción, pues se trataría realmente de un delito subsidiario o residual de otro principal, que viene a ser el delito contra la administración pública. Lo dicho por el tesista es una realidad también en nuestro país (siempre y cuando se trate del tráfico de influencias reales), ya que la corrupción tiene consecuencias en cadena, como si de un dominó se tratara. Quien trafica sus influencias, en caso estas sean reales, va a hacer uso efectivo de la posición de dominio o preferencia que tiene con el funcionario que está viendo el caso por el que se ha ofrecido a interceder, y de lograr influenciar al funcionario este adoptará una decisión contraria a derecho (en el entendido que nadie pide interceder a un tercero en un caso que sabe le asiste el derecho), generándose así otro delito en el que tendrá participación el funcionario influenciado. Sin embargo, tal reacción en cadena no concurre en el tráfico de influencias simulado, toda vez que quien aduce tener las influencias en realidad no las tiene, y el funcionario que supuestamente va a ser influenciado jamás lo será. Como puede verse, las consecuencias difieren en ambos casos, siendo solo dañosa la primera; por lo mismo, solo esa acción (traficar con influencias reales) es la que debería estar penado por nuestro ordenamiento jurídico penal.

- d. En la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (ISSN1695-0194 RECPC 16-07 / 2014) MIRIAM CUGAT MAURI, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona, en su Artículo intitulado “EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS: Un tipo prescindible” resumidamente nos precisa que:

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.

El trabajo de investigación que antecede se constituye en un antecedente de nuestra investigación en razón a la sesuda propuesta investigativa que su autora nos alcanza, con especial referencia a la relación existente entre la corrupción y el tráfico de influencias, siendo que sobre este último punto evidencia que en la práctica no existen condenas sobre el tipo penal en estudio. Al respecto continúa refiriendo:

Si tuviéramos que inferir la realidad criminal de nuestro país a partir del número de condenas por tráfico de influencias, deberíamos llegar a la conclusión de que el favoritismo o amiguismo, de existir, no compromete la función pública de modo esencial, o sólo lo hace en casos aislados de flaqueza personal ante puntuales requerimientos de próximos o familiares. Sin embargo, a nadie se le ocurre confundir la realidad criminal con la judicial; como tampoco pensar que el único punto de debilidad de los funcionarios sean sus amigos o familiares. El reconocimiento de una cifra negra o desconocida de delitos permite suponer que existen más casos de los que reflejan las estadísticas policiales o judiciales; del mismo modo que las conocidas relaciones entre la Administración y el poder político o económico permiten plantear que, además de los amigos o familiares, también acceden e influyen sobre los funcionarios aquellos de quienes depende su promoción política o económica o con los que comparten un ideario o programa de actuación común.

Desde estas premisas, la escasa o hasta anecdótica presencia judicial del delito no puede considerarse fiel reflejo de su negada irrelevancia criminológica. El problema radica en conocer las dimensiones de la cifra negra, por definición inaprehensible, así como los criterios que explican el porqué, de todas las conductas prohibidas, sólo algunas acaban siendo objeto de condena penal. Lo dicho por la autora es una verdad que se comprueba al ver la realidad de la sociedad en la que vivimos, el hecho que no haya una cifra considerable de condenas por el delito que es materia de investigación no quiere decir que este no tenga lugar en la realidad, pues la verdad es todo lo contrario. Es una opinión generalizada que el amiguismo está enraizado dentro de la administración pública, quien tiene su amigo o padrino o como quieran llamarlo dentro de la administración es muy probable que consiga todo lo que

se propone, así lo propuesto sea contrario a derecho. Sin embargo, no debemos perder de vista el objetivo de esta investigación, el cual es identificar el bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias a fin de hacer prevalecer la vigencia de los principios del Derecho Penal y sustentar, así, la desregulación de la modalidad simulada. Por lo que, si bien lo dicho por la tesista española es una verdad concurrente en la sociedad peruana, esto solo debe servirnos para tener en cuenta que se debe combatir el tráfico de influencias solo cuando estas son reales y por lo tanto puede mellar el correcto funcionamiento de la administración pública.

- e. Un antecedente diametralmente opuesto a la propuesta que se planea presentar viene constituido por el trabajo de investigación presentado, en el año 2008, ante la Universidad San Carlos de Guatemala por la tesista WENDY CAROLINA ÁLVAREZ AQUINO, cuyo título es: “ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN LA LEY PENAL GUATEMALTECA”, en donde desarrolla los antecedentes históricos de la corrupción, su definición y su aplicación en el ámbito público, sus causas, los efectos y sus aspectos relevantes, siendo uno de los puntos relevantes la relación existente entre la anomia y la corrupción, con especial indicación del tráfico de influencias y la lucha que desde el Estado se realiza para evitarlo, precisando el tipo penal del tráfico de influencias tanto en Guatemala como en Latinoamérica, llegando a las conclusiones siguientes:

1. Se determinó, que por no estar debidamente tipificado el tráfico de influencias como delito en la ley penal guatemalteca, es el medio más idóneo para que los funcionarios públicos por la posición en que se encuentran, puedan cometer actos contrarios a la ley o no contrarios a la misma, pero si contrarios a la ética profesional, sin que exista la manera de penarlos por esos actos de abuso de poder.
2. Mientras no se regule la acción de tráfico de influencias, como un delito en el Código Penal, ésta seguirá realizándose constantemente, por todos los funcionarios públicos, que deseen cometerla para favorecerse, individual o colectivamente través del Estado.
3. La gran mayoría de funcionarios públicos aprovechando el cargo público, cometen constantemente los delitos de corrupción, enriquecimiento ilícito, lavado

de dinero, crimen organizado y narcotráfico, siendo como primera opción de delito, el tráfico de influencias.

4. El Estado a través de sus tres poderes y el sector empresarial, no tienen la mínima intención de respaldar la tipificación del delito de tráfico de influencias en el área penal de nuestro país.

5. Al analizar la base legal y política, para sancionar a un funcionario público, que cometa algún delito tipificado en el marco jurídico del país, es puramente, de forma y no de fondo, ya que no existe un control eficaz, de todas las funciones que realiza durante el desempeño de su cargo.

Como puede apreciarse, la autora reclama a los legisladores de su país la tipificación del delito de tráfico de influencias, no precisando si tal tipificación debe contener las dos modalidades conocidas en la legislación comparada. A pesar de ello se puede inferir, al mencionar que el tráfico de influencias es el delito preferido por los funcionarios de su país que les permite enriquecerse, que la autora se refiere al tráfico de influencias reales, esto es, cuando el traficante sí tiene las influencias sobre el funcionario que va a resolver la controversia en la que es parte quien paga por las influencias. Así las cosas, debe quedar claro que la posición defendida por la autora es congruente con la posición adoptada en el presente trabajo de investigación, aunque de una lectura no tan minuciosa pareciera incoherente ello. En este trabajo se propugna la despenalización del delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, no tocando para nada la modalidad real o efectiva de la influencia, dado que creemos conveniente que esta última modalidad sí se encuentre penalizada por nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que, como se ha dicho precedentemente, la corrupción es un mal que carcome la institucionalidad de nuestro país y nos mantiene en el atraso y subdesarrollo.

2.2. Bases teóricas

Para lograr los objetivos propuestos en la presente investigación jurídica, se elaboró el marco teórico teniendo en cuenta los diversos aspectos relacionados, en primer término, sobre el Derecho Penal y los Principios orientadores que lo rigen, posteriormente se abordará el tema referido al *ius puniendi* Estatal y finalmente sobre los delitos contra la Administración Pública y la modalidad de Tráfico de Influencias.

2.2.1. Antecedentes del Derecho Penal

Ahora bien, respecto al Derecho Penal y la Teoría del delito, se tiene lo precisado por HURTADO POZO (2011), quien relata que:

Antes del siglo XIX, se empleaba la denominación derecho criminal, luego se ha preferido hablar de derecho penal. Sin embargo, se ha vuelto a recurrir a la primera de manera esporádica.

De mucho tiempo fue el único medio de mediación de reacción contra los delincuentes. De esta manera, no se comprenden otra forma de sanción como las medidas de seguridad (pág. 7).

Asimismo, “el Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que define ciertas conductas como delitos y establece la imposición de penas o medidas de seguridad a los infractores” (Villavicencio Terreros, 2009, pág. 7).

A su vez, Welzel nos manifiesta que “el Derecho Penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad” (1956, pág. 1).

Por su parte, Roxin precisa que “el Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección” (1997, pág. 41).

Así mismo, Udo Ebert (2005) al referirse sobre el Derecho Penal, señala que:

Sirve a la protección de la convivencia pacífica de los seres humanos en sociedad, preservando toda condición indispensable para dicha coexistencia. Por consiguiente, la misión del Derecho Penal es la defensa del orden social frente a afectaciones trascendentales; con otras palabras; su misión consiste en la lucha contra la conducta socialmente dañosa (pág. 1).

El derecho penal es una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o, lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado. Así lo desarrolla NUÑEZ (1999), argumentado además que:

El derecho penal regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias. Estas no se agotan hoy en las penas, como sucedía en las leyes antiguas y en las legislaciones clásicas, cuyo único objetivo era el castigo del delincuente. Uno de los aportes fundamentales de la escuela positiva de derecho criminal, fue su valor como incentivo para ampliar los medios jurídicos utilizables por el Estado para luchar contra la delincuencia, agregando a las penas, las medidas de

seguridad, también como un medio regulable por el legislador penal y cuya aplicación presupone la comisión de un delito y un debido proceso judicial (pág. 15).

El Derecho Penal, según el profesor MIR PUIG, “deviene en la forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos, los delitos. Se trata pues de una forma de control social tan importante para ser monopolizado por el Estado” (1998, p, 5). Por su parte, BUSTOS RAMÍREZ indica que “el Derecho Penal tiene pues un objetivo de carácter sistemático, es decir dar desarrollo y explicación coherentes y racionales a estas reglas jurídicas referidas al delito y a las penas” (2004, p, 246); siendo que, para VILLA STEIN “es una ciencia social normativa, su materia corresponde no solo las normas existentes y su referente conductual implicado paradigmática y realmente en la teoría del delito” (2001, p, 75).

Para el profesor alemán VON LISZT (1927) “el Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (pág. 5); de otro lado, para WELZEL, el Derecho Penal es “aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictiva y le impone penas o medidas de seguridad” (1976, pág. 11).

En la Doctrina Peruana BRAMONT ARIAS lo define como “un medio de control social que se caracteriza por imponer sanciones -penas o medidas de seguridad- cuando se han cometido acciones graves que atenten contra los bienes jurídicos de mayor valor de la sociedad” (1998, pág. 103). En el mismo sentido HURTADO POZO expresa que:

El Derecho penal es un medio de control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados. Con ellos, se trata de superar las tensiones sociales: generales, de grupo y/o de individuos. Cualquiera que sea el sistema político-económico de una sociedad, el Estado tratará de “desmontar los elementos conflictivos potenciales y de aceitar la maquinaria de la circulación social. (1987, pág. 13).

Debe tenerse presente que el delito viene a ser “un comportamiento que, ya sea por propia voluntad o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley. El delito, por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena” (En: <https://definicion.de/delito/>, visto el 14/08/2017).

Por su parte, el profesor argentino RICARDO NÚÑEZ (1999), señala que:

El derecho penal es una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o, lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado. El derecho penal regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias. Estas no se agotan hoy en las penas, como sucedía en las leyes antiguas y en las legislaciones clásicas, cuyo único objetivo era el castigo del delincuente. Uno de los aportes fundamentales de la escuela positiva de derecho criminal, fue su valor como incentivo para ampliar los medios jurídicos utilizables por el Estado para luchar contra la delincuencia, agregando a las penas, las medidas de seguridad, también como un medio regulable por el legislador penal y cuya aplicación presupone la comisión de un delito y un debido proceso judicial. (pág. 15).

2.2.2. Derecho penal subjetivo

Consideramos que el Derecho Penal se encarga de establecer la potestad que tiene el Estado de imponer sanciones a las acciones punibles de las personas en un determinado ordenamiento jurídico, salvaguardando el orden social.

Ahora bien, el Derecho penal subjetivo, según refiere García Cavero, puede definirse como “la facultad de imponer penas ante la realización de un hecho delictivo. A esta facultad punitiva se le conoce también con la denominación latina de *Ius puniendi*” (2012, pág. 113).

Por su parte, VILLA STEIN (2014), manifiesta que:

Se refiere esta categoría al derecho de castigar que tiene el Estado y responde originariamente al modelo del “pacto social” según el cual los ciudadanos entregan al Estado la facultad de predeterminar los injustos en atención a la importancia de los bienes jurídicos, y a la facultad de castigar si se dan los supuestos previstos en la ley (pág. 128).

Así también, BACIGALUPO ZAPATERO, menciona que “el Derecho Penal subjetivo o *Ius puniendi* es definido como la capacidad represora del Estado como ente monopolizador y titular del mismo, conferida políticamente por el contrato social” (1997, pág. 16).

PEÑA CABRERA FREYRE (2011), con respecto al *Ius puniendi* manifiesta que:

Es la potestad de imponer penas y medidas de seguridad y radica en un acto de plena soberanía. Es una facultad que se encuentra revestida para organizar el orden social conforme a los fines de la sociedad y la Nación; como una forma racional y civilizada de solucionar la conflictividad social más grave, esto es, el delito, poniendo freno a iracunda irracionalidad de tomar la violencia punitiva de propia mano (p, 195).

Estamos de acuerdo que el Derecho Penal subjetivo resulta la autoridad de aplicar una determinada pena de acuerdo a la ejecución de un hecho contrario a las normas jurídicas imperantes en un Estado social de Derecho.

Al referirse sobre los fundamentos del *ius puniendi*, VILLAVICENCIO TERREROS (2009), afirma que la función punitiva del Estado Social y democrático de Derecho se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente. Así mismo, manifiesta que la denominación *Ius Puniendi* es incorrecta, argumentando que “aquella función no puede concebirse como un derecho (*Ius*), tal denominación no alcanzaría a comprender a la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma. Este Derecho Penal subjetivo no existe hasta que no se dicte la norma que origina al Derecho Penal Objetivo” (p, 87, 88).

A su vez, UDO EBERT (2005), explica que el *Ius puniendi* tiene diversas funciones:

- a) Sirve a la comprobación de en qué medida ciertas formas de comportamiento y sus consecuencias contradicen al orden social;
- b) Tiene la función de inducir a los seres humanos hacia un comportamiento correcto;
- c) Sirven para la conservación de bienes jurídicos y, correlativamente, a la evitación de lesiones de los bienes jurídicos (p, 3).

Así mismo, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2014), manifiesta que una de las finalidades del poder punitivo corresponde a:

Aquella pretensión de evitar aquellos comportamientos que supongan una grave perturbación para el mantenimiento y evolución del orden social al que constitucionalmente se aspira a llegar. En otras palabras, el Derecho penal, en sentido amplio, es concebido como uno de los instrumentos con que cuenta la sociedad para poder garantizar la convivencia pacífica entre sus miembros. Empero, el Derecho penal no solo tiene una finalidad represiva o sancionadora, sino que además implica dotar a la persona de ciertas garantías generales y específicas que lo protegen ante la eventualidad de ser sometido a un proceso penal y en ultimo termino ante la posibilidad de imposición de una sanción punitiva (p, 19).

Con respecto al *ius puniendi* estatal se tiene que GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2005) señala que:

Históricamente el Estado ha monopolizado el poder de castigar, operando de esta manera como poderosa instancia pública capaz de resolver el conflicto criminal de forma pacífica e institucional, racional y previsible, formalizada, eficaz e igualitaria con escrupuloso respeto de las garantías individuales; asegurando la justa tutela de los bienes jurídicos fundamentales, monopolizando la violencia privada y la autodefensa; siendo que, la naturaleza del *ius puniendi* pretende buscar una fundamentación a sus límites. Resultando que, dentro de la naturaleza del *ius puniendi*, hay que distinguir tres momentos en la vida de la norma: 1°. Antes de emanar la norma jurídica. En este momento no se puede hablar con rigor de *ius puniendi*, de un derecho subjetivo de castigar; 2°. Una vez dictada la norma jurídica. Surge el deber de obediencia del ciudadano, y el derecho subjetivo del estado para exigir esa obediencia; y, 3°. Cuando se infringe la norma jurídica, nace el derecho subjetivo del Estado a castigar, derivado de la violación de la norma por el infractor. (pág. 45).

2.2.2.1.Límites al Ius puniendi

En cuanto a los límites del *ius puniendi*, en primer lugar, debe quedar claro que el único titular del mismo solo lo es el Estado; en segundo lugar, hay que someterlo a la regulación que dispone el ordenamiento jurídico, (*nullum crimen, sine lege*); luego someterlo a los Jueces y Tribunales que aplican las leyes y las penas dispuestas por el ordenamiento jurídico (*nulla poena, sine legale iudicio*). Pero no solo a estos, incluso a límites tanto formales como materiales o límites político-criminales. Así, se sostiene que dentro de los límites formales del *ius puniendi* encontramos al principio de legalidad, cuyo contenido esencial radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide por tanto con el denominado “principio de legalidad de los delitos y las penas” que se expresa mediante el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

Queda claro, entonces, que el Derecho Penal se sustenta en principios que orientan la creación, vigencia y ejecución de las leyes penales, los mismos que deben ser respetados por los legisladores (quienes promulgan las leyes que contiene el ordenamiento jurídico) y los operadores del Derecho (sobre todo si se considera que los jueces tienen la facultad de inaplicar una ley que consideren inconstitucional, en estricta aplicación del control difuso). Ante ello, se evidencia que en la tipificación de la modalidad simulada del tráfico de influencias se ha pasado por alto uno, si no acaso más, de los principios del Derecho Penal: el Principio de Lesividad. Lo expuesto en el presente trabajo encuentra sustento dogmático en los autores citados precedentemente, quienes a lo largo de los años se han encargado de explicar en qué consisten los

principios que informan el Derecho Penal y la importancia de los mismos para la legitimidad del *ius puniendi*.

Respecto a los límites del *ius puniendi*, GARCÍA CAVERO (2012) nos manifiesta que:

La potestad estatal de castigar las conductas lesivas no puede ejercerse de forma irrestricta, de manera tal que no es posible que el Estado optimice al máximo el objetivo perseguido con la pena, al extremo de caer incluso en una situación de terror penal o en una injerencia sobre el esquema de valores del ciudadano. El sistema penal debe sujetarse a un conjunto de principios o garantías que limiten el ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Estos límites se les conoce también como principios políticos criminales, en la medida que condicionan el uso del Derecho penal para hacer frente a las conductas socialmente dañosas (p, 116).

Es así que manifestamos que este límite responde a que el poder punitivo sancionador de conductas no puede caracterizarse como absolutas y arbitrarias, puesto que existen principios que determinan la correcta aplicación de esta facultad estatal.

De acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, explica VILLAVICENCIO TERREROS (2009), para que una conducta sea considerada ilícita:

No solo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Si se obviara este principio, el de intervención mínima sería un límite demasiado vago. Por el contrario, con su existencia se debe precisar qué es lo protegido y, con ellos, el Estado intervendría limitando su función punitiva (p, 94, 95).

Este principio establece que “el Derecho Penal solamente puede intervenir para proteger bienes jurídicos que merezcan dicha protección, por lo que la intervención penal no puede sustentarse en cuestiones meramente morales o de simple orden social” GARCÍA CAVERO (2012, p, 118).

El Derecho Penal de un Estado social, refiere PEÑA CABRERA FREYRE, ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad; de tal manera, que su intervención en la esfera de libertad ciudadana se justifica en cuanto a la tutela de bienes jurídicos, con arreglo al principio de ofensividad.

Por otro lado, de acuerdo al principio de mínima intervención del Derecho penal, VILLAVICENCIO TERREROS (2009) manifiesta que:

El Estado solo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, para mantener el orden democrático y social establecido. En un Estado social, el Derecho Penal se legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Este principio de la necesidad de la intervención estatal es, pues un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias (p, 92).

Así mismo, GARCÍA CAVERO, explica que, según este principio, el Derecho Penal solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros sistemas de control extrapenales (2012, p, 136).

Cabe señalar que el Derecho Penal actual es relativo, encontrándose regido bajo los alcances del imperio de la ley, esto es de los controles políticos, los que en sí no se deducen de las teorías de la pena, ya que se trata de controles establecidos en la Constitución Política y que requieren actos concretos de parte del Gobierno, limitando así las facultades propias del Poder Judicial para la aplicación del Derecho penal mediante autorizaciones de poder, ya sea del Ejecutivo o del Legislativo. “Las normas penales tienen a su vez otros límites políticos, previamente legislados, en la Constitución o en las leyes penales, que excluyen a ciertas personas del alcance de la justicia penal o que limitan el ejercicio del *ius puniendi* en el tiempo” (BACIGALUPO, pág. 37-38).

2.2.3. Principios del Derecho Penal

Señala también que los principios penales “vienen a representar los límites a la coacción del Estado impuestos por la protección de la libertad; siendo el de mayor tradición el principio de legalidad, cuya vigencia es indiscutida, pero de realización práctica extremadamente difícil” (1999, pág. 75). En consecuencia, el Derecho Penal deviene en el instrumento de control social formal por medio del cual el Estado, a través del sistema normativo de leyes penales “castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias a fines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), asegurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo” (pág. 1990).

Por principios penales, de igual forma, se entiende lo siguiente:

Los principios son, ante todo, fuente origen y fundamento de aquello a que se refieren. Por ellos comienza una cosa o un conocimiento. Fernández Carrasquilla cita a Miguel Reale y dice que “se trata de ciertos enunciados lógicos que se admiten como condición o

base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber.

Por los principios comienzan las ciencias y por lo tanto ellos explican todos y cada uno de los conocimientos de cada ciencia particular, pero se encuentran fuera de esta y no pueden ser explicados por ello. Los principios por consiguiente son el mejor punto de partida (se remite a Aristóteles) pero de ninguna manera representan un punto de llegada o estado terminal del conocimiento, para derivar conocimiento, los principios deben ser desarrollados y concretados, de tal modo que el conocimiento que se quede en ellos no pasa de la generalidad. En el campo jurídico esto significa que han de ser puestas en relación de sentido y armonía, con las normas a que se refieren y a las que inspiran. El principio que no se aplica, no sólo no sirve para nada, sino que en verdad no es “principio de nada”.

Los principios jurídico-penales son formulaciones conceptuales y abstractas, no reductibles a otros conceptos del derecho penal, de lo que deriva o en lo que se fundan todo conocimiento y toda norma jurídico-penal y de los que en consecuencia no pueden separarse ninguna práctica (Teórica o judicial) del Derecho Penal Positivo. (En: <https://derechopedia.pe/derecho-penal2/derecho-penal/92-principios-fundamentales-del-derecho-penal>, visto el 30/08/2017).

En: <http://derecho.isipedia.com/primeroteoria-del-derecho/09---principio-regla-y-ley>, visualizado el 14/08/2017, se informa respecto de los caracteres de los principios y que los diferencian del resto de normas, a saber:

- Son fundamentales, establecen las razones, los fundamentos para la actuación. Explican el por qué debe realizarse o no un comportamiento.
- Son generales, prescriben de una manera genérica, marcan el límite que no debe ser traspasado.
- No son definitivos o concluyentes, constituyen simples directrices que se consideran óptimas, pueden ser cumplidos en diferentes grados.
- Cumplen dos funciones: validez y conocimiento; definen las conductas válidas y ayudan a que se conozcan las líneas que deben guiar nuestra actuación.
- Son normas abiertas que carecen de la determinación fáctica, no sabemos nítidamente cuándo han de ser aplicadas.
- No determinan necesariamente la decisión, sólo proporcionan razones a favor de una u otra de las opciones que se nos presentan como alternativas.
- Tienen una dimensión de peso. Cuando se produce una colisión entre 2 principios, a uno de ellos se le concede mayor peso sin que se invalide el otro.

2.2.3.1.Principio de legalidad

En cuanto a los principios del derecho penal, refiere COBOS DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (1982) que “el principio de legalidad, llamado también principio de reserva; en su literalidad se identifica con la reserva a la ley, de manera absoluta, de todo lo relativo a la configuración del delito y a su penalización” (pág. 80).

La literatura especializada en materia penal es unánime al señalar que el principio de legalidad se sintetiza en las expresiones latinas universalmente empleadas: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En otros términos: no hay crimen ni pena sin que previamente una ley así lo haya determinado. El creador intelectual de este principio fundamental para el Derecho fue FUERBACH, que a su vez lo recogió de la Revolución Francesa, que lo consagró en el artículo 8º de la Declaración de Derechos del Hombre en el año de 1789.

El Principio de Legalidad es sin lugar a dudas el principio más importante del derecho administrativo puesto que establece que las autoridades administrativas –y en general, todas las autoridades que componen el Estado– deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades.

Esto implica, en primer lugar, que la Administración se sujeta especialmente a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto, vale decir, el Parlamento. Lo que ocurre es que en el Estado de Derecho se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción. Es una Administración sometida al Derecho, aunque la misma está habilitada para dictar reglas generales –reglamentos fundamentalmente-, estas están subordinadas a la ley.

En segundo lugar, la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o principio de no coacción, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa. La discrecionalidad, como resultado, va reduciendo su existencia a límites casi virtuales, lo cual es consistente con la moderna teoría administrativa, e incluso, con reiterada jurisprudencia, en especial la emitida por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, la Administración Pública, al emitir actos administrativos –que, por definición, generan efectos específicos, aplicables a un conjunto definido de administrados– debe adecuarse a las normas reglamentarias de carácter general. Estas

últimas evidentemente deben de complementar debidamente la norma legal que les da sustento, cumpliendo con reglamentarla de manera adecuada, en el caso de los llamados reglamentos ejecutivos. En el caso de los reglamentos autónomos, la Administración debe respetar las normas legales en general y en especial aquella que le otorga potestad reglamentaria a la entidad.

2.2.3.2.Principio de subsidiaridad

Otro principio del Derecho Penal es el de subsidiaridad, que, como todo el ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos, pero, debe quedar en claro que esta actuación opera únicamente en cuanto fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho. Ello ha llevado a un cierto sector de la doctrina a decir que “frente a estas otras ramas jurídicas, el derecho penal tiene carácter subsidiario” (MUÑOZ CONDE, 2001, pág. 108).

De tal forma que este principio:

Solo puede ser entendido en el marco de una economía social de mercado, que es el modelo económico del Estado democrático y social de derecho. Por cuanto, conforman los principios de la economía social de mercado, además del principio de subsidiariedad, los servicios públicos, la protección al consumidor y el principio de solidaridad. La subsidiariedad comprende un conjunto de actividades económicas institucionales que son esenciales para la sociedad, aunque no para la existencia del Estado.

Las actividades esenciales para el funcionamiento del Estado se enmarcan en el artículo 44 de la Constitución, cuando se precisa que: “Son deberes primordiales del Estado “defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

Lo cual justifica el establecimiento de poderes del Estado, como el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, así como, de instituciones como las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, el Banco Central de Reserva, los organismos electorales, el Tribunal Constitucional, entre otros. Poderes e instituciones que realizan actividades estatales que son necesarias para el funcionamiento del Estado al servicio de los ciudadanos. (En: <http://forseti.pe/revista/derecho-constitucional-y-derechos-humanos/articulo/el-principio-de-subsidiariedad-en-el-marco-de-la-constitucion-economica-del-peru>, visto el 4/07/2017).

2.2.3.3.Principio de culpabilidad

Respecto del principio de Culpabilidad ROXÍN nos enseña que:

La pena no puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada. La intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto. (1997, pág. 99-100).

En la doctrina penal peruana actual bajo el principio de culpabilidad se engloban una serie de exigencias políticas criminales que condicionan responsabilidad penal, concretándose estas exigencias en la necesidad de una vinculación personal (dolo o culpa) del sujeto con el hecho, de una responsabilidad determinada sólo por el injusto cometido con prescindencia de consideraciones sobre la personalidad, los hábitos o forma de vida del autor y también en la idea de proporcionalidad en tanto que es fundamento de la pena y requisito para su medición. La culpabilidad también tiene una dimensión dogmática en cuanto, según la doctrina dominante, es un elemento del delito que implica la concurrencia de imputabilidad, conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de otra conducta.

2.2.3.4.Principio de proporcionalidad

Otro principio orientador del Derecho Penal viene representado por el denominado Principio de Proporcionalidad, que rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplando este en su significado global. “En sentido restringido, el principio de proporcionalidad, se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas” (MIGUEL CARBONEL, 2008, pág. 8). Por su parte, BERNAL PULIDO nos refiere que “en sentido amplio, el principio de proporcionalidad se manifiesta a través de tres criterios: el mandato de idoneidad; el mandato del medio alternativo menos lesivo o mandato de necesidad y el mandato de proporcionalidad en sentido estricto” (2003, pág. 798-803). Ahora bien, en el fundamento 25 de la STC N° 579-2008-PA7TC, el Tribunal Constitucional peruano establece:

Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de

proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. (En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>, visto el 15/07/17)

2.2.3.5. Principio de intervención mínima

Un principio más relacionado de manera directa con el tema estudio que aquí se propone viene a ser el denominado Principio de intervención mínima, el cual quiere significar que el poder punitivo del Estado está limitado a una reducida actuación; o, lo que es lo mismo decir, que el Derecho Penal solo debe intervenir en los ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, hablándose así del carácter subsidiario del Derecho Penal, siendo que, parafraseando a MUÑOZ CONDE, la subsidiariedad del derecho penal es solo una consecuencia del principio de intervención mínima. De tal forma que al Derecho Penal le corresponde la protección de los bienes jurídicos, pero no será necesaria su intervención en la sociedad cuando dicha protección, que debe ser exclusiva en tanto se trata de bienes jurídicos, se pueda conseguir por otros medios menos lesivos para los derechos individuales.

Por intervención mínima del Derecho penal ha de tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques más graves. El Derecho penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario del Derecho penal) y sólo cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria). (En: https://es.wikipedia.org/wiki/Principios_limitadores_del_derecho_penal, visto el 21/08/2017).

El postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que no pueden ser amparados por el Derecho penal intereses meramente morales, y esto no implica que los bienes protegidos no sean morales, sino que su protección no sólo sea por ese motivo, sino por algo aún con mayor trasfondo. Un Estado social y democrático sólo deberá amparar como bienes jurídicos aquellas condiciones que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social, y además para ser protegidos tienen que tener una importancia fundamental. Este postulado puede verse como una exigencia del Estado democrático. Además, también se pueden fundamentar en que sean los propios ciudadanos quienes decidan qué objetos reúnen las condiciones requeridas para constituir bienes jurídicos-penales.

Por su parte PEÑA CABRERA FREYRE (2011), explica que:

Importa que, en un Estado de Derecho, el programa punitivo debe intervenir lo menos posible en la esfera de libertad de los ciudadanos, mejor dicho, de forma racional y ponderada; una excesiva intervención del Derecho penal anuncia la negación de su propia legitimidad y abre peligrosos espacios para la arbitrariedad y persecución penal, a veces política (p, 236).

Principio también conocido como principio de última ratio o principio de subsidiariedad. Así, SALAZAR MARTINEZ (2009), considera que:

El derecho penal solo debe ser utilizado como recurso de ultima ratio, cuando otros medios resultan ineficaces; impone la necesidad de agotar previamente recursos no penales, cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero pueden resultar más eficaces que las penales para la protección de bienes jurídicos. Este principio vincula tanto al legislador, a la hora de creación de normas penales, como al juzgador, al momento de aplicar la ley a los casos concretos; pero también alcanza al órgano ejecutivo, tanto por lo que hace a la actuación del Ministerio Público en el ejercicio de la acción persecutoria, como con la relación a la fase de ejecución penal (p, 86).

2.2.4. Derecho penal objetivo

El Derecho Penal objetivo en sentido formal puede ser definido como el conjunto de disposiciones jurídicas que establece qué conductas constituyen delito y cuáles son las penas aplicables a dicho delitos. GARCÍA CAVERO (2012, p, 67).

Así mismo, se puede definir al Derecho Penal, en sentido formal, como el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente y le asignan como consecuencias jurídicas más importantes, penas o

medidas de seguridad (2013, p, 1. En: <https://www.doccity.com/es/concepto-formal-de-derecho-penal-apuntes-derecho-penal-1/382667/>).

Consideramos que el Derecho Penal formal se halla compuesto de preceptos que contienen un conjunto de conductas consideradas típicas asignándoles determinadas consecuencias jurídicas (penas o medidas de seguridad).

2.2.4.1.La Ley penal

La ley penal, manifiesta GARCÍA CAVERO, presenta una peculiaridad y es que el supuesto de hecho está constituido por un delito y la consecuencia jurídica por una pena para los imputables y/o por una medida de seguridad para el caso de los sujetos peligrosos inimputables o semi-imputables (2012, p, 68).

Al respecto, VILLA STEIN (2014), refiere que:

La ley penal es la única fuente formal directa e inmediata del Derecho Penal y se caracteriza por ser obligatoria, pues deben acatarla todos los ciudadanos y órganos del Estado o sus jueces, de modo que, para aquellos, son reglas de conducta y para estas normas de decisión (p, 174).

Así mismo, LUZÓN PEÑA, citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ (2014), pronunciando que:

La Ley penal es la fuente principalísima del Derecho Penal por ser fuente exclusiva en todo lo relativo a la creación o agravación de la responsabilidad criminal (reserva de la ley en materia penal). Es decir, que solo por la ley emanada adecuadamente del Poder Legislativo – o por funciona delegada al Poder Ejecutivo – se puede hacer en sentido objetivo del Derecho Penal como crear, modificar o suprimir los hechos punibles del Código Penal o legislación complementaria: delitos y faltas, por ley solo se puede agravar o atenuar la pena o medida de seguridad de un hecho punible (p, 294, 295).

2.2.4.2.La Norma jurídico – penal

El jurista GARCÍA CAVERO (2012) nos explica lo siguiente respecto de la norma jurídico – penal:

En la base de toda ley penal completa –entiéndase como tal aquella que contiene un delito como supuesto de hecho y una pena como consecuencia jurídica–, existe una norma penal con un mensaje prescriptivo. En función a quien va dirigida la prescripción, la doctrina penal ha distinguido entre norma de conducta (dirigida a los ciudadanos) y normas de sanción (dirigida a los jueces) (p, 72).

La norma de conducta asume, por lo general, la forma de una prohibición (norma de prohibición), en la medida que proscribe la realización de determinadas conductas

lesivas. Pretende impedir que los destinatarios de la norma de inmiscuyan de forma especialmente grave en una esfera de organización de terceros (p, 73).

La norma de sanción es una norma dirigida al juez para que imponga la sanción al autor del delito. En la norma de sanción, es posible encontrar también una función de determinación y de valoración. Como norma de determinación, la norma de sanción se dirige al juez para determinarlo a imponer al autor del delito la pena prevista en la ley. Pero el cumplimiento de esta orden requiere que el juez determine previamente, con base en la norma de conducta que subyace al tipo penal, si el autor realizó el hecho delictivo o no. Aquí la norma de sanción opera como una norma de valoración (p, 75, 76).

2.2.5. Derecho penal objetivo material

Respecto al Derecho Penal objetivo material, en sentido estricto, el jurista HURTADO POZO (2011) refiere que:

Cuando se habla de derecho penal se hace referencia a las reglas relativas a las infracciones (tipos legales y condiciones substanciales de la represión) y a las sanciones. Se trata del llamado derecho penal material o derecho penal de fondo. Al contrario, en sentido amplio se desprende el conjunto de reglas establecidas en todo el ámbito penal, comprendiéndose además del derecho penal material, el derecho penal formal y el derecho de ejecución penal (p, 10).

Del mismo modo el jurista alemán ROXIN (1997), nos señala que:

El derecho penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la “materia” de la justicia penal y se denomina también por ello “Derecho penal material”. Este derecho penal material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados que solo junto con el derecho penal regulan legalmente todo el campo de la justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el derecho procesal penal, el derecho de la medición de la pena, el derecho penitenciario, el derecho penal juvenil y la criminología (p, 44).

Entendemos así al Derecho Penal en sentido material como, parte del ordenamiento jurídico que salvaguarda los bienes jurídicos fundamentales de la persona y la sociedad ante las conductas ilegales, configurándose como un elemento importante regulador del orden social.

2.2.5.1.La Teoría de la Pena

Por otro lado, VILLAVICENCIO TERREROS (2009) manifiesta, respecto a la teoría de la pena:

La pena es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana. Sin embargo, su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal, pero sin embargo faltaría comprobar si en la realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad. Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ella logra sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites punitivos (p, 46).

A su vez, REÁTEGUI SÁNCHEZ (2014), señala que:

El fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los ciudadanos, ni que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su enmienda (p, 1280).

Finalmente, la teoría de la pena es entendida como un instrumento encargado de identificar si el poder punitivo reflejado en la pena resulta aplicable y útil y sus efectos se han logrado de una manera satisfactoria.

2.2.5.2. Teoría del delito y sus elementos

Asimismo, al referirse a la teoría del delito o teoría de la imputación penal, VILLAVICENCIO TERREROS (2009), manifiesta que:

Se encarga de definir las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como un hecho punible. Tiene su campo de estudio en la parte general del Derecho Penal. La teoría del delito no se ocupa de los elementos de los tipos delictivos concretos sino aquellos aspectos del concepto de delito que son comunes a todos los hechos punibles (p, 223).

Tal como manifiesta VILLA STEIN, la teoría del delito es un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis secuento del delito como conducta humana compleja e inaceptable transgresora de la norma estatal prohibitiva o imperativa (2014, p, 241).

A su vez, MIR PUIG señala que constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible (2013, p, 117).

Así mismo, PEÑA CABRERA FREYRE (2011), manifiesta que la teoría del delito constituye:

Una construcción teórica conceptual, compuesta por una serie de niveles o categorías dogmáticas, cuyo objetivo principal es determinar cuándo una conducta humana ha de ser merecedora de una sanción punitiva, en cuanto a la concurrencia de los presupuestos de punición (p, 211).

En resumen, la teoría del delito se funda en la determinación de los rasgos de una conducta para establecer si ésta es merecedora de imputación penal, concurriendo para ello una serie de elementos o categorías dogmáticas.

El delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Además, VILLAVICENCIO TERREROS (2009), manifiesta que:

Los niveles de análisis son tipo, antijuricidad y culpabilidad, estos distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. Solo una acción u omisión puede ser típica, solo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable (p, 226).

A su vez, JIMENEZ DE ASÚA citado por VILLA STEIN refiere que el delito es un acto típicamente antijurídico imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella (2014, p, 245).

Así mismo, PEÑA GONZÁLES y ALMANZA ALTAMIRANO señala que toda ley penal tiene un presupuesto y una consecuencia jurídica. De acuerdo a esto, el delito es todo acto humano voluntario que se adecua al presupuesto jurídico de una ley penal (2010, p, 62).

El concepto de delito implica, por un lado, un juicio de desvalor que recae sobre un hecho antijurídico y, por otro, un juicio de desvalor sobre el autor de ese hecho, al que se le llama culpabilidad. SALAZAR MARTÍNEZ (2009, p, 12).

En ese sentido, consideramos que el delito puede definirse como una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable, que se halla sometida a una sanción punitiva como la pena o, de ser el caso, una medida de seguridad.

Consecuentemente, como bien señalan PEÑA GONZÁLES y ALMANZA ALTAMIRANO (2010), la tipicidad es:

Una figura que crea el legislador para hacer una valoración de determinada conducta delictiva. En sencillas palabras, podemos decir que es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes (p, 123).

A su vez, VILLAVICENCIO TERRERO (2009), refiere que:

La verificación de si la conducta realizada coincide con lo descrito en la ley (tipo) es una función que se le denomina tipicidad. Este proceso de imputación implica dos aspectos: la imputación objetiva y subjetiva. Así, determinar el tipo (imputación objetiva), supone identificar los aspectos de la imputación a la conducta y al resultado. Sin embargo, esto no basta, pues será necesario analizar si se dieron las características exigidas en el aspecto subjetivo del tipo (imputación subjetiva) (p, 228).

Así mismo, VILLA STEIN manifiesta que “la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (p, 277).

Por su parte, ERNST MAYER menciona que “la tipicidad es la correspondencia entre la parte exterior de la acción y las características objetivas del tipo legal, y desde la tipicidad coordinamos la imputabilidad. Ella es la cualidad de la acción en que encuentra su cumplimiento el segundo presupuesto de la pena” (2007, p, 10).

Entendemos así que la tipicidad resulta un instrumento de valoración para saber si una determinada conducta se halla relacionada con la descripción plasmada en la norma penal. En otras palabras, si el hecho cometido cumple con las características del tipo penal.

“Para que una conducta típica sea imputable, se requiere que sea antijurídica, es decir que no esté justificada. La existencia de una causa de justificación impide comprobar que la conducta típica sea antijurídica” VILLAVICENCIO TERREROS (2009, p, 228).

Así, GARCÍA CAVERA manifiesta que la antijuricidad constituye un elemento del delito que termina de perfilar el injusto penal. Una conducta es antijurídica si ha defraudado una expectativa normativa de conducta esencial mediante una conducta típicamente relevante.

Para ERNST MAYER (2007), la antijuridicidad de la acción:

Es un presupuesto esencial de la punibilidad. Ella aparece ya de manifiesto en el curso del análisis de los preceptos penales, pero su significado solo puede exponerse junto con las funciones de los preceptos penales, pues se trata, nada menos, que de la explicación de la esencia del injusto y con ellos, implícitamente, la esencia del Derecho (p, 11).

Por su parte, SALAZAR MARTÍNEZ (2009), sobre este elemento explica que:

La antijuridicidad es aquel acto típico que contraviene al presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el derecho. Es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la pena es la consecuencia de una infracción al orden establecido por el derecho (p, 71).

A su vez, JOACHIM HIRSCH, nos dice que la antijuridicidad no trata de determinar si un comportamiento típico es merecedor de pena, sino que lo que interesa en este punto del examen sistemático es si estuvo de acuerdo con el conjunto del ordenamiento jurídico o no (1996, p, 23).

Estamos de acuerdo que, la antijuridicidad resulta un elemento esencial del delito en el cual una determinada conducta contraviene a la descripción normativa penal. Continuando en la misma línea, “la imputabilidad penal se sustenta en la capacidad de una persona para poder responder jurídicamente por sus acciones y, por lo tanto, recibir imputaciones penales” GARCÍA CAVERO (2012, p, 634).

Por su parte, VILLAVICENCIO TERREROS (2009), manifiesta que:

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad es la suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal. En este sentido, no padezca de anomalía psíquica o una grave alteración de la conciencia o de la percepción, posee ese mínimo de capacidad de autodeterminación que el orden jurídico exige para afirmar su responsabilidad (p, 594).

A su vez, MERKEL (2013) señala que:

Solamente pueden ser sujeto de un delito aquel individuo a cuya voluntad puedan atribuirse desde el punto de vista penal ciertos salientes acontecimientos, por proceder de ella y caracterizarla, efecto de lo cual se ponen a cuenta y cargo de ella. El conjunto de las propiedades de un individuo, que son decisivas en esta materia en el sentido de nuestro derecho vigente, constituye su imputabilidad (p, 53).

ERNST MAYER explica que consiste en la comprobación de que el autor se puede hacer un reproche por su hecho, y no uno cualquiera, sino un reproche jurídicamente determinado. De ahí que la imputación conduzca a la constatación de la culpabilidad.

En resumen, entendemos a la imputabilidad como la capacidad psíquica que tiene un individuo de comprender que su conducta resulta ser opuesta al ordenamiento jurídico, siendo objeto de consecuencias jurídicas.

Por último, en relación a la culpabilidad, manifiesta VILLAVICENCIO TEREROS (2009):

Se orienta, por un lado, desde la óptica del Estado, en los fines preventivos de la pena, y, por otro lado, desde la óptica del individuo, siendo necesario apreciar la situación de desventaja que este tiene frente al Estado. Para este fin la culpabilidad evalúa un conjunto de aspectos relativos al agente: imputabilidad, probabilidad de conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta (p, 228).

A su vez, MERKEL (2013) explica que la culpabilidad es:

El obrar o no obrar antijurídico de una persona que, según los criterios corrientes, constituye a esta, como tal, en deuda. La imputación de los hechos que a nosotros se nos presentan como reprobables y atentatorios al orden, ya desde el punto de vista moral, ya desde el jurídico, contiene un juicio tocante a la culpabilidad (p, 71, 72).

Asimismo, MIR PUIG (2013) refiere que:

La culpabilidad es el ámbito en el que se comprueban las posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico por parte de la norma penal. Solo cuando tal posibilidad de motivación normal concorra, será el autor culpable y tendrá sentido realizar la amenaza penal en su persona (p, 174).

La culpabilidad, sostiene PEÑA CABRERA FREYRE (2011):

Implica una valoración estrictamente personal, penetrando en todos los aspectos que determinaron en el autor una decisión contra el orden jurídico; en tal caso, es necesario remitirse a los procesos sociales, culturales y otros del autor con sus congéneres, aquellos que hicieron madurar en su personalidad una decisión antinormativa, de manifestarse contrario a Derecho, sus concretas relaciones familiares y personales, para enjuiciar en tal sentido concreto la conexión personal real existente entre él y el hecho tipificado como delito. (p, 788).

2.2.6. Teoría de los bienes jurídicos

Ahora bien, resulta importante para los fines de la investigación tener en cuenta la teoría de los bienes, a fin de poder entender el significado de los bienes jurídicos protegidos por el derecho. En tal sentido, Para ROXIN los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

A su vez, PEZO RONCAL, señala que “el bien jurídico susceptible de protección penal es aquel que tiene una importancia elemental para la sociedad y cuya afectación a aquel que lo afecta de forma esencial o muy grave” (2014, p, 28).

Al respecto, PEZO RONCAL (2014), manifiesta que:

Un sector importante de la doctrina sostiene que el derecho penal tiene como finalidad proteger bienes jurídicos. Generalmente, seguida a dicha afirmación, se sostiene – en concordancia con el principio de subsidiariedad del derecho penal – que dicha protección va dirigida a bienes jurídicos esenciales para la convivencia social y que la misma se justifica en casos de su más gravosa vulneración (p, 12).

Tal como manifiesta PEZO RONCAL (2014):

No existe mayor problema en distinguir cuáles son bienes jurídicos de naturaleza individual –vida, salud, patrimonio, etc.- y cuáles lo son de naturaleza colectiva o supraindividual –medio ambiente, administración pública, entre otros-. Sin embargo, respecto a cómo se puede llegar a la conclusión de que, gracias a determinada acción, han sido efectivamente vulnerados y por lo tanto han cumplido con la exigencia del principio de lesividad, el discurso se complica, ya no es tan sencillo. Cabe aclararlo, en el caso de los bienes jurídicos individuales, su protección penal no lo es solo en tanto derecho subjetivo de una persona -individualmente considerada-, sino por la relevancia social de su conservación para toda la sociedad. Más allá de ello, en donde parece existir tan solo relativo consenso es en cuanto a la distinción entre bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos colectivos. Así, como contraparte a aquellos bienes jurídicos “tradicionales” de naturaleza individual se denomina indistintamente supraindividuales o colectivos a los que no obedecen a la naturaleza descrita (p, 38).

2.2.7. La Administración Pública

Ahora bien, con la finalidad de entender la dimensión del bien jurídico protegido en el delito materia de investigación, resulta importante entender qué se entiende por administración pública; al respecto, el autor FERREIRA DELGADO (1995), se pronuncia diciendo que:

La administración pública es entendida como toda actividad cumplida o realizada por los funcionarios y servidores públicos, encargados de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles en todos sus órganos o entidades (p, 4).

Asimismo, al referirse a la administración pública, el jurista peruano SALINAS SICCHA (2011), menciona que:

La administración pública en un estado democrático de Derecho está debidamente organizada por leyes, reglamentos y directivas que deben ser observados y cumplidos por los funcionarios o servidores en el desempeño de sus labores y actividades al interior de la administración. El quebrantamiento de aquellas normas, sin duda, acarrea responsabilidad administrativa, civil o dependiendo de la magnitud – hasta

penal – por parte del sujeto público. No cualquier conducta de quebrantamiento de aquellas normas constituye hecho punible. Solo constituirá delito cuando así estén tipificadas en nuestro código penal o leyes penales especiales, ello con base en el principio de legalidad que fundamenta el derecho penal (p, 5).

De acuerdo a este tema, ROJAS VARGAS (2007), define a la administración pública en un doble sentido:

Objetivamente, como el conjunto de actividades, previstas legalmente, o previsibles que son desarrolladas por los agentes públicos (funcionarios y servidores), mediante las cuales se realizan los fines del Estado y de las diversas entidades públicas.

Subjetivamente, administración pública es el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias. (p, 11).

En tal sentido, consideramos que la administración pública se puede definir como toda actividad desarrollada por funcionarios o servidores públicos encargada de dar cumplimiento a las funciones del Estado y satisfaciendo el interés público, encontrándose regidos en un orden jerárquico.

En la misma línea, es necesario entender a qué se refiere, penalmente hablando, la protección a la administración pública, siendo que al respecto SALINAS SICCHA manifiesta que se busca promover el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común.

Para ROJAS VARGAS (2007), la administración pública como objeto jurídico genérico de tutela penal, es decir, como bien jurídico, implica los siguientes elementos:

- a) Un profuso marco de previsiones legales que regulan las funciones públicas y los servicios;
- b) Un conjunto de principios rectores que vinculan positivamente la administración pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto (imparcialidad, protección del patrimonio público, etc.), racionalizando y dotando de norte el marco legal y la actividad funcional;
- c) Ejercicio de funciones y servicios públicos de conformidad a las atribuciones y competencias establecidas en las leyes y reglamentos (cumplimiento de deberes y obligaciones), bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad (observancia

de los deberes del cargo o empleo), que confirman así la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la Nación (p, 15).

Así mismo, el tesista BENAVENTE GRÁNDEZ (2016) nos expone que:

Según la doctrina mayoritaria se ha llegado a reconocer como bien jurídico protegido genérico en esta clase de delitos a la concepción objetiva – externa de la Administración Pública. Por ello, para el derecho penal, como rama del ordenamiento jurídico subsidiaria para la sanción de conductas, se ha tomado como relevante proteger a la Administración Pública en su sentido “funcional” bajo la terminología del “buen” o “correcto” funcionamiento de la Administración Pública (p, 20).

Sobre los delitos contra la Administración Pública debemos conocer, en primer lugar, la definición de Administración Pública, para ello recurrimos a lo indicado por BENAVENTE CHORRES (2013), para quien:

Un concepto de Administración Pública, como sistemático y dinámico, dirigido, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y para estatales o con entidades particulares o con los ciudadanos. 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 terceros. 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 órganos. (pág. 77).

La Administración Pública sirve para poner en funcionamiento el Estado (jerárquicamente organizado) y así este pueda cumplir con sus fines. Por eso tiene que tenerse en cuenta lo consagrado en nuestra Carta Magna, respecto al fin supremo de la sociedad y del Estado: la defensa de la dignidad humana. En atención a ello, el Estado se ve obligado a suplir las necesidades básicas que atañen al desarrollo de las personas, debiendo organizarse de tal forma que haga posible cubrir dichas necesidades. Es en ese contexto, en el cumplimiento de los fines del Estado, que entran a tallar los funcionarios, quienes gozan de la potestad para ejercer algunas funciones públicas; y es ahí en donde se pone de manifiesto la corrupción impregnada en las instituciones públicas, es ahí en donde se trafica influencias, donde se pide la coima, donde se negocia en detrimento de la ciudadanía y en beneficio del bolsillo propio. Sin embargo, para que ocurra lo antes descrito tiene que existir un peligro real de que ello sea posible, y es aquí donde tenemos que repetir nuevamente que en la

modalidad simulada del tráfico de influencias nunca se podrá poner en peligro concreto y menos lesionar el bien jurídico tutelado.

2.2.7.1. Clasificación del personal del empleo público

Continuando con las bases teóricas que nos interesa conocer para los fines de nuestra investigación, es relevante entender la clasificación del personal del empleo público, así, definiendo al funcionario público, como parte de la estructura estatal, encontramos al jurista ROJAS VARGAS (2007), quien menciona que:

El funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente. En el primer caso con la aprobación y reconocimiento de la Nación y la ciudadanía; en el segundo frente a los órganos de control del estado. De acuerdo a las diversas legislaciones de los países asume distintos nombres o se halla confundido en una denominación común.

Funcionario público es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal (p, 39).

Al respecto, SALINAS SICCHA (2011), explica que el funcionario público es:

Aquella persona natural con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última (p, 8).

Así, llegamos a la conclusión que el funcionario público es aquel agente del Estado que maneja un poder de decisión sobre funciones de fin social, encomendadas a su cargo.

Ahora bien, los empleados de confianza son aquellos que desempeñan cargos de confianza técnicos o políticos distintos a los del funcionario público. Se encuentran en el entorno de quien los designa o remueve (p, 28. En: http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Curso%20de%20Extensi%C3%B3n%20Universitaria%20de%20Osinergmin/Manual_Derecho2.pdf).

A su vez, OBREGON SEVILLANO (2009), al referirse al empleado de confianza, nos explica que:

Son aquéllos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales, y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquéllos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales. Si partimos de la definición, podemos colegir lo siguiente: a. Para nuestra legislación, el trabajador de confianza es diferente del trabajador de dirección. Hacemos esta precisión, pues la jurisprudencia suele utilizar los calificativos de dirección y de confianza como si fueran sinónimos. b. Los trabajadores de confianza que “laboran en contacto directo con el empleador o personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales, y en general, a información de carácter reservado”, son aquéllos que sirven de apoyo o son asistentes, que en el desempeño de sus labores tienen acceso a información confidencial y reservada de la empresa. Estos cargos son, por ejemplo, los de asistente de gerencia, la secretaria del gerente, el contador, y casos similares. También se incluirían en esta categoría a ciertos trabajadores de sistemas, a los que desarrollan fórmulas o nuevos productos, a los que manejan costos y presupuestos (p, 1).

Al respecto, consideramos que el empleado de confianza es aquel agente público que se halla en contacto directo con el empleador que lo designa o personal de dirección cumpliendo tareas distintas a las del funcionario público.

2.2.8. Delitos contra la Administración Pública

2.2.8.1. Cohecho

Ahora bien, para entender la protección que el Derecho penal le otorga al bien jurídico administración pública, resulta didáctico revisar los delitos de mayor incidencia que protegen el referido bien jurídico; por lo tanto, respecto al cohecho se tiene la opinión de MONTROYA VIVANCO (2015), quien manifiesta:

Los delitos de cohecho, también denominados delitos de corrupción de funcionarios, vienen a representar un conjunto de delitos consistentes en la compra-venta de la función pública. La característica común de estos es su bilateralidad o la naturaleza de delitos de participación necesaria ya que, siempre, son dos las partes que intervienen:

- a) El funcionario que acepta o solicita el pago por la venta de la función pública.
- b) El sujeto que compra el “servicio” o recibe el ofrecimiento del funcionario (p, 95).

Así mismo, explica ABANTO VÁSQUEZ (2014), que:

Con esta conducta se afecta un bien jurídico que, según la doctrina actual y mayoritaria, consiste en el “correcto funcionamiento de la administración pública”; es decir, el funcionamiento de la administración pública al servicio de todos los administrados en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. A parte de eso, la doctrina suele admitir la afectación inmediata de otros bienes como la imparcialidad del ejercicio de la función pública, la legalidad en el ejercicio de la función, el concepto público de la función, etc.

Tradicionalmente el delito de cohecho es un delito en el cual existe bilateralidad y contractualidad referidas a la función pública del funcionario corrupto. Siempre hay dos partes: una que vende y otra que compra la función pública y, al igual que en el contrato, también hay una consensualidad para ello. En eso se diferencia precisamente de la concusión y las exacciones ilegales, en donde existe unilateralidad y un cierto elemento de violencia y engaño (p, 825).

2.2.8.2. Peculado

Continuando con el catálogo de delitos que protegen la administración pública, se tiene el delito de peculado, el cual SALINAS SICCHA (2011) lo explica tanto en su modalidad dolosa como culposa:

El delito de peculado doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado (p, 298).

Así mismo, CARRARA, citado por ROJAS VARGAS (2007), refirió sobre dos grupos o tipologías de este delito:

El peculado propio es aquel cometido por los funcionarios o empleados (servidores) públicos que en el contexto de una vinculación funcional con el caudal o efecto se

hallen en posesión material o jurídica del bien, apropiándose los, usando o sustrayéndoles de la esfera pública (p, 466).

Mientras que el peculado impropio o por extensión es aquel que se configura cuando la apropiación, uso o sustracción es cometido por particulares que son equiparados a efectos penales y por disposición normativa a la condición de funcionarios o empleados (artículo 392 del Código Penal peruano). La impropiedad del peculado está referida estrictamente a la calidad del sujeto activo, que para efectos de una mayor tutela del bien jurídico es objeto de imputación por el delito en referencia (p, 467).

2.2.8.3. Malversación de fondos

Respecto al delito de malversación de fondos, SALINAS SICCHA (2011) explica lo siguiente:

El delito de malversación de fondos se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, de modo definitivo, otorga o da al dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, un destino diferente al previamente establecido, lesionando o poniendo en peligro el servicio o la función pública encomendada.

De este concepto, se evidencia que en la estructura del delito deben concurrir diversos elementos objetivos para darle tipicidad, caso contrario el delito no se configura (p, 376).

A su vez, ROJAS VARGAS (2007) manifiesta que:

El bien jurídico protegido en este delito es la regularidad y buena marcha de la administración pública. El objeto específico de la tutela penal es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos. En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio (p, 549, 550).

A esto, MONTOYA VIVANCO (2015) explica sobre este delito que:

El bien jurídico específico que se tutela penalmente en el delito de malversación de fondos es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. En otras palabras, busca proteger que la ejecución del gasto y empleo de bienes y dinero público se efectúe bajo una organización racional y ordenada (p, 116).

2.2.8.4. Enriquecimiento ilícito

Asimismo, según explica SALINAS SICCHA (2011) sobre el delito de enriquecimiento ilícito, este se desarrolla de la siguiente manera:

El delito etiquetado como enriquecimiento ilícito objetivamente se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, abusando del cargo que desempeña al interior de la

administración pública, incrementa ilícitamente su patrimonio. Es indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causal lícita (p, 606).

Asimismo, MONTOYA VIVANCO (2015), manifiesta que:

Debemos partir por señalar que el bien jurídico del enriquecimiento ilícito tiene naturaleza autónoma dado que no depende del bien protegido en un delito precedente (el que motiva el enriquecimiento). Esto es así porque las conductas precedentes no tienen que ser, necesariamente, otros delitos de corrupción o cualquier otro delito. Por el contrario, es suficiente que la fuente ilícita se constituya por actos no ajustados a derecho, dentro de los cuales están los delitos de corrupción, pero también los delitos comunes y las infracciones administrativas.

En esta medida, el bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito se aproxima al bien jurídico general de los delitos de corrupción: el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, el cual se manifiesta, en el caso concreto, en la vigencia de los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública (reconocidos por el Código de Ética de la Función Pública y cuya base implícita está en la Constitución, principios que constituye el bien jurídico específico de este delito) (p, 121).

2.2.8.5.Negociación incompatible

En relación al ilícito penal de negociación incompatible, SALINAS SICCHA (2011), explica:

Se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa de manera particular en forma directa o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para tercero (p, 554).

A su vez, MONTOYA VIVANCO (2015), se refiere a este delito manifestando lo siguiente:

El artículo 399° del Código Penal peruano sanciona la conducta por la cual un funcionario o servidor público se aprovecha indebidamente de su cargo al mostrar un interés particular que entra en colisión con los intereses públicos o estatales. El tipo penal exige que dicho interés particular o privado se enfoque en alguna operación

económica en la que intervienen el Estado y el funcionario público con motivo del cargo público que ocupa.

El bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación incompatible es la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe el Estado (p, 131).

2.2.8.6. Colusión desleal

Con respecto al delito de colusión desleal, SALINAS SICCHA (2011) desarrolla los dos tipos de colusión:

La colusión simple se verifica este comportamiento delictivo cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concierta con los interesados para defraudar al Estado (p, 251).

Por otro lado, la colusión agravada es el hecho punible que se configura cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado, esto es, causare perjuicio efectivo al patrimonio estatal (p, 252).

Así también, MONTOYA VIVANCO (2015) se refiere a este delito aduciendo que:

El bien jurídico específicamente protegido en el delito de colusión desleal es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este. Esta posición se encuentra respaldada parcialmente por la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 4°, el cual establece los principios que deben orientar la actuación de los funcionarios públicos en las contrataciones.

Debe partirse de la premisa que afirma que la administración de recursos del Estado se ve reflejada en la entrega de servicios públicos. Estos buscan satisfacer las necesidades y condiciones mínimas o básicas que los ciudadanos necesitan para su desarrollo. Por este motivo, el uso o gestión eficiente e imparcial de los recursos es imperativo para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos (p, 137).

2.2.9. El delito de tráfico de influencias

Ya conociendo los supuestos regulados en las leyes penales que protegen la administración pública, es pertinente conocer a exactitud lo que implica la

tipificación del tráfico de influencias, siendo necesario conocer sus antecedentes normativos; al respecto, SALINAS SICCHA (2011) esboza lo siguiente:

El delito de tráfico de influencias 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. Es recién con el Decreto Legislativo N.º 121 del 12 de junio de 1981, que se tipifica por primera vez en nuestra patria. El decreto legislativo incorporó al Código Penal el artículo 353–A cuyo contenido tipificó el delito de tráfico de influencias, el cual no estaba en el proyecto inicial del citado decreto legislativo, sino que fue introducido por funcionarios que redactaron el texto definitivo; por lo tanto, no se discutieron a fondo las razones para tipificarlo. Constituyó una expresión de la idea políticamente predominante de entonces, que apuntaba a facilitar la represión eficaz de los funcionarios que durante el fenecido gobierno militar habían cometido delitos contra los intereses del Estado (p, 572).

Así mismo, ROJAS VARGAS (2007) nos relata que:

La fuente nacional directa se halla en el artículo 353–A anexada al Código penal de 1924 por Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981.

Las fuentes legales extranjeras las podemos encontrar con fuerza determinante en el artículo 147 de Código Penal colombiano de 1980, también en parte en los artículos 204 y 346 de los códigos penales italianos de 1889 y 1930, respectivamente, y en el artículo 404 bis c) español incorporado en 1991 en el Código penal refundido de 1973. A partir de 1990, son varias ya las legislaciones penales que han incorporado el delito de tráfico de influencias en sus cuerpos punitivos: España (1991), Portugal (1998), Argentina (1999), Chile (1999), además de Colombia que lo ha vuelto a confirmar en su Código penal del 2000, país que fuera el primero que en América latina planteara dicha figura pena en el Código de 1980 (p, 775).

Por otro lado, JÍMENEZ NIÑO (2016) comentando la Casación N° 374-2015-Lima, sobre el caso de Aurelio Pastor señala que:

La resolución suprema, entre los considerandos décimo primero y décimo quinto, aborda el tema de la tipicidad de la conducta del tráfico de influencias, recurriendo para ello a la doctrina nacional (básicamente la cuarta edición del libro del Dr. Fidel Rojas Vargas), que describe y define los diferentes elementos objetivos del tipo. Es en el considerando doce donde la Sala Suprema hace una indicación que consideramos bastante acertada: “se debe precisar que los actos realizados luego de la consumación, es decir, el hecho de que no se haya apersonado a los procesos en trámite, no presentando escritos, recursos o informes, no son punibles como actos de tráfico de influencias, de ahí que el análisis de la

conducta del imputado por este delito solo corresponde al acto de traficar, que realiza el autor sobre un particular, es decir, limitado por el núcleo rector. (pág. 84).

Lo expuesto sirve para delimitar los elementos del delito de tráfico de influencias, teniéndose que este puede ser cometido por un funcionario o particular, quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hacer dar o prometer para sí o un tercero donativo o cualquier otro beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Como se desprende, la realización típica del delito en comento no requiere un resultado, por lo que se puede afirmar que este es un delito de mera conducta, basta con que una persona refiera, ante otra que está inmiscuida en un proceso judicial o administrativo, tener influencias sobre un funcionario que está conociendo o vaya a conocer tal proceso, y se ofrezca a usar dicha influencia a favor de esta otra persona a cambio de cualquier tipo de beneficio, para que se configure el ilícito penal. La posición sustentada en la presente tesis es que tales influencias deben de ser reales, dicho en otras palabras, se trata de un delito de peligro concreto; de allí radica la tesis que propugnamos.

2.2.9.1. Concepto de tráfico de influencias

Ahora bien, a fin de entender a plenitud en qué consiste el tráfico de influencias, se hace necesario conocer el concepto de ello; así, se tiene lo dicho por SALINAS SICCHA (2011), quien precisa que el tráfico de influencias 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 (p, 574).

Para MONTOYA VIVANCO (2015), el delito de tráfico de influencias:

Sanciona a aquel que, a cambio de un beneficio, ofrece interceder o influenciar, directa o indirectamente, ante un magistrado, fiscal u otro funcionario con potestades jurisdiccionales (en sentido amplio), invocando tener influencias sobre sus decisiones (p, 143).

Por lo tanto, consideramos que el delito de tráfico de influencias es aquel en el cual el agente utiliza su condición de agente público, o incluso no siéndolo, y ofrece sus influencias sobre otro funcionario o servidor público a fin de obtener un beneficio, sea este de cualquier tipo.

Para mejor entendimiento de esta tipificación, es menester traer a colación lo regulado taxativamente por nuestro ordenamiento penal; en tal sentido, el precepto penal del artículo 400° del Código Penal menciona 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 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.

MONTOYA VIVANCO (2012), desarrolla este artículo manifestando lo siguiente:

Además de advertir el afán extremadamente descriptivo que el legislador plasmó en este tipo penal, es preciso anotar algunas precisiones que se desprenden de su literalidad:

- a) Para el tipo penal, es tan autor quien a iniciativa propia invoca sus influencias y recibe dinero por ello como quien es consultado sobre sus influencias y luego recibe dinero por aceptar utilizarlas;
- b) el autor del delito podrá ser un funcionario o servidor público, pero también cualquier particular que no cuente con tal calificación;
- c) la intercesión que el traficante promete, en virtud de sus influencias, puede versar sobre un objeto lícito o pretensión justa como sobre una palmaria pretensión ilegal del interesado;
- d) en la redacción del artículo 400 CP, el elemento normativo «funcionario público» no fundamenta el tipo, sino que lo agrava; y
- e) nada se dice de la punición del interesado, lo cual no quiere decir que no esté prevista realmente (p, 103, 104).

2.2.9.2. Bien jurídico tutelado

Siguiendo con el estudio del delito de tráfico de influencias, ahora toca conocer el bien jurídico tutelado. En relación a tal aspecto, el jurista ROJAS VARGAS (2007) citando a GARCIA CANTIZANO, nos manifiesta que:

Mediante esta figura jurídica penal, 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 cohecho pasivo, supuesto en el cual es fácil inferir que será el principio de imparcialidad el vulnerado. La atención de

la norma penal está colocada en la invocación de influencias hecha por el traficante (un sujeto indeterminado, no necesariamente un funcionario o servidor público) al interesado, lo que nos coloca en un contexto de externalidad con relación a la administración pública. Esta peculiar configuración normativa del artículo 400 del código penal peruano llegó incluso a colisionar con la ubicación del tráfico de influencias dentro del capítulo de “Los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos” (p, 782).

El bien jurídico en los delitos contra la administración pública, señala SALINAS SICCHA (2011):

El bien jurídico genérico lo constituye el recto y formal 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 (p, 589).

Estamos de acuerdo que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es el buen funcionamiento de la administración pública que, concretándose en el principio de imparcialidad, este se hace presente como elemento importante para que la función pública defienda intereses generales y no particulares.

2.2.9.3. Teoría del prestigio de la administración pública

Respecto a la protección que se le da a la administración pública en el Derecho penal, existen teorías que explican lo que efectivamente se busca proteger. Así se tiene la teoría del prestigio buena imagen de la administración pública, tal como manifiesta MONTOYA VIVANCO (2015), esta teoría sostiene que:

El bien jurídico específico del delito sería el “prestigio o buena imagen de la administración pública”. Esta teoría es criticada, porque el objeto de protección no encaja con el modelo de administración pública que un Estado social de Derecho como el peruano posee, que plantea una concepción de la administración pública centrada en la relación función pública-ciudadano. La administración pública (o su prestigio) no puede ser objeto de protección en sí misma, sino que se protege en tanto constituye el medio a través del cual el Estado realiza su labor social prestacional (p, 143).

A su vez, ROJAS VARGAS, citado por el tesista BENAVENTE GRÁNDEZ (2016) explica que:

El objeto de tutela penal buscado por el delito de tráfico de influencias de conformidad a los elementos que componen la estructura de su tipicidad y a su ubicación sistemática es, en términos generales, el de proteger el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y, en términos específicos, garantizar el prestigio y buen nombre de esta (p, 37).

En el mismo sentido, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (2013), manifiesta lo siguiente:

La descripción típica, como ya se dijo, implica un doble atentado contra los bienes jurídicos: contra la Administración pública, que es el interés primordial objeto de tutela por parte de la Ley Penal; y, por supuesto, contra el patrimonio de la víctima. Desde luego, al Estado le interesa preservar su buen nombre velando por el honor y el prestigio de la Administración Pública, lo cual lo lleva a combatir todos aquellos brotes criminosos que comporten deslucimiento, mengua o descrédito para ella; sin embargo, también tiene interés en que no se juegue con los particulares a los que se les burla por inescrupulosos que terminan, finalmente, obteniendo de ellos prebendas y remuneraciones a las que no debe haber lugar (p, 1323, 1324).

2.2.9.4. Teoría de la imparcialidad de la función pública

Continuando con las teorías, se cuenta con la que le da realce a la imparcialidad de la función pública. Ar respecto, MONTOYA VIVANCO (2015) explica esta teoría manifestando lo siguiente:

Según esta teoría, no existe solo un bien jurídico protegido en la figura de tráfico de influencias, sino dos: la imparcialidad de la función pública y el patrimonio personal. En la modalidad de tráfico de influencias reales se pondría en peligro el principio de imparcialidad funcionarial, mientras que en la de tráfico de influencias simuladas lo que se ataca es el patrimonio personal (p, 143).

Por su parte, GARCÍA CANTIZANO citada por el tesista BENAVENTE GRÁNDEZ (2016), precisa:

Por qué se criminaliza este tipo de conductas es algo que sólo puede encontrar respuesta si se considera que a través del tráfico de influencias se gesta lo que en el futuro puede constituir un acto que atenta contra la imparcialidad de la que debe hacer gala todo funcionario en su actuación; no en vano la doctrina es unánime cuando señala que esta conducta se caracteriza por ser un acto preparatorio elevado a la categoría de delito consumado dada la puesta en peligro que supone la afectación al bien jurídico protegido, esto es, la imparcialidad de la Administración Pública (p, 29).

2.2.9.5. Teoría de la institucionalidad de la administración pública

Por último, está la teoría de la institucionalidad de la administración pública, la cual es entendida por MONTOYA VIVANCO (2015) de la siguiente manera:

El delito de tráfico de influencias no sanciona el mero hecho de poseer influencias, sino que establece como riesgo prohibido el invocar influencias existentes o no, con el fin de comunicar de manera verosímil la posibilidad de interferir en el correcto funcionamiento de la administración pública. La “institucionalidad” debe ser entendida como “el mandato constitucional de preservar una institución vital de la sociedad, ampliamente influenciada, de ataques periféricos (porque no atacan al núcleo de su decisión o gestión, como sí sucede en la colusión o el cohecho, por ejemplo) que coadyuvan a una cultura de corrupción, y que político-criminalmente es necesario frenar”. El bien jurídico “institucionalidad de la administración pública” (administración pública objetiva, legal y prestacional) es un bien jurídico muy cercano al bien jurídico categorial (correcto funcionamiento de la administración pública), justamente porque las conductas que pueden encajar en este delito son, como ya se señaló, periféricas. Por estos motivos, el delito de tráfico de influencias no implicaría la tipificación de un adelantamiento de la barrera de punición, sino que se trataría de un delito autónomo (p, 145).

2.2.9.6. Situaciones problemáticas del tráfico de influencias

Ahora bien, respecto al delito de tráfico de influencias hay algunas situaciones problemáticas que vale la pena poner de relieve. Así, es necesario determinar quiénes son los destinatarios de la intervención que ofrece el agente, siendo que en relación a ello MONTOYA VIVANCO (20015) manifiesta lo siguiente:

El tipo penal de tráfico de influencias señala que la intervención que ofrece el autor debe ser ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, por lo que se plantea la problemática de delimitar quiénes son dichos funcionarios (p, 144).

Las características especiales que deben tener aquellos funcionarios destinatarios de esta intervención son las siguientes:

En primer lugar, será necesario que dicho funcionario exista. Así, este elemento no podría ser abarcado por una invocación de influencias simulada. Ello puede desprenderse del propio artículo 400° CP, pues exige que se trate de funcionario vinculado con un caso judicial o administrativo. Al respecto, se ha señalado sobre el particular que no cualquier funcionario público que conoce un caso judicial o administrativo puede ser destinatario de la intervención, sino solo aquel que tiene facultades jurisdiccionales. Es decir, el funcionario sobre el que se ofrece interceder

debe tener bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o administrativo (p, 145).

Otro aspecto cubierto con un manto de dudas es el relacionado a la responsabilidad del comprador de influencias o el interesado. Respecto a este tema problemático, MONTOYA VIVANCO (2015) expresa lo siguiente:

En principio, habría que decir que el delito de tráfico de influencias es un “delito de intervención necesaria” o “plurisubjetivo”, dado que su redacción típica exige la intervención de más de una persona para la configuración del delito. En específico, es un “delito de encuentro”, ya que se requiere que las intervenciones de los sujetos se den desde direcciones diferentes y de manera complementaria. En este sentido, siendo coherentes con lo expresado en el acápite 2.4 sobre la problemática de los delitos de encuentro, el comprador de influencias o interesado responderá penalmente como partícipe del delito, siempre que su intervención suponga una creación desaprobada de riesgo para el bien jurídico (supere el riesgo penalmente permitido).

De cualquier forma, debe quedar claro que, de ninguna manera, el interesado o comprador de influencias es la víctima del delito, dado que, como ya hemos mencionado, el delito de tráfico de influencias tiene como bien jurídico protegido la “institucionalidad de la administración pública”. Este es un bien de naturaleza institucional que no es de titularidad del interesado, por lo que este no puede ser considerado como víctima del delito (p, 146).

Así mismo, BENAVENTE GRÁNDEZ (2016) sostiene que:

No se puede concebir al comprador de influencias como parte agraviada en un proceso penal por el delito de tráfico de influencias, ya que la norma penal está dirigida a proteger el buen funcionamiento de la administración pública, no siendo una persona en particular, como lo es el comprador – interesado, el titular de dicho bien jurídico (p, 58).

Además, que, si bien el acto de invocación de influencias y el ofrecimiento de interceder tienen como receptor al comprador interesado, la participación de éste también es necesaria para la consumación del delito al realizar los comportamientos típicos de dar o prometer donativo o cualquier otra ventaja como contraprestación, cuyo receptor, o mejor dicho, cuyo sujeto sobre el que recaerán dichas conductas será el vendedor de influencias. Siendo que, ambas conductas tienen que encontrarse para poner en riesgo a la imparcialidad y legalidad funcional de alguna institución pública específica o para poner en riesgo a su prestigio o buen nombre (p, 59).

Otro tema en discusión es la posibilidad de sancionar al abogado como autor del delito de tráfico de influencias. Así, MONTOYA VIVANCO (2015), explica que:

Sobre el particular podemos señalar que, conforme a los principios y valores que rigen el ejercicio profesional del abogado, existen reglas prácticas para el ejercicio del patrocinio. Es en virtud de dichas reglas que no pueden utilizarse medios indebidos para alcanzar la satisfacción de los intereses del 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 (p 147).

2.2.9.7.Modalidades del tráfico de influencias

Continuando con el estudio del tráfico de influencias, esta regulación contiene dos modalidades, las reales y simuladas, siendo necesario conocer cada una de ellas para entender si en ambas se vulnera el bien jurídico protegido. Al respecto, explica SALINAS SICCHA (2011) sobre las influencias reales:

Estaremos ante una influencia real cuando se verifique que el agente realmente tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia, y, por tanto, tiene poder o capacidad de orientar su voluntad hacia una dirección determinada. El agente se vale de la superioridad jerárquica o de cualquier relación de la que se derive una posición de ascendencia, a cambio de recibir una ventaja efectiva o potencial. No es necesario verificar si el funcionario o servidor público de la administración jurisdiccional o administrativa realiza lo prometido por el traficante (p, 579).

Por su parte, BENAVENTE GRÁNDEZ refiere que las influencias tengan que ser reales significa, según lo señalado por PEÑA CABRERA FREYRE, que el vínculo, la cercanía, la relación del traficante de humos con el funcionario o servidor público existe en el mundo fenoménico, importa algo verificable (2016, p, 63).

En resumen, las influencias reales son aquellas en la cual el agente tiene un acercamiento o contacto con el funcionario o servidor público, a fin de obtener una ventaja irregular al momento de obtener una decisión favorable en la administración.

Por otro lado, delimitando el contenido de las influencias simuladas, el tratadista peruano SAN MARTIN CASTRO (2002) indica que:

Estamos ante influencias simuladas o venta de humo cuando se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma ni tiene capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada. La doctrina peruana es unánime el considerar que esta modalidad no posee entidad lesiva para el bien jurídico que se pretende proteger,

debiéndose optar por la descriminalización, al no configurarse las exigencias de antijuricidad material (p, 34).

A su vez, SALINAS SICCHA (2011) manifiesta que:

Estaremos ante influencias simuladas o venta de humo cuando se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma ni tiene capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada. La doctrina peruana es unánime el considerar que esa modalidad no posee entidad lesiva para el bien jurídico que se pretende proteger, debiéndose optar por la descriminalización, al no configurarse las exigencias de antijuricidad material (p, 581).

Asimismo, BENAVENTE GRÁNDEZ (2016) sustenta lo siguiente respecto a este tipo de influencia:

Contrario a la venta de influencias reales, el tipo penal de tráfico de influencias peruano también prevé una modalidad de venta de influencias simuladas en donde no habría vínculo alguno con el funcionario o servidor público a cargo de un caso judicial o administrativo, por tanto, la capacidad o posibilidad de orientar su voluntad es inexistente.

Partiendo de dicha idea consideramos que, si bien típicamente se describe una conducta de tenencia de influencias, ello no podría tener cabida en el supuesto de que la influencia sea simulada, y ello por la sencilla razón de que no puede tenerse algo inexistente. En ese sentido, el grado de notoriedad de las influencias que aparentemente tenga el sujeto activo sería nulo. Por lo que, el supuesto típico de tenencia de influencias simuladas no tendría aplicación práctica, siendo necesario para la comisión de esta modalidad delictiva un acto de invocación de influencias que esté dirigido a convencer a los posibles compradores de cerrar el acuerdo ilícito con una contraprestación de su parte (p, 64).

De lo que se trata entonces es de engañar a otras personas mediante una simulación de influencias. Por tanto, el sujeto activo en esta modalidad de tráfico de influencias mostrará fotos que circunstancialmente se haya tomado con el funcionario, incluso podrían ser manipuladas, o contará historias laborales o de amistad que “aparentemente” hayan ocurrido con él. Podrá fingir que tiene llamadas o que se ha entrevistado con el funcionario respectivo. Conductas que, al expresar una auto-atribución de influencias, lograrían generar una falsa representación de la realidad en el interesado, consiguiendo así que éste acceda a darle una contraprestación de cualquier índole a cambio del ofrecimiento de ejercer las supuestas influencias (p, 65).

Al respecto, consideramos que el tráfico de influencias simuladas no cuenta con entidad suficiente para enervar el bien jurídico protegido, pues al realizarse no se afectaría o pondría en peligro el correcto funcionamiento de la administración pública, ya que el agente no tiene un contacto cercano con el funcionario público, por lo tanto, no causa alteración en el acceso a la administración de justicia.

Finalmente, sobre el delito de tráfico de influencias señala BUSTAMANTE REQUENA (2015) que:

El delito de tráfico de influencias se halla previsto en el artículo 400° del Código Penal. Como todo acto de corrupción, el despliegue de estas conductas busca (de forma directa o indirecta) que las potestades públicas tributen a favor del interés privado: en tal sentido, se afirma que con la tipificación del delito de tráfico de influencias se buscaría hacer frente a estadios previos a la corrupción. (pág. 115-116).

Lo dicho por este autor es compartido por la propuesta de trabajo en esta investigación, toda vez que consideramos que con el tráfico de influencias se penaliza una acción que bien podría ser previa (dentro del camino del delito podría considerarse un acto preparatorio) de un hecho delictivo de corrupción de funcionarios en el que intervenga, directamente, el funcionario que tiene a su cargo el proceso por cuyo resultado se ha traficado la influencia. Se tiene que tener en cuenta que en el delito de tráfico de influencias se sanciona a la persona que aduce tener influencias sobre un funcionario y que usará las mismas para obtener ventaja, no requiriéndose que se llegue a concretar la influencia materializándose en una resolución favorable al tercero.

2.2.8. El tráfico de influencias en la legislación comparada

Por último, se hace necesario, sobre todo en estos tiempos de globalización, entender la tipificación extranjera del tráfico de influencias. En esa línea, analizando la legislación comparada, en Colombia se regula el tráfico de influencias, de acuerdo con LOMBANA VILLALBA (2014), de la siguiente manera:

Debe ser cierta y real su existencia, con la entidad y potencialmente suficiente para llegar a influir en el otro, que trascienda en un verdadero abuso de poder de ahí que la influencia simulada, falsa o mentirosa, no ha quedado penalizada en este tipo, obedeciendo esto a un principio lógico, pues no se puede abusar de lo que no se tiene; puede obedecer entre otras razones, a cuando se esgrimen relaciones de superioridad o jerarquía, también con ocasión de vínculos de familiaridad, amistad o afinidad entre el sujeto activo y el pasivo; debe ser utilizada indebidamente (p, 215).

En España, país cuya tradición jurídica está arraigada en el nuestro, no cualquier influencia debe considerarse como punible por el ordenamiento jurídico, así refiere LOMBANA VILLALBA (2014), pues de lo contrario se violaría el principio de intervención mínima o se establecerían como típicas conductas adecuadas socialmente:

La influencia debe ser real, no simulada, pues si media un engaño se configura una estafa y no un tráfico de influencias. No obstante, tal conducta sí podría encajar además en el delito de ofrecimiento de influencias del artículo 430° (p, 190).

Luego de desarrollar todos los conceptos relacionados a la administración pública en el marco del Derecho Penal, precisamente en el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, el cual supone que cualquier persona que aduzca tener influencias sobre un funcionario que está conociendo un caso judicial o administrativo, cuando en realidad no las tiene, puede ser autor de este delito; consideramos que esta modalidad de tráfico de influencias no tiene asidero legal, ya que el correcto funcionamiento de la administración pública no podría verse afectado pues el traficante de influencias jamás podrá influir en el funcionario para que emita una decisión contraria a derecho, por lo mismo que no tiene las influencias sobre él.

2.3. Definiciones Conceptuales

- **Administración pública:** Es el gobierno en acción y constituye la actividad organizadora del Estado en la sociedad. En el ámbito de las ciencias sociales, la administración pública es motivo de interpretaciones que generan polémica. A veces se la considera desde una visión introspectiva que resalta la importancia de los procedimientos, las estructuras y los procesos. También se resalta la importancia que tiene en y para la toma de decisiones. Otra interpretación asegura que la administración pública es un mero instrumento de la política con lo cual se desconoce su autonomía funcional para orientar, ejecutar y condicionar las políticas y los planes de gobierno.
- **Bien jurídico tutelado:** En sentido general, aquel bien que el derecho ampara o protege. Su carácter jurídico deviene de la creación de una norma jurídica que prescribe una sanción para toda conducta que pueda lesionar dicho bien. Sin la existencia de esa norma, que tiene que estar vigente y ser eficaz, el bien pierde su carácter jurídico.

- **Influencia:** La influencia es la acción y efecto de influir. Este verbo se refiere a los efectos que una cosa produce sobre otra (por ejemplo, el viento sobre el agua) o al predominio que ejerce una persona. Así, referida a las personas, la influencia es el poder o la autoridad de alguien sobre otro sujeto. Ese poder puede utilizarse para intervenir en un negocio, para obtener una ventaja o para ordenar algo. En otras palabras, la influencia es la capacidad de controlar y modificar las percepciones de los demás.
- **Interés jurídico:** Tratándose del juicio de garantías, el interés jurídico como noción fundamental lo constituye la existencia o actualización de un derecho subjetivo jurídicamente tutelado que puede afectarse, ya sea por la violación de ese derecho, o bien, por el desconocimiento del mismo por virtud de un acto de autoridad, de ahí que sólo el titular de algún derecho legítimamente protegible pueda acudir ante el órgano jurisdiccional de amparo en demanda de que cese esa situación cuando se transgrede, por la actuación de cierta autoridad, determinada garantía.
- ***Ius puniendi* estatal:** El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como de forma teórica se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad y está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades. Resulta evidente que en los momentos actuales la búsqueda de alternativas a la cárcel se encuentra entre los objetivos pendientes del derecho penal.
- **Principio de fragmentariedad:** El carácter fragmentario del Derecho penal (protección de los bienes jurídicos más importantes frente a las conductas más lesivas a los mismos), aparece en una triple forma: 1) defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, 2) tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se considera antijurídico, 3) dejando sin castigo las acciones de naturaleza puramente civil.
- **Principio de legalidad:** O primacía de la ley, es un principio fundamental, conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Se considera a veces como la "regla de oro" del derecho público, y es una condición necesaria para

afirmar que un Estado es un Estado de derecho, pues en el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

- **Principio de lesividad:** Puede entenderse como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, entendido este último como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno.
- **Principio de mínima intervención del Derecho penal:** El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) el ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes; b) el ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.
- **Tráfico de influencias:** Viene a ser la conducta que consiste fundamentalmente en la influencia, siendo que esta no puede ser cualquier influencia puesto que de lo contrario se violaría el principio de intervención mínima o se establecerían como típicas conductas adecuadas socialmente.

2.4. Formulación de Hipótesis

2.4.1. Hipótesis General

Si, se procediera a la adecuada identificación del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de influencias, en su modalidad simulada; entonces, procedería su desregulación en aras de la prevalencia plena de la vigencia de los principios orientadores del Derecho penal.

2.4.2. Hipótesis Específicas

- a. Si, se conociera la doctrina del interés de los bienes que sustentan la existencia de un bien jurídico; entonces, se delimitaría el adecuado concepto del interés legal protegido en el delito de tráfico de influencias.

b. Si, se manejase adecuadamente la teoría del delito en el ilícito penal de tráfico de influencias; entonces, se conocería los elementos típicos que lo configuran, en aras de identificar el correcto bien jurídico merecedor de tutela penal.

CAPITULO III:

METODOLOGÍA

3.1. Diseño metodológico

3.1.1. Área de Estudio – Ubicación Metodológica

- a. Área de estudio : Dimensión Praxiológica
- b. Nivel epistemológico : Valoración
- c. Tipo de Investigación : Investigación Jurídico social – explicativa

3.1.2. Tipo

Explicativa: Nuestra investigación es explicativa ya que nos basamos en el por qué y para qué de un fenómeno, en nuestro caso de la despenalización del tipo penal de tráfico de influencias simulada.

3.1.3. Enfoque

Cuantitativo: A través de la aplicación de encuestas a las unidades de análisis bajo estudio se permitió precisar la naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias con el propósito de hacer prevalecer la vigencia plena de los principios orientadores del Derecho penal, sustentándose así la despenalización de la modalidad simulada, ya que su actual fórmula típica deviene en contraria a los presupuestos lógicos de la activación del ius puniendi.

3.2. Población y muestra

En la presente investigación la población está constituida por todos los abogados que se encuentran inscritos en el Colegio de Abogados de Huaura del Distrito Judicial de Huara.

Siendo que por tal motivo se aplicó una encuesta a fin de capturar la opinión de los entrevistados sobre el tema bajo estudio, totalizando aproximadamente 2000 Abogados colegiados.

La muestra está conformada por el porcentaje estadístico necesario que permitirá establecer una visión especial de la problemática planteada. De tal forma que el tamaño de la muestra ha sido calculado teniendo en cuenta la población de los encuestados (abogados del Distrito Judicial de Huaura), para lo cual se tuvo en cuenta la siguiente fórmula estadística:

Para establecer la muestra, tanto en el Proyecto de tesis como en el Informe Final se tuvo en cuenta la siguiente fórmula estadística:

$$n = \frac{Z^2 \cdot p \cdot q \cdot N}{Z^2 \cdot pq + E^2 (N - 1)}$$

Donde:

n = Tamaño de la muestra

Z^2 = Nivel de confianza (Valor estándar = 1.96)

p = Proporción de éxito (Valor estándar = 0.5)

q = Proporción de fracaso (Valor estándar = 0.5)

N = Tamaño de la población

E^2 = Error de muestreo (Valor discriminado por el investigador = 0.05 a más)

CÁLCULO DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA SEGÚN LA POBLACIÓN:

Estadística:

$$n = \frac{p \times q \times Z^2 \times N}{Z^2 \times p \times q + e^2 (N-1)}$$

Leyenda:

n = Tamaño de la muestra.

N = Tamaño de la población.

p y q = Desviación estándar de la población que, generalmente cuando no se tiene su valor, suele utilizarse un valor constante de 0,5.

Z = Valor obtenido mediante niveles de confianza. Es un valor constante que, si no se tiene su valor, se lo toma en relación al 95% de confianza equivale a 1,96 (como más usual) o en relación al 99% de confianza equivale 2,58, valor que queda a criterio del investigador.

e = Límite aceptable de error muestral que, generalmente cuando no se tiene su valor, suele utilizarse un valor que varía entre el 1% (0,01) y 9% (0,09), valor que queda a criterio del encuestador.

$$n1 = \frac{0.5 \times 0.5 \times (2.58)^2 \times 2000}{2.58^2 \times 0.5 \times 0.5 + (0.07)^2 (2000-1)}$$

$$n1 = \frac{3328.2}{6.6564 + 19.99}$$

$$n1 = \frac{3328.2}{26.6464} = 124.90$$

n1: El tamaño de muestra poblacional fue de 125 personas.

3.3. Operacionalización de variables e indicadores

HIPOTESIS	VARIABLES	DEFINICIÓN		DIMENSION	INDICADOR	ITEM	TÉCNICA RECOJO DE DATOS	INSTRUMENTO y UNIDAD DE ANÁLISIS
		CONCEPTUAL	OPERACIONAL					
Hipótesis General: Si, se procediera a la adecuada identificación del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de influencias, en su modalidad simulada; entonces, procedería su desregulación en aras de la prevalencia plena de la vigencia de los principios orientadores del Derecho penal.	✓ Adecuada identificación del bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico de influencias, en sus diversas modalidades.	Valores efectivamente protegidos por el Derecho Penal en torno a lo que corresponde a la prestación del servicio de Administración de Justicia	Las diversas concepciones que la jurisprudencia y la doctrina nacional tienen respecto del valor jurídicamente protegido por el Derecho Penal en el delito de venta de humo.	La imparcialidad de la Administración Pública;	Resolver con criterios objetivos	Independencia	ENCUESTA	CUESTIONARIO a ser aplicados en los operadores del Derecho del Distrito Judicial de Huaura
						Imparcialidad		
					Resolver sin influencias de sesgos o prejuicios	Independencia		
						Imparcialidad		
					Resolver sin tratos personalizados	Independencia		
						Imparcialidad		
				El prestigio de la Administración Pública,	Reputación	Tiene		
						No tiene		
				Fama	Logros	Tiene		
						No tiene		
				Logros	Logros	Tiene		

Hipótesis Específicas: a) Si, se conociera la doctrina del interés de los bienes que sustentan la existencia de un bien jurídico; entonces, se delimitaría el adecuado concepto del interés legal protegido en el delito de tráfico de influencias. b) Si, se manejase adecuadamente la teoría del delito en el ilícito penal de tráfico de influencias; entonces, se conocería los						No tiene	CUESTIONARIO a ser aplicados en los operadores del Derecho del Distrito Judicial de Huaura
				La institucionalidad de la Administración Pública.	Percepción sobre existencia de normas jurídicas eficientes	Existen	
						No existen	
					Menos distorsiones en la regulación y resoluciones	De acuerdo a ley	
						Al margen de la ley	
	✓	Desregulación de la modalidad simulada en los delitos de tráfico de influencias.	Imposibilidad de la configuración del delito de tráfico de influencias porque no guarda un componente lesivo para socavar la estructura protegida del delito antes	Concurrencia del título de imputación cristalizado en un acto o en un resultado que beneficie al interesado a consecuencia de la influencia invocada	Efectiva lesión al bien jurídico tutelado Administración Pública	Destrucción del bien jurídico Administración Pública en el tráfico de influencias simuladas	
					Menoscabo del bien jurídico Administración Pública en el	No existe destrucción del bien jurídico tutelado	
						Si existe menoscabo del bien jurídico	

elementos típicos que lo configuran, en aras de identificar el correcto bien jurídico merecedor de tutela penal.		referido.			tráfico de influencias simuladas	tutelado	ENCUESTA	CUESTIONARIO a ser aplicados en los operadores del Derecho del Distrito Judicial de Huaura	
						No existe menoscabo del bien jurídico tutelado			
					Puesta en peligro del bien jurídico tutelado Administración Pública	Delito de peligro concreto			Comprobación del peligro al bien jurídico
									Comprobación de la capacidad lesiva del riesgo
						Delito de peligro abstracto			Peligrosidad de la conducta <i>ex-ante</i>
									Peligrosidad de la conducta <i>ex-post</i>

	<p>✓ Prevalencia plena de los principios orientadores del Derecho penal.</p>	<p>Los principios penales son pautas superiores y abstractas, generales e inductivas en que descansan las diversas normas en derecho penal positivo y que los doctrinarios proponen como guías para la interpretación de las mismas.</p>	<p>Afectación a principios orientadores del Derecho Penal con la tipificación de conductas que no devienen en lesivas (efectiva o peligrosamente) contra el bien jurídico Administración Pública</p>	Principio de legalidad	<p>Principal límite frente al poder punitivo del Estado, quien solo podrá aplicar la pena a las conductas que, de manera previa, se encuentren definidas como delito.</p>	El tráfico de influencias simulada cumple con el principio de legalidad		<p>CUESTIONARIO a ser aplicados en los operadores del Derecho del Distrito Judicial de Huaura</p>
						El tráfico de influencias simulada no cumple con el principio de legalidad		
				Principio de prohibición analógica	<p>No se podrá aplicar a un caso que no está previsto en la ley una norma que no le corresponde.</p>	El tráfico de influencias simulada cumple con el principio de prohibición de la analogía		
	El tráfico de influencias simulada no cumple con							

						el principio de prohibición de la analogía	ENCUESTA	CUESTIONARIO a ser aplicados en los operadores del Derecho del Distrito Judicial de Huaura
				Principio de responsabilidad penal o culpabilidad	Tiene su soporte en que la sanción jurídica se corresponde con la reprochabilidad social al autor del hecho –quien en base a su libre albedrío y a su conocimiento realiza una conducta no adecuada a Derecho.	El tráfico de influencias simulada cumple con el principio de culpabilidad		
				Principio de lesividad	No se podrá decir que un acto es ilícito si no se encuentra fundamentado en la lesión de un	El tráfico de influencias simulada cumple con el principio		

					bien jurídico, entendida como toda aquella acción que el agente cometa para causar un determinado daño a un bien protegido.	de lesividad		de Huaura
						El tráfico de influencias simulada no cumple con el principio de lesividad		
				Principio de subsidiariedad	Quando se realice en la sociedad algún hecho delictivo, primero debe recurrirse a otros recursos jurídicos –ya sean civiles o administrativos- que ha de emplear el Estado para resolver el caso determinado; y, recurrir en última instancia al Derecho penal	El tráfico de influencias simulada cumple con el principio de subsidiariedad		
						El tráfico de influencias simulada no cumple con el principio de subsidiariedad	ENCUESTA	

					(última ratio).	ad		
				Principio de fragmentariedad	No toda conducta que ocasione lesión a determinados bienes jurídicos va a ser merecedora de intervención punitiva, sino solamente aquellas conductas cuyo resultado delictuoso sea una vulneración a aquellos bienes jurídicos de suma importancia.	El tráfico de influencias simulada cumple con el principio de fragmentariedad		
						El tráfico de influencias simulada no cumple con el principio de fragmentariedad		

				Principio de proporcionalidad	<p>Por este principio el juez primero tendrá que definir la importancia del bien jurídico protegido. Después de haber determinado la importancia del bien jurídico el juez tendrá que examinar la forma en la que el bien jurídico ha sido violado o trasgredido porque no se le va aplicar a una persona que ha cometido un delito con dolo la misma pena que se le aplicaría en el caso de haberlo realizado con culpa.</p>	<p>El tráfico de influencias simulada cumple con el principio de proporcionalidad</p>	ENCUESTA	
						<p>El tráfico de influencias simulada no cumple con el principio de proporcionalidad</p>		

				Principio de igualdad	Las personas tienen derecho a un trato justo y equitativo. Esta igualdad también se ve reflejada en el derecho penal cuando se establecen las garantías para el cumplimiento de un proceso justo: que el trato de las personas al momento de sancionar un delito sea igual, sin hacer ningún tipo de diferenciación.	El tráfico de influencias simulada cumple con el principio de igualdad		
						El tráfico de influencias simulada no cumple con el principio de igualdad		

				Principio de humanidad de las penas	La principal misión de este principio es reducir la violencia estatal, aplicando las penas bajo criterios razonables y adecuando las penas a la Humanidad del Hombre. Sirve como un criterio rector y de orientación a la política criminal del Estado y al control penal en su conjunto	El tráfico de influencias simulada cumple con el principio de humanidad de las penas		
						El tráfico de influencias simulada no cumple con el principio de humanidad de las penas		

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Los analistas utilizan una variedad de métodos a fin de recopilar los datos sobre una situación existente, como entrevistas, cuestionarios, inspección de registros (revisión en el sitio) y observación. Cada uno tiene ventajas y desventajas. Generalmente, se utilizan dos o tres para complementar el trabajo de cada una y ayudar a asegurar una investigación completa.

Para llevar a cabo un trabajo de investigación el investigador cuenta con gran variedad de métodos para diseñar un plan de recolección de datos. Tales métodos varían de acuerdo con cuatro dimensiones importantes: estructura, confiabilidad, injerencia del investigador y objetividad. La presencia de estas dimensiones se reduce al mínimo en los estudios cualitativos, mientras que adquieren suma importancia en los trabajos cuantitativos, no obstante, el investigador a menudo tiene la posibilidad de adaptar la estrategia a sus necesidades. Cuando la investigación está altamente estructurada, a menudo se utilizan instrumentos o herramientas para la recolección formal de datos.

Las tres principales técnicas de recolección de datos son: la observación, la encuesta y la entrevista.

Para lograr la confiabilidad y la validez de los resultados obtenidos a través de la aplicación de las técnicas de investigación descritas, consideramos oportuno recurrir a dos instrumentos de recolección de datos; por un lado, recurrimos a las fichas de investigación, cuya técnica es el fichaje, la misma que nos permitió acceder a las diversas teorías y posiciones académicas expresadas en torno a cada una de los temas de estudio a que se refiere el marco teórico, con lo que se dio sustento al logro del objetivo general y, consiguientemente, a la respectiva conclusión y recomendación; de otro lado, se tiene la ficha de registro (cuestionario), por cuyo intermedio se logró plasmar los datos conducentes a la objetivación del marco empírico a desarrollarse, convirtiendo las respuestas de los encuestados en información conducente a la validación de la hipótesis que aquí nos propusimos.

3.5. Técnicas para el procesamiento de la información

Obtenidos los diversos datos e informaciones disgregados del trabajo de campo, se procedió a asignar un nombre a cada una de las características recogidas, y que responden a las diversas variables de investigación, cumpliendo así con la exigencia de la codificación, ello con la finalidad de permitir la identificación adecuada de cada una de

ellas, de tal forma que la asignación de valores numéricos a cada una de las categorías nos llevó a sustanciar las conclusiones y recomendaciones que se elaboró en la investigación; los datos e informaciones obtenidos y que se hallan codificados, fueron debidamente almacenados en las bases de datos, hojas de datos y programas estadísticos que la investigación en el campo de las ciencias jurídicas exige, teniendo en cuenta las características derivadas de los mismos datos e informaciones, llegando a la conclusión de que esto se logra alcanzar a través del uso del programa Microsoft Office, hoja de cálculo Excel, en cualesquiera de sus versiones. Dado nuestro conocimiento y dominio en ello, no fue necesario recurrir a paquetes o programas estadísticos, como el SPSS, entre otros.

CAPÍTULO IV:

RESULTADOS

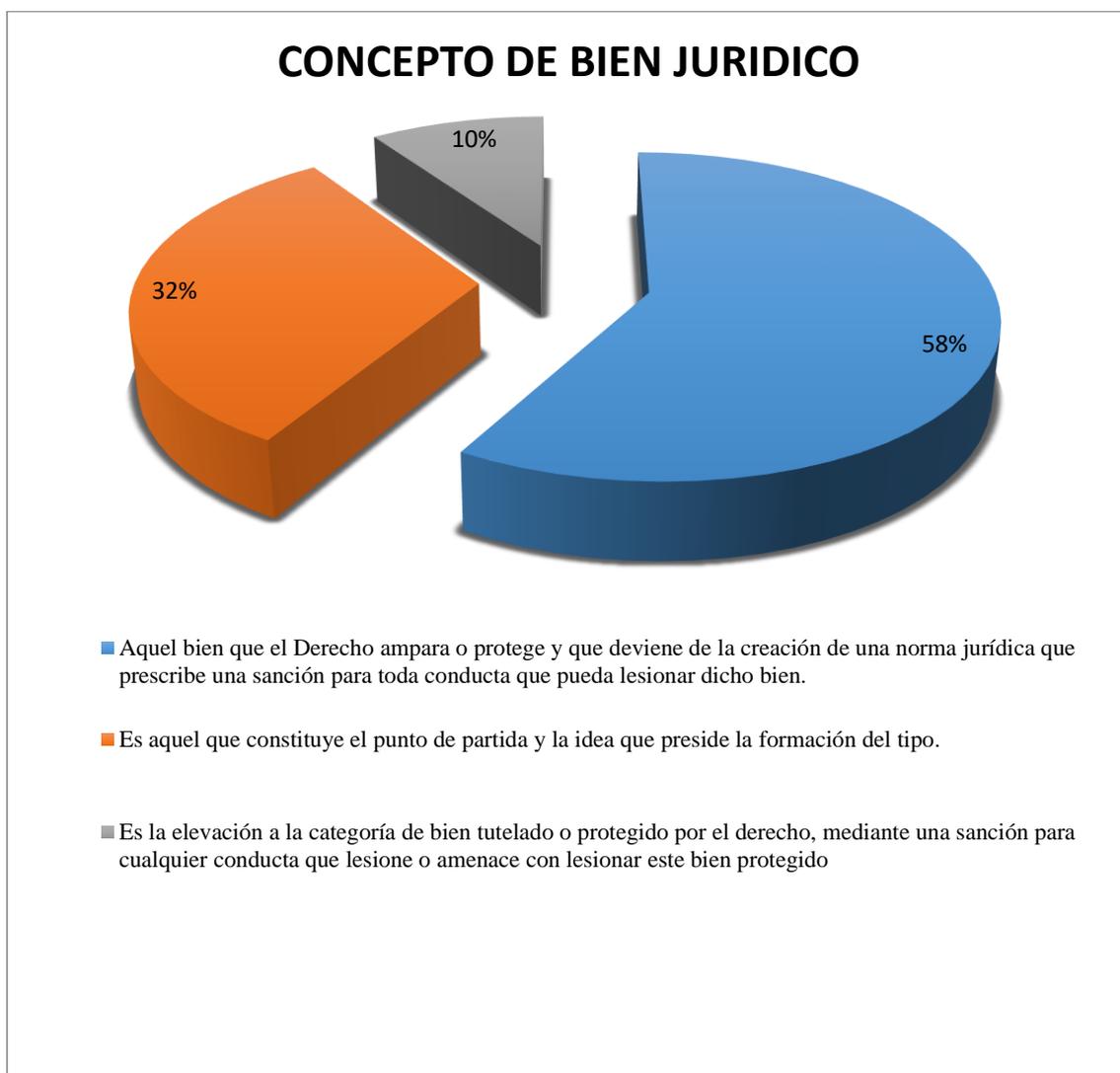
4.1. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

CUADRO N° 1: CONCEPTO DE BIEN JURIDICO

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
A su criterio, ¿cuál cree Ud. que sería el concepto más adecuado de bien jurídico?	Aquel bien que el Derecho ampara o protege y que deviene de la creación de una norma jurídica que prescribe una sanción para toda conducta que pueda lesionar dicho bien.	73	58%
	Es aquel que constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo.	40	32%
	Es la elevación a la categoría de bien tutelado o protegido por el derecho, mediante una sanción para cualquier conducta que lesione o amenace con lesionar este bien protegido	12	10%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 01



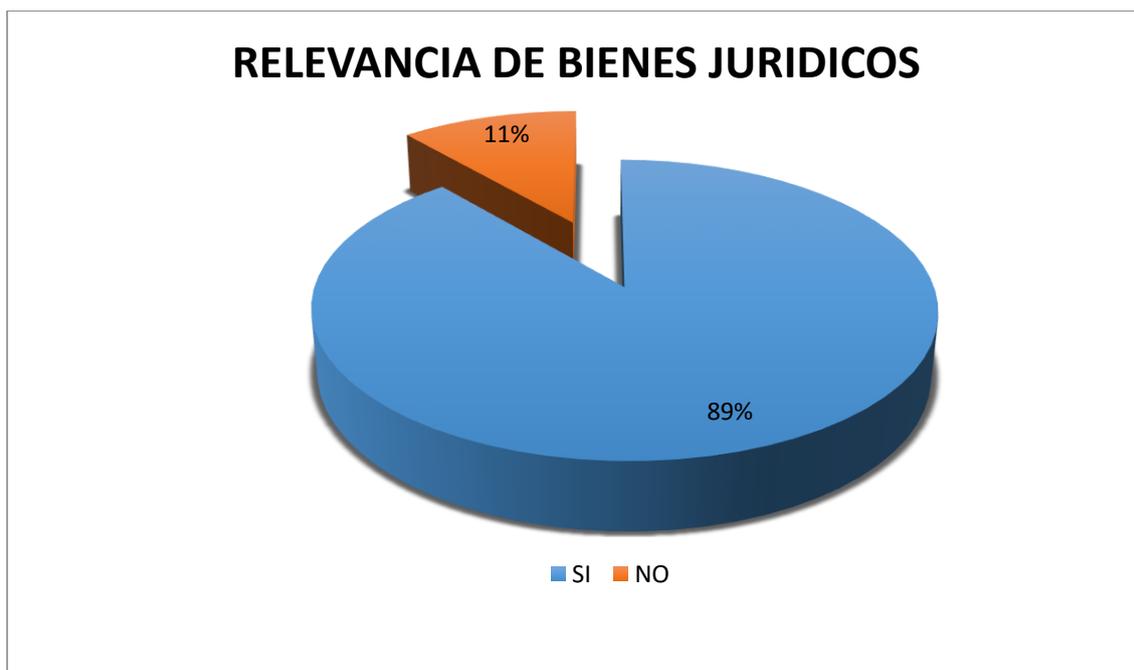
De la gráfica se observa que el porcentaje más alto de encuestados respondió que el concepto jurídico más adecuado de bien jurídico consiste en aquel bien que el Derecho ampara o protege y que deviene de la creación de una norma jurídica que prescribe una sanción para toda conducta que pueda lesionar dicho bien, lo que nos demuestra que los encuestados asocian la lesión de un bien jurídico con su respectiva sanción, vinculando además al bien jurídico con una norma que le otorgue tal distinción.

CUADRO N° 2: RELEVANCIA DE LOS BIENES JURIDICOS

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Considera usted que hay bienes jurídicos que por el paso del tiempo han dejado de ser relevantes para el Derecho penal y como tal deberían desregularse?	SI	111	89%
	NO	14	11%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 02



De este gráfico se observa que una mayoría avasalladora considera que hay bienes jurídicos que por el paso del tiempo han dejado de ser relevantes para el Derecho penal y como tal deberían desregularse, lo que nos demuestra que la mayoría entiende que el Derecho es cambiante y se moldea de acuerdo a las costumbres y realidad de la época.

CUADRO N° 3: DEFINICIÓN DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Dentro de los conceptos que a continuación se le detalla, ¿cuál de ellos define con mayor precisión el tráfico de influencias?	Es aquella capacidad de influencia que pueda poseer el agente sobre los funcionarios públicos. Capaz de doblegar su decisión al beneficio de un privado.	6	4%
	Es aquel hecho de aprovecharse de una situación de privilegio para obtener un beneficio propio o para favorecer a otra persona	94	70%
	Es aquel por el cual una persona utiliza su condición de agente público y ofrece tener influencias sobre otro funcionario o servidor público a fin de obtener un beneficio.	35	26%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 03



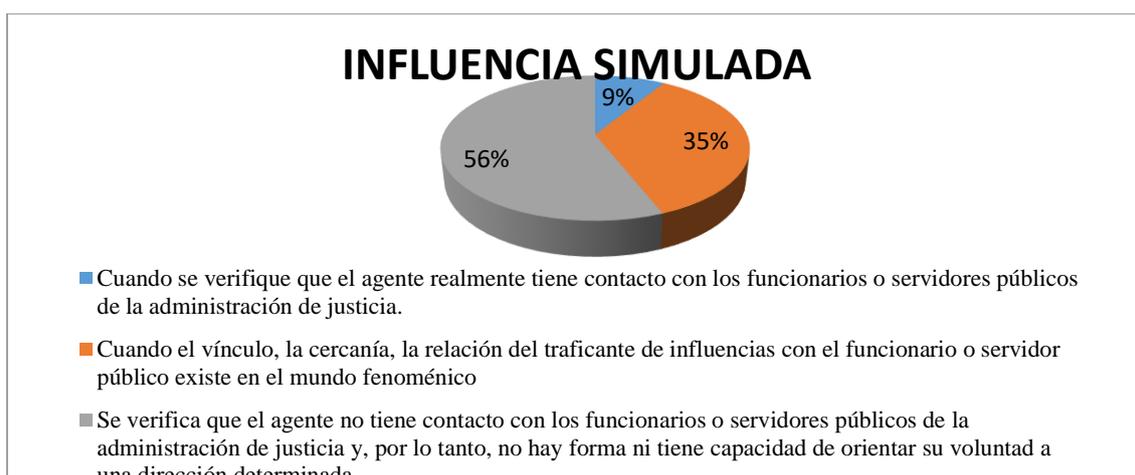
De este gráfico se observa que la mayoría de encuestados refiere que el tráfico de influencias es aquel hecho de aprovecharse de una situación de privilegio para obtener un beneficio propio o para favorecer a otra persona, lo que nos demuestra que los encuestados asemejan los privilegios que tienen ciertas personas con el tráfico de influencias, lo cual en la práctica resulta siendo cierto, ya que una situación de privilegio en nuestro país es conocer y tener lazos de amistad con funcionarios que tienen poder de decisión.

CUADRO N° 4: INFLUENCIA SIMULADA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Teniendo en cuenta que el artículo 400 del Código Penal que regula el tráfico de influencias reconoce dos formas de influencia que son las reales y simuladas, en esta última forma, a su criterio, ¿cuándo estaremos ante una influencia simulada?	Cuando se verifique que el agente realmente tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia.	11	9%
	Cuando el vínculo, la cercanía, la relación del traficante de influencias con el funcionario o servidor público existe en el mundo fenoménico	44	35%
	Se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma ni tiene capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada.	70	56%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 04



De este gráfico se aprecia que el porcentaje más alto de encuestados ha mostrado su conformidad con la respuesta que precisa que se está ante una influencia simulada cuando se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios de la administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma ni tiene capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada; ello nos demuestra que los encuestados entienden que una influencia simulada es aquella que no existe, aquella en la que el agente no posee el vínculo amical o laboral del que se jacta para poder traficar con la influencia que no posee.

CUADRO N° 5: CAPACIDAD DEL AGENTE

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Teniendo en cuenta la conceptualización del tráfico de influencias simulada, en la cual se aprecia que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia, en tal sentido, ¿cree usted que el agente puede tener la capacidad de orientar la voluntad de la autoridad sin conocerlo?	SI	3	2%
	NO	114	91%
	A VECES	8	7%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 05



De la gráfica se observa que el 91 % de los encuestados responde, ante la pregunta de si en el tráfico de influencias simuladas el agente puede tener la capacidad de orientar la voluntad de la autoridad sin conocerlo, que no; lo que nos demuestra que nadie puede influir sobre alguien a quien no conoce, y mucho menos cuando se pretende obtener una ventaja o beneficio en favor propio o de tercero. Por otra parte, lo afirmado es una consecuencia del sentido común, por lo que no deja de llamar la atención que haya un grupo, muy reducido, por cierto, que crea que sí es posible orientar la voluntad de la autoridad y otros que es posible a veces.

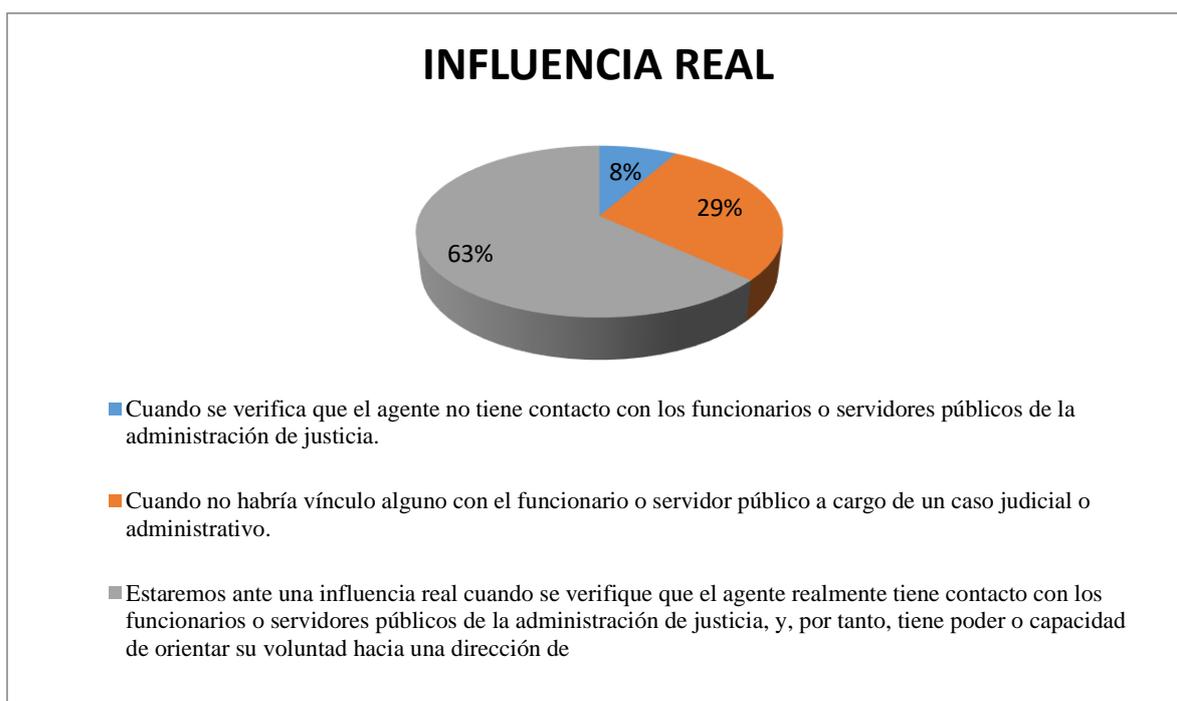
CUADRO N° 6: INFLUENCIA REAL

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Teniendo en cuenta que el artículo 400 del Código Penal que regula el tráfico de influencias reconoce dos formas de influencia que son las reales y	Cuando se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia.	10	8%
	Cuando no habría vínculo alguno con el funcionario o servidor público a cargo de un caso judicial o administrativo.	35	29%

simuladas, en la primera forma, a su criterio, ¿cuándo estaremos ante una influencia real?	Estaremos ante una influencia real cuando se verifique que el agente realmente tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia, y, por tanto, tiene poder o capacidad de orientar su voluntad hacia una dirección determinada.	77	63%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 06



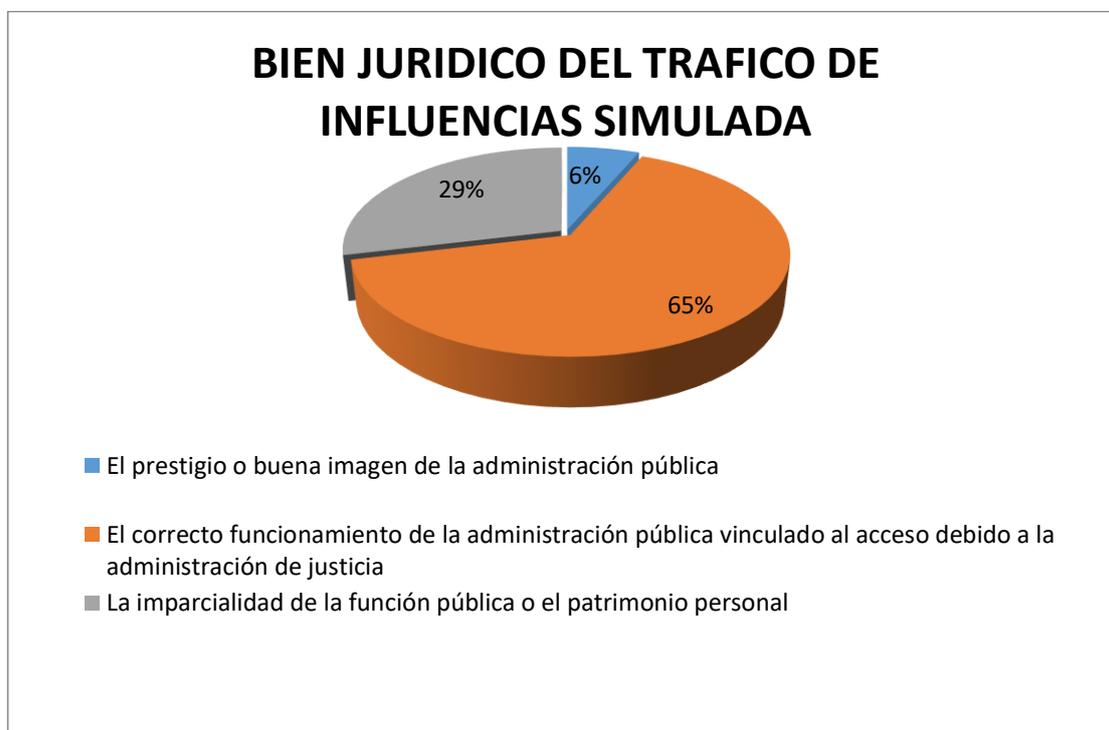
De la gráfica se observa que el porcentaje mayoritario de encuestados refiere que se está ante una influencia real cuando se verifique que el agente realmente tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y, por tanto, tiene poder o capacidad de orientar su voluntad hacia una dirección determinada; lo que nos demuestra que la mayoría relacionada el efectivo vínculo entre el funcionario y el agente para dar por cierta la influencia traficada, sin embargo, llama poderosamente la atención que un porcentaje nada despreciable (29 %) considere que se está ante una influencia real cuando no habría vínculo alguno entre el agente y el funcionario.

CUADRO N° 7: BIEN JURIDICO DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De las alternativas que se señalan sobre el bien jurídico del tráfico de influencias simuladas, a su criterio, ¿cuál cree que sería el bien jurídico tutelado en ese delito?	El prestigio o buena imagen de la administración pública	8	6%
	El correcto funcionamiento de la administración pública vinculado al acceso debido a la administración de justicia	81	65%
	La imparcialidad de la función pública o el patrimonio personal	36	29%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 20

GRAFICO 07



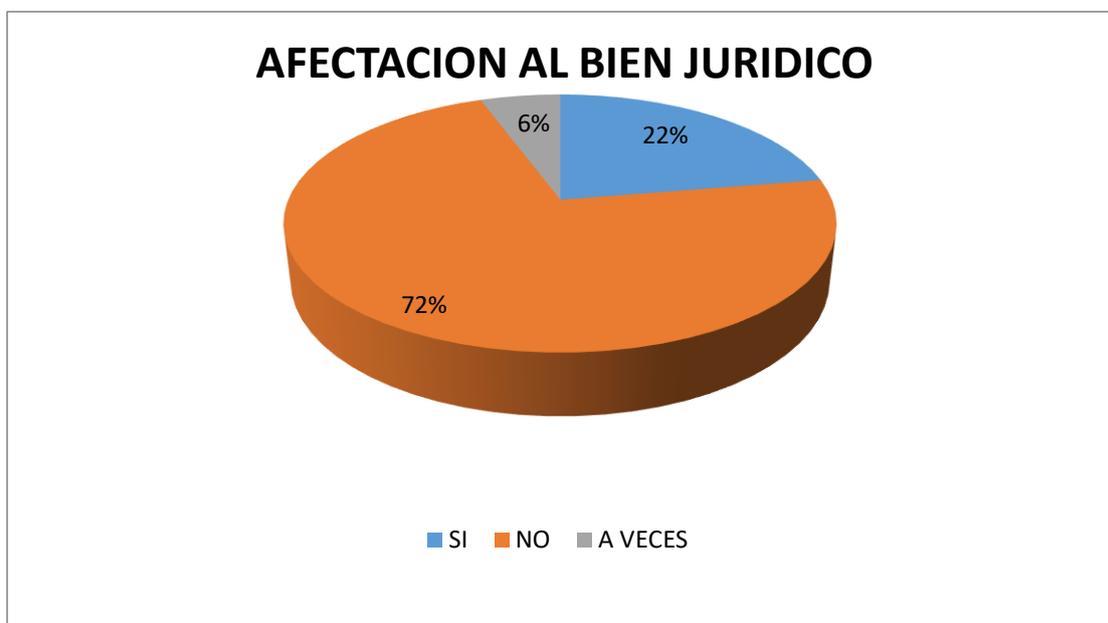
De este gráfico se observa que el porcentaje más alto entiende que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias simuladas sería el correcto funcionamiento de la administración pública, lo que demuestra que vinculan a este delito con el mismo bien jurídico protegido en otros delitos cometidos en agravio de la administración pública; además, hay un porcentaje considerable que considera que el bien jurídico protegido es la imparcialidad de la función pública, lo que llama la atención si se tiene en cuenta el resultado del gráfico cinco.

CUADRO N° 8: EXISTENCIA DE AFECTACION AL BIEN JURIDICO

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
En el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada regulado en el artículo 400 del Código Penal, ¿cree usted que hay alguna afectación gravosa a algún bien que sea de relevancia para el derecho?	SI	28	22%
	NO	90	72%
	A VECES	7	6%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 08



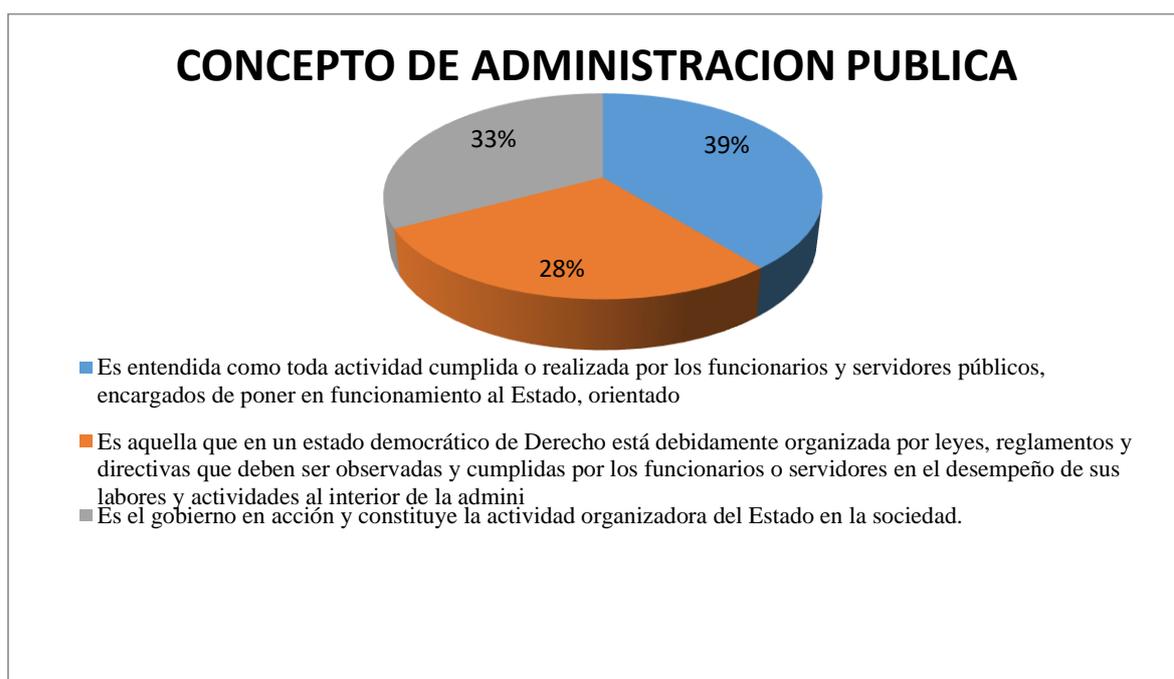
De esta gráfica se observa que ante la pregunta de si hay alguna afectación gravosa a bien jurídico alguno en la ejecución del delito de tráfico de influencias, el 72 % responde que no, de lo que se desprende que la mayoría piensa que este delito es inocuo, que no infiere ninguna lesión ni al bien jurídico que pretende proteger ni a ningún otro; sin embargo, se debe tener en cuenta que un 22 % sí cree que hay una afectación a un bien de relevancia penal.

CUADRO N° 9: CONCEPTO DE ADMINISTRACION PÚBLICA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De los conceptos que a continuación se detalla, a su criterio, ¿cuál cree que sería el concepto más cercano a administración pública?	Es entendida como toda actividad cumplida o realizada por los funcionarios y servidores públicos, encargados de poner en funcionamiento al Estado, orientado	49	39%
	Es aquella que en un estado democrático de Derecho está debidamente organizada por leyes, reglamentos y directivas que deben ser observadas y cumplidas por los funcionarios o servidores en el desempeño de sus labores y actividades al interior de la administración.	35	28%
	Es el gobierno en acción y constituye la actividad organizadora del Estado en la sociedad.	41	33%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 09



De este gráfico se observa que hay opiniones divididas en cuanto a la definición de administración pública, entendiendo la mayoría de los encuestados que es toda actividad realizada por los funcionarios, quienes están encargados de poner en funcionamiento el

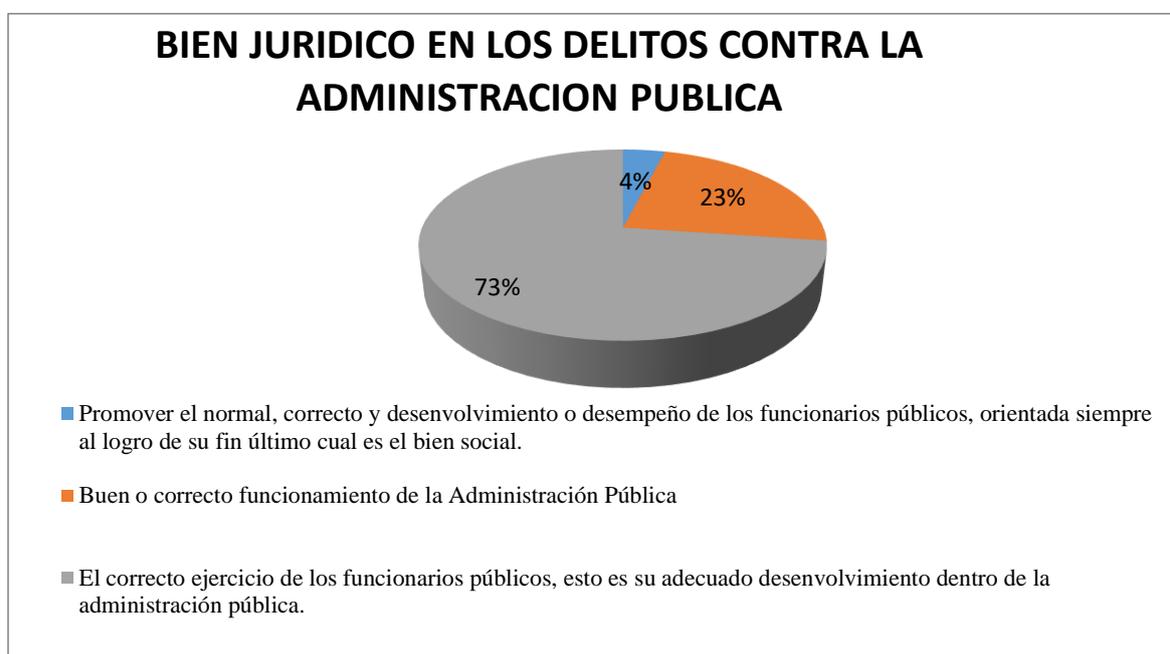
Estado (39 %); otro grupo de encuestados (33 %) refiere que es el gobierno en acción y constituye la actividad organizadora del Estado; de ambas respuestas se entiende que la mayoría de encuestados entiende a la administración pública como la hacedora de las funciones del gobierno, la encargada de hacer andar el andamiaje estatal.

CUADRO N° 10: BIEN JURIDICO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Teniendo en cuenta que la administración pública es el conjunto de actividades previstas legalmente o previsibles que son desarrolladas por los agentes públicos (funcionarios y servidores), mediante las cuales se realizan los fines del Estado y de las diversas entidades públicas, ¿cuál cree usted que sería el bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública?	Promover el normal, correcto y desenvolvimiento o desempeño de los funcionarios públicos, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien social.	5	4%
	Buen o correcto funcionamiento de la Administración Pública	29	23%
	El correcto ejercicio de los funcionarios públicos, esto es su adecuado desenvolvimiento dentro de la administración pública.	91	73%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 10



De la gráfica se observa que el porcentaje más alto refiere que el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública es el correcto ejercicio de los funcionarios públicos, esto es, su adecuado desenvolvimiento dentro de la administración pública (73 %), y un 23 % precisa que es el buen o correcto funcionamiento de la administración pública; de ambas respuestas se infiere que la mayoría de encuestados relacionan el buen funcionamiento de la administración con el bien jurídico protegido con la ley penal, lo que, además, es aceptado ampliamente por la jurisprudencia y doctrina nacional, sin negar, claro está, que dicho bien jurídico tiene sus matices en cada ley penal que regula un supuesto de hecho contra la administración pública.

CUADRO N° 11: DEFINICION DE LA INSTITUCIONALIDAD DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De los conceptos que se detallan, ¿cuál de ellos define con mayor precisión la institucionalidad de la administración pública?	Es el mandato constitucional de preservar una institución vital de la sociedad, ampliamente influenciada, de ataques periféricos que coadyuvan a una cultura de corrupción, y que político-criminalmente es necesario frenar.	14	11%
	Debe entenderse como una variedad de objetivos y metas a cumplir, para hacer posible que la vida productiva sea consistente y vigorosa.	33	27%
	Es el arquetipo que denota cómo la administración pública es capaz de fortalecer la legitimidad de los resultados que es propia de los valores democráticos, y las sociedades que han optado por el escrutinio permanente de las actividades administrativas y gubernamentales	78	62%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 11



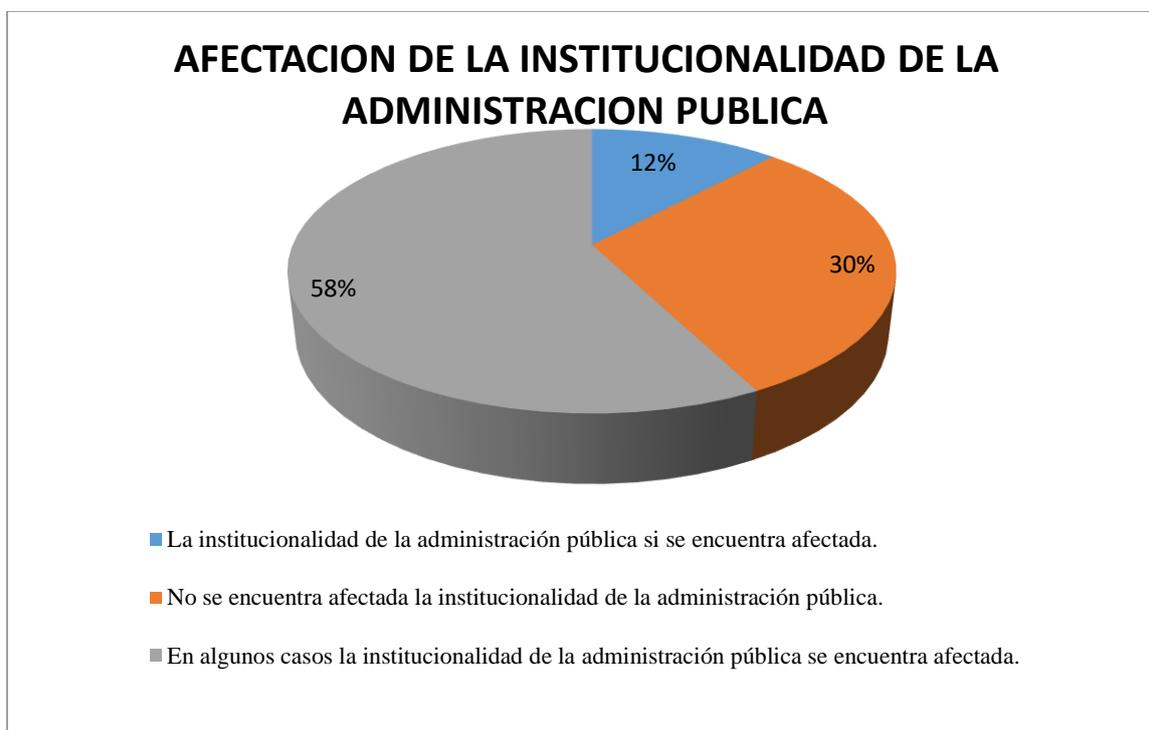
De la gráfica se observa que el porcentaje más alto incide en que la institucionalidad de la administración pública debe ser entendida como el arquetipo que denota cómo la administración pública es capaz de fortalecer la legitimidad de los resultados que es propia de los valores democráticos; ello nos demuestra que la mayoría tiene pleno conocimiento de lo que implica la institucionalidad en las entidades públicas, vinculando la misma a la legitimidad de sus decisiones que deben fundarse en el respeto de los valores democráticos y el ordenamiento legal. Un grupo nada despreciable (27 %) entiende que la institucionalidad debe entenderse como una variedad de objetivos y metas a cumplir, lo que, en sentido estricto, dista del significado específico de la institucionalidad. En consecuencia, es la mayoría la que reconoce la definición precisa de institucionalidad, definición que era importante conocer, toda vez que guarda relación directa con la pregunta que se les hizo a continuación.

CUADRO N° 12: AFECTACION DE LA INSTITUCIONALIDAD DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Teniendo en cuenta que el delito de tráfico de influencias no sanciona el mero hecho de poseer influencias, sino que establece como riesgo prohibido el invocar influencias existentes o no, con el fin de comunicar de manera verosímil la posibilidad de interferir en el correcto funcionamiento de la administración pública, en tal sentido, ¿considera usted que la institucionalidad de la administración pública se encontraría afectada?	La institucionalidad de la administración pública si se encuentra afectada.	15	12%
	No se encuentra afectada la institucionalidad de la administración pública.	38	30%
	En algunos casos la institucionalidad de la administración pública se encuentra afectada.	72	58%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRÁFICO 12



De este gráfico se tiene que el 58 % considera que en algunos casos de tráfico de influencias las institucionalidad de la administración pública se vería afectada, mientras que el 30 % considera que no se afectaría, en ningún caso, la institucionalidad; de ello se desprende que la mayoría, no siendo una mayoría contundente, tiene la idea que en solo en algunos casos se ve afectada la institucionalidad de la administración pública (cuya definición fue bien aceptada por la mayoría en la gráfica que precede), mientras que un grupo considerable refiere que en ningún caso de tráfico de influencias se afecta la institucionalidad, lo que nos lleva a la conclusión que estas personas (38 de las 125 encuestadas) creen que incluso en el tráfico de influencias reales no se afecta la institucionalidad de la entidad en la que labora el funcionario influenciado.

CUADRO N° 13: IMPARCIALIDAD DE LOS FUNCIONARIO Y SERVIDORES PUBLICOS

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Teniendo en cuenta que el concepto de imparcialidad es: “La ausencia de inclinación en favor o en contra de una persona o cosa al obrar o al juzgar un asunto”; ¿cree usted que los funcionarios o servidores de la administración pública actúan siempre con este principio en mención?	Si actúan con imparcialidad	10	8%
	No actúan con imparcialidad	21	17%
	Algunas veces actúan con imparcialidad	94	75%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 13



De este gráfico se observa que ante la pregunta sobre la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, la mayoría (75 %) expresa que algunas veces actúan con imparcialidad, mientras que el 17 % refiere que nunca actúan con imparcialidad; de dichos datos se demuestra que la percepción que tienen los operadores jurídicos encuestados sobre la imparcialidad de los funcionarios es que estos solo algunas veces la tienen, lo que implica creer que ejercen sus funciones con inclinación en favor de alguna de las partes en conflicto, lo que le resta credibilidad a la administración pública, además de mellar su institucionalidad.

CUADRO N° 14: LA FAMA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
A sabiendas que en estos últimos años se han suscitado muchos actos de corrupción dentro de la administración pública, a su criterio, ¿considera que la administración pública tiene buena fama?	TIENE	8	6%
	NO TIENE	117	94%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 14



De este gráfico se observa que el 94 % de encuestados opina que la administración pública no tiene buena fama producto de los hechos de corrupción que se han suscitado;

ello demuestra la percepción negativa que se tiene sobre la administración pública en general, dándonos una visión que nos permitirá, más adelante, ensayar algunas razones del por qué los encuestados tienen mayor celo a la hora de proteger el bien jurídico relacionado a la administración pública. Volviendo al gráfico, es sintomático que solo ocho de ciento veinticinco encuestados manifiesten que la administración pública sí tiene buena fama.

CUADRO N° 15: LESION AL BIEN JURIDICO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
El delito de tráfico de influencias simulada, siendo un delito contra la administración pública, ¿considera usted que lesiona el bien jurídico tutelado de la administración pública?	SI	24	19%
	NO	101	81%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 15



De la gráfica se desprende que el porcentaje mayoritario se inclina por la respuesta negativa ante la pregunta si en el tráfico de influencias en su modalidad simulada se lesiona el bien jurídico tutelado de la administración pública; para ser más precisos, el 81 % (ciento uno de los encuestados) afirma que no hay lesión en la ejecución del delito

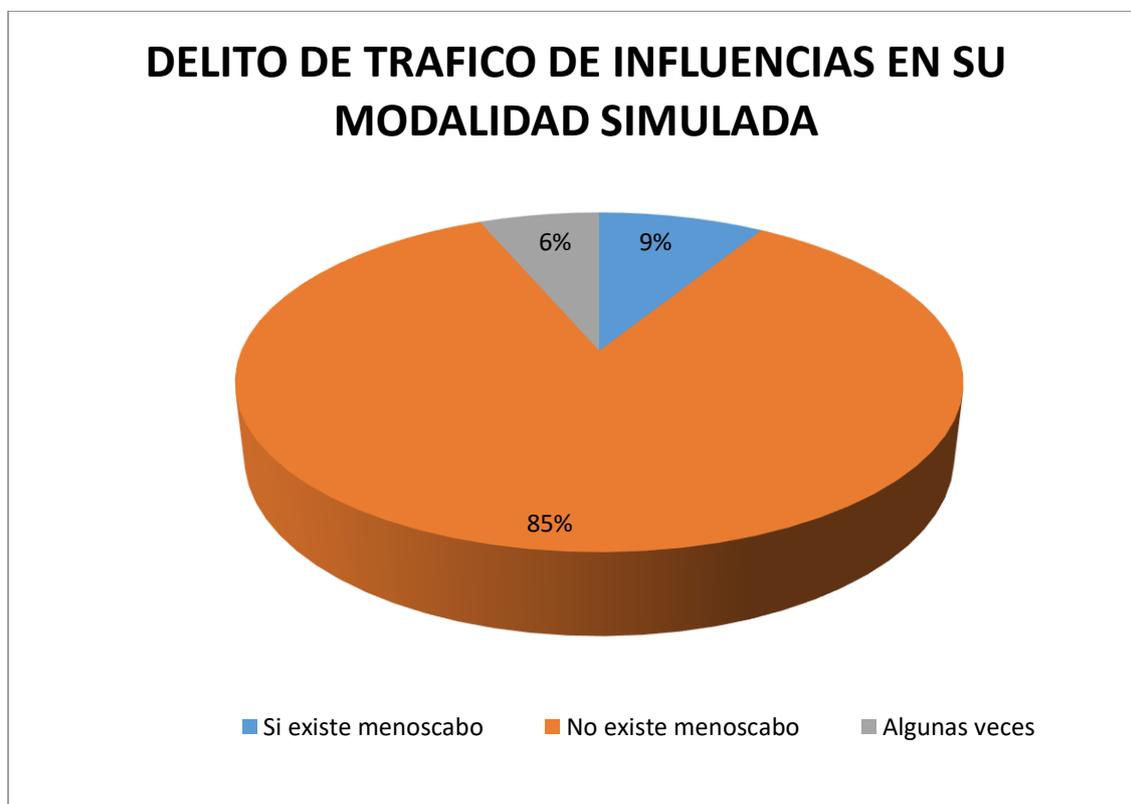
de venta de humo. Ello demuestra que la mayoría no cree que el accionar del traficante de influencias simuladas sea capaz de lesionar el correcto funcionamiento de la administración pública, lo que implica que se estaría ante una acción inocua que, sin embargo, es penada por nuestro ordenamiento jurídico penal.

CUADRO N° 16: DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN SU MODALIDAD SIMULADA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Cree usted que existe un menoscabo del bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada?	Sí existe menoscabo	11	9%
	No existe menoscabo	106	85%
	Algunas veces	8	6%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 16



De este gráfico se observa que el 85 % de encuestados precisa que no existe menoscabo del bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, lo que es coherente con el resultado de la pregunta que precede. De ello se infiere que una amplia mayoría, así como cree que no se lesiona el bien jurídico con la

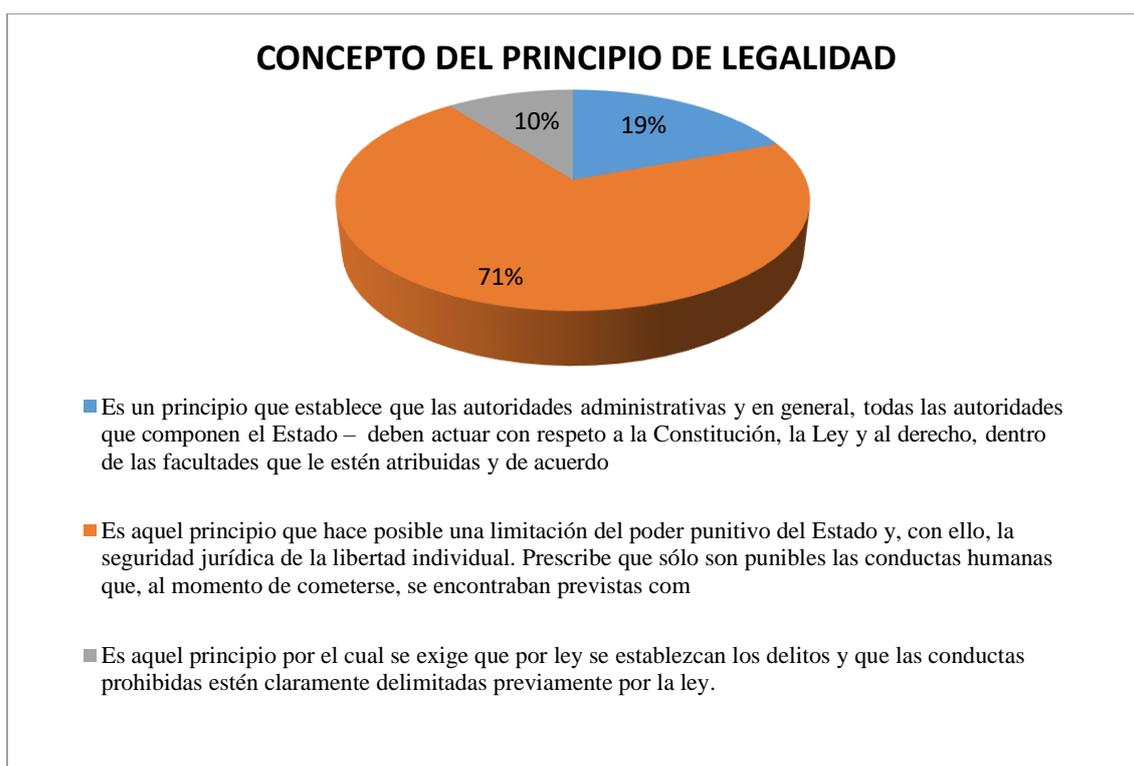
ejecución del tráfico de influencias simulada, cree que no existe menoscabo alguno en la materialización del tráfico de influencias en su modalidad simulada, esto es, que no se daña ni mínimamente el correcto funcionamiento de la administración pública. Por último, el grupo más reducido (9 %) refiere que sí existe un menoscabo, mientras que el 6 % afirma que hay un menoscabo pero solo algunas veces, lo que implica que para este grupo entran a tallar otros factores que tienen que ser analizados caso por caso para determinar si hay un menoscabo o no en la ejecución del tráfico de influencias en su modalidad simulada.

CUADRO N° 17: CONCEPTO DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De las siguientes conceptualizaciones que a continuación se señalan, ¿cuál cree usted que sería la más cercana al principio de legalidad?	Es un principio que establece que las autoridades administrativas y en general, todas las autoridades que componen el Estado – deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades.	24	19%
	Es aquel principio que hace posible una limitación del poder punitivo del Estado y, con ello, la seguridad jurídica de la libertad individual. Prescribe que sólo son punibles las conductas humanas que, al momento de cometerse, se encontraban previstas como delitos y faltas en una norma legal, así como la sanción jurídica a imponer para dichas conductas.	88	71%
	Es aquel principio por el cual se exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley.	13	10%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 17



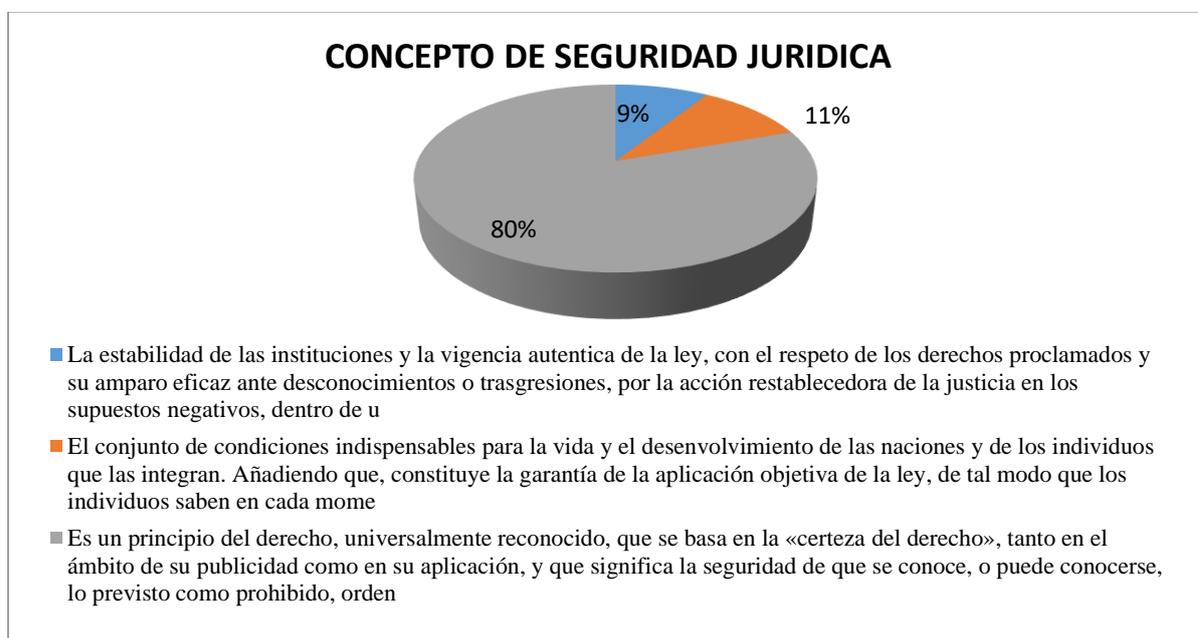
De este gráfico se observa que el grupo mayoritario entiende por el principio de legalidad la limitación del poder punitivo del Estado, lo que a su vez brinda la seguridad jurídica de la libertad individual; además, tal principio prescribe que solo son punibles las conductas humanas que, al momento de cometerse, se encontraban previstas como delitos en una norma legal. Ello nos demuestra que se entiende al principio de legalidad como una garantía de la libertad personal y un límite al *ius puniendi*, ya que solo puede ser delito toda acción que previamente ha sido catalogada como tal en una ley legítima, esto es, emanada por las autoridades pertinentes y por el procedimiento legal establecido, lo que impediría que el gobernante de turno sobre el que recae el poder o la autoridad jurisdiccional resuelvan a su conveniencia e intereses la situación legal de las personas.

CUADRO N° 18: CONCEPTO DE SEGURIDAD JURIDICA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De los siguientes conceptos que se señalan, a su criterio, ¿cuál considera que sería el más cercano a seguridad jurídica?	La estabilidad de las instituciones y la vigencia autentica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz ante desconocimientos o trasgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el estado de derecho	11	9%
	El conjunto de condiciones indispensables para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Añadiendo que, constituye la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio	13	11%
	Es un principio del derecho, universalmente reconocido, que se basa en la «certeza del derecho», tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y que significa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público.	99	80%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 18



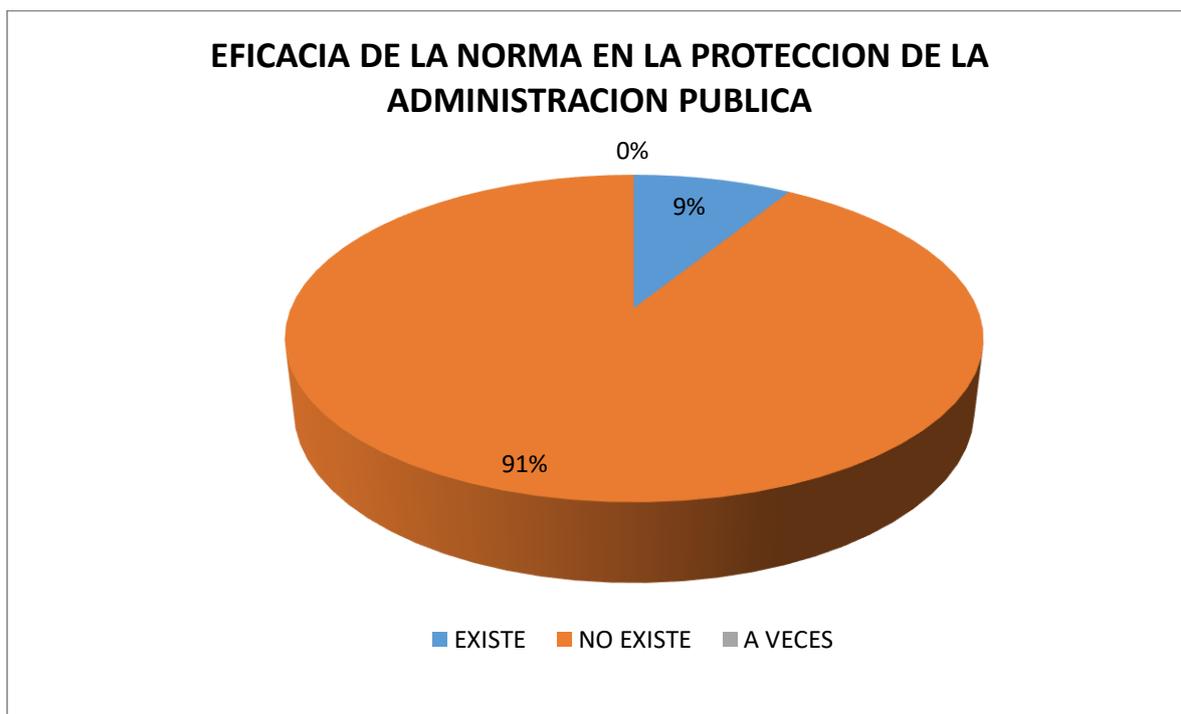
De este gráfico se observa que el 80 % entiende por seguridad jurídica un principio del derecho universalmente reconocido, que se basa en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación; de ello se desprende que la mayoría relaciona la seguridad jurídica con la certeza, sobre todo con la certeza en la aplicación del derecho, lo que nos lleva a usar el término predictibilidad, que es, precisamente, lo que se genera cuando existe seguridad jurídica. Todo sistema jurídico cuyas soluciones a los conflictos por los jueces sea predecible, nos lleva a la conclusión que en tal sistema existe seguridad jurídica.

CUADRO N° 19: LA EFICACIA DE LA NORMA EN LA PROTECCION DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Considera Ud. que existen normas jurídicas eficientes que protegen la institucionalidad de la Administración Pública?	EXISTE	11	9%
	NO EXISTE	114	91%
	A VECES	0	0%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 19



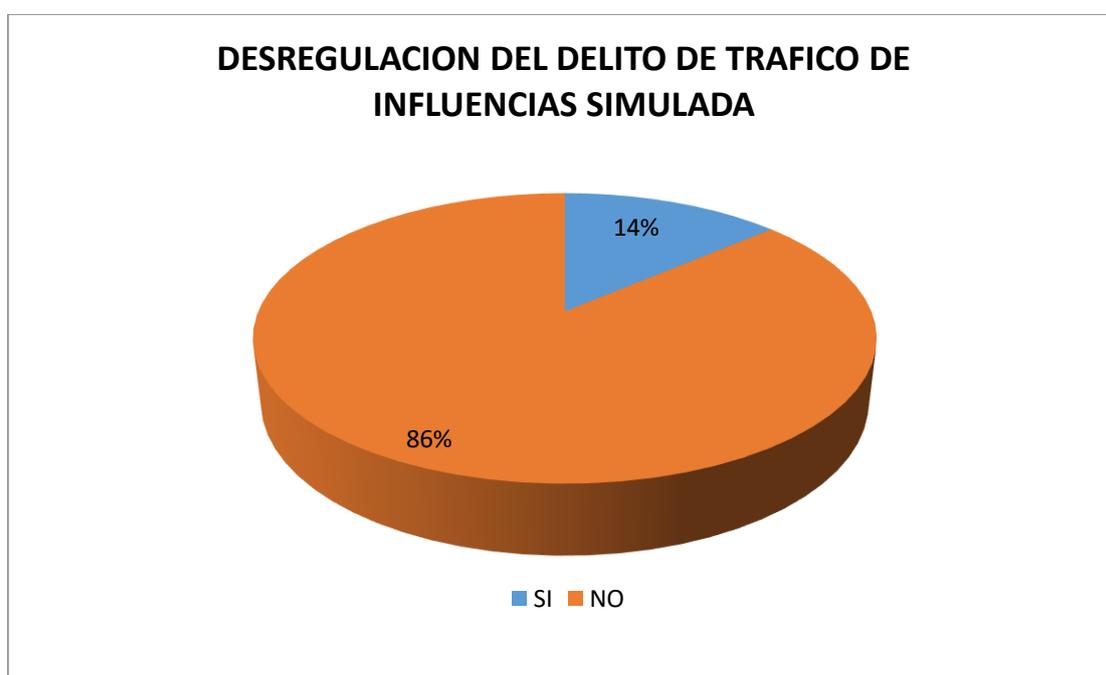
De este gráfico se observa que el porcentaje más alto de los encuestados refiere que no existen normas jurídicas eficientes que protejan la institucionalidad de la administración pública (91 %), mientras que el 9 % opina lo contrario. De ello se desprende que una avasallante mayoría tiene la idea que las normas jurídicas encargadas de proteger el bien jurídico relacionado a la administración pública son ineficaces, en otras palabras, no sirven para dotar de protección real la institucionalidad de la que debe gozar toda entidad gubernamental, lo cual se ve reflejado en la fama que registra la administración pública en general.

CUADRO N° 20: DESREGULARIZACION DEL DELITO DE TRAFICO DE INFLUENCIAS SIMULADA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
A su criterio, entendiendo la conceptualización del delito de tráfico de influencias simulada, ¿considera usted que debería desregularizarse?	SI	17	14%
	NO	108	86%
TOTAL		125	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Huacho, al mes de octubre de 2017

GRAFICO 20



De este gráfico se observa que el 86 % no está de acuerdo con desregularizar la figura del tráfico de influencias simuladas, mientras que el 14 %, un porcentaje bajo, sí está a favor de tal medida. Ello nos demuestra que pese a que la mayoría coincide en que con esta figura delictiva no se lesiona el bien jurídico administración pública, no están de acuerdo con que deje de ser un supuesto de hecho sancionado en el Código Penal, pudiendo entender esta respuesta debido a la ineficacia de las leyes penales para proteger la institucionalidad del país (respuesta dada por la mayoría plasmada en el gráfico 19), a la mala fama de la administración pública (respuesta mayoritaria en el gráfico 14) y la imparcialidad irregular de los funcionarios públicos (respuesta por mayoría a la pregunta contenida en el gráfico 13).

CAPÍTULO V:

DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Discusión

El resultado mecánico de la observación de los hechos nos permitió obtener características peculiares de los datos obtenidos, los que se ven expresados contextualmente en la presente discusión de resultados, significando que no existen estudios previos sobre el particular, conforme a lo mencionado en los antecedentes de la investigación:

- Los datos nos indican que existe un amplio margen porcentual de encuestados que están de acuerdo en considerar que hay bienes jurídicos que por el paso del tiempo han dejado de ser relevantes para el Derecho penal y como tal debieran desregularse, lo que guarda coherencia con lo expresado por la mayoría de autores –por no decir todos– en el sentido que el Derecho es cambiante y ha de adaptarse a la realidad, al momento histórico que se vive. Asimismo, ello nos permite deducir que las leyes penales también son susceptibles de mutación, de cambio o de desregulación.
- Por otro lado, los resultados reflejan que la administración pública, entendida como el aparato de poder estatal encargado de poner en funcionamiento el Estado, goza de muy mala fama; así, la amplia mayoría de encuestados refieren que los funcionarios públicos actúan con imparcialidad solo algunas veces, además que las leyes destinadas a la protección de la administración pública son, en su mayoría, ineficaces. Estos resultados traen consigo un nuevo tema de posible investigación, el cual es determinar las causas por las que la mayoría piensa que las normas protectoras del bien jurídico administración pública son

ineficaces; además, estos resultados nos permite tantear una posible respuesta al por qué de la tipificación del delito materia de investigación, y esta puede ser debido a la tan mala fama de la administración pública, resultando, por ello, necesario proteger a esta a toda costa, incluso en supuestos en los que no se lesione ni ponga en peligro, pero sí se erosione más su tan mellada fama. Por último, respecto a estos resultados, también explicarían el motivo por el que la mayoría de encuestados, pese a expresar que en el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada no se pone en peligro ni lesiona bien jurídico alguno, no están de acuerdo con la desregulación del tráfico de influencias simulada.

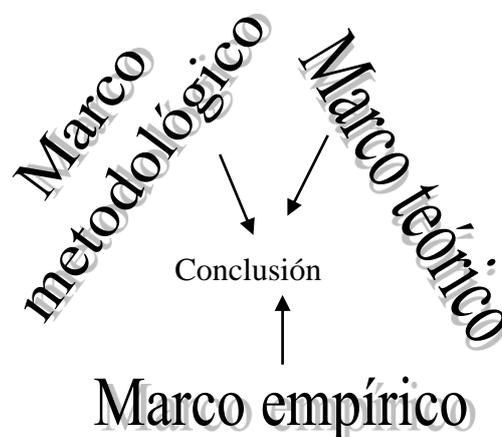
- Asimismo, se tiene que una amplia mayoría de encuestados refiere que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada es el correcto funcionamiento de la administración pública, lo cual guarda congruencia con lo aceptado mayoritariamente por los autores citados en el capítulo II, lo que a su vez nos lleva a cumplir con uno de nuestros objetivos específicos. La importancia de este resultado es enorme, dado que el Derecho penal se fundamenta en proteger bienes jurídicos, y su legitimidad se fundamenta, precisamente, en la lesión o puesta en peligro de dichos bienes que el Derecho se encarga de proteger con su especialidad más gravosa. Entonces, si no se tiene claro cuál es el bien jurídico que protege determinada ley penal se puede generar una especie de incertidumbre que no es propia de sociedades democráticas y constitucionales, ya que, repetimos, el *ius puniendi* estatal solo puede ser activado con la efectiva lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.
- Otro dato relevante producto de la investigación es que, en el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, no hay afectación gravosa a algún bien jurídico de relevancia para el derecho penal. Tal afirmación permite entender la absoluta omisión al principio de lesividad en la tipificación del tráfico de influencias simuladas, dado que se trató de una pregunta abierta respecto a la posibilidad de una lesión a cualquier bien jurídico, no ciñéndonos solo al de la administración pública; a pesar de ello, la mayoría de los encuestados precisó que no había lesión a bien jurídico alguno, cumpliendo con ello con uno de los objetivos específicos de nuestra investigación.
- En el mismo sentido, ya en un plano más específico sobre la capacidad de lesionar el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, una amplia mayoría opinó que con la conducta descrita en

la regulación del artículo 400° del Código Penal, en su modalidad simulada, no se lesionaba la administración pública. Ello lo que hace es confirmar nuestra hipótesis, en el sentido que lo que se propone es hacer una adecuada identificación del bien jurídico protegido para, en estricto cumplimiento de los principios orientadores del Derecho penal, proceder a la desregulación del tráfico de influencias en su modalidad simulada. Consecuentemente, se hizo la identificación del bien jurídico, se verificó que este no se lesionaba ni ponía en peligro con la materialización del supuesto de hecho descrito en la ley penal bajo análisis, se confirmó que el principio de lesividad es el que da legitimidad al Derecho penal material, esto es, al *ius puniendi* estatal; ergo, al ser los principios los fundamentos propios del ordenamiento jurídico, estos tienen que ser cumplidos sin miramientos, razón por la cual no puede castigarse penalmente una conducta que no lesione ni ponga en peligro el bien jurídico que se pretende proteger con la norma incumplida.

- Por último, si bien la mayoría de encuestados ha respondido negativamente ante la pregunta si debería desregularse el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, ello no implica que no se haya validado la hipótesis planteada, ya que como se ha explicado precedentemente la hipótesis contenía como variables la adecuada identificación del bien jurídico, la desregulación de la modalidad simulada y la prevalencia plena de los principios orientadores del Derecho penal; en ese sentido, esta última variable era la fundamentación para la desregulación, esto es, la prevalencia plena de los principios del Derecho penal, una vez identificado el bien jurídico protegido, permitiría determinar si procede o no la desregulación. Por lo tanto, se puede afirmar que se ha validado la hipótesis contenida en la investigación, afirmación que se sustenta en la base teórica de la investigación y en los resultados obtenidos. Para finalizar es menester tener en cuenta que estamos de acuerdo que debiera de desregularse el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada debido a que no se sanciona el mero hecho de poseer influencias, sino que se establece como riesgo prohibido el invocar influencias, existentes o no, con el fin de comunicar de manera verosímil la posibilidad de interferir en el correcto funcionamiento de la administración pública, y ello, cuando no se tiene las influencias invocadas, no demuestra alguna afectación gravosa al bien jurídico administración pública.

5.2. Conclusiones

1. El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, en cualquiera de sus modalidades, es el correcto funcionamiento de la administración pública, lo que conlleva a precisar que tal corrección es la que tiene que lesionarse o ponerse en peligro para que el *ius puniendi* obtenga legitimidad al imponer una sanción.
2. El artículo 400º del Código Penal que regula el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, es una norma que regula una lesividad fantasmiosa e inexistente, y su tipificación solo denota una innecesaria normativa, lo cual conlleva a que los legisladores deban poner énfasis en su futura derogación.
3. La existencia de lesividad en un bien jurídico tutelado por el derecho penal en la comisión del hecho delictivo es característica conducente para determinar el grado de afectación y por ende el tipo de daño ocasionado y con ello la sanción lógica y proporcional a imponerse, pero si no existiera afectación no habría la necesidad de tutelar un bien jurídico.
4. La mala fama de la administración pública o la ineficacia de las normas jurídicas destinadas a la protección de la administración pública no debe ser motivo para mantener vigente un tipo penal que, a todas luces, no cumple en su materialización con el principio de lesividad.



5.3. Recomendaciones

1. La tipificación de un delito en el Código Penal busca la protección de bienes que puedan estar sujetos a vulneración o expuestos a peligros; por lo tanto, su regulación debería conllevar un análisis e identificación exhaustiva de la constitución de la teoría del delito para cada ilícito penal.
2. El delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada debería ser desregularizado, dado que con su materialización no se vulnera el bien jurídico que se pretende proteger con la ley penal.
3. En adelante se debe tener en cuenta los principios orientadores del Derecho Penal a la hora de legislar en materia penal, a fin de no promulgar leyes contrarias a los mismos.
4. Los legisladores deben poner mayor énfasis en la eficacia de las leyes penales, esto es, dotar de los recursos necesarios a los operadores del derecho para el fiel y estricto cumplimiento de las leyes, caso contrario la sensación de impunidad seguirá siendo mayoritaria.
5. Se recomienda la promulgación y vigencia del siguiente proyecto de ley, a fin de, como todo Estado Social y Democrático de Derecho, cumplir estrictamente los principios orientadores del Derecho.

PROYECTO DE LEY

“LEY QUE DEROGA EL ARTICULO 400 DEL CODIGO PENAL”

LEY N° (...)

1. OBJETO DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA:

La presente ley tiene por objeto derogar del artículo 400° del Código Penal que regula el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada.

2. FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

Exposición de motivos:

Se propone la derogación del artículo 400° del código penal que regula el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, debido a la configuración de una lesión inexistente y que por lo tanto no cumple con lo requerido para la activación del *ius puniendi* estatal, habiendo la necesidad de desregularlo, con la finalidad de obtener un sistema jurídico penal adecuado al desarrollo integral de la sociedad.

Esta propuesta se sustenta en el hecho que si bien, como lo encontramos en la Constitución Política del Perú de 1993, en su capítulo IV, artículo 39°, donde se refiere a todo lo concerniente a la función pública, se reconoce constitucionalmente la protección al bien jurídico administración pública por su importancia en la materialización de los fines del Estado, lo cierto es que el artículo que busca proteger tal bien jurídico, estipulado en el artículo 400° del Código Penal, referido al delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, donde se explica que “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”, no cumple con uno de los requisitos necesarios para que el Estado sancione legítimamente el accionar contrario a las leyes de la nación, y este es el principio de lesividad, estipulado en el artículo IV del Título Preliminar. No puede sancionarse a una persona que con su conducta no haya lesionado ni puesto en peligro, en este caso, el correcto funcionamiento de la administración pública, ya que, al hacerlo, nuestro Estado social y democrático de Derecho estaría vulnerando uno de sus pilares fundamentales para el uso de su poder sancionador.

Asimismo, mediante la encuesta realizada a la muestra población constituida por los abogados del Distrito Judicial de Huaura, encontramos que un gran porcentaje considera que existen bienes jurídicos tutelados que con el tiempo pierden relevancia para el derecho penal y que como tal debieran desregularse, sumado a ello encontramos que consideran que en el delito de tráfico de influencias en su

modalidad simulada no hay afectación gravosa a algún bien que sea de relevancia para el derecho penal.

3. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

3.1. DEROGACION LEGAL:

“Artículo 1°. - Modifíquese el artículo 400 ° del Código Penal en los siguientes términos:

<<Art. 400°. - El que, invocando las influencias que posee, 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 2°.- Deróguese todas aquellas disposiciones que se opongan a la presente ley”.

4. ANÁLISIS DEL COSTO-BENEFICIO

El proyecto de ley no irroga gasto público, ya que su propósito es evitar una innecesaria regulación, para lo cual el beneficio sería el establecimiento de una adecuada normativa según los estándares requeridos por la sociedad.

CAPÍTULO VI: FUENTES DE INFORMACIÓN

6.1. Fuentes bibliográficas

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Editorial Grijley. Lima.
- BACIGALUPO ZAPATERO, Enrique (1997). *Principios del Derecho Penal Parte General*. Quinta Edición. Editorial Mal Ediciones. Madrid.
- EBERT, Udo (2005). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. (Traducido por Said Escudero Irra). México. (Original en alemán).
- ERNST MAYER, Max (2007). *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. (Traducido por Sergio Politoff Lifschitz). Argentina. (Original en alemán).
- FERREIRA DELGADO, Francisco (1995). *Delitos contra la administración pública*. Editorial Tcmis. Bogotá.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2012). *Derecho Penal Parte General*. Segunda Edición. Editorial Jurista Editores. Lima.
- HURTADO POZO, José (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial IDEMSA. Lima.
- JOACHIM HIRSCH, Hans (1996). *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*. Editorial universidad Externado de Colombia. (Traducido por Manuel Cancio Meliá). Bogotá. (Original en alemán).
- LOMBANA VILLALBA, Jaime (2014). *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá.

- LÓPEZ GUARDIOLA, Samantha (2012). *Derecho Penal I*. Editorial Tercer Milenio. México.
- MERKEL, Adolf (2013). *Derecho Penal Parte General*. Editorial B de F. (Traducido por Pedro Dorado Montero). Argentina. (Original en alemán).
- MIR PUIG, Santiago (2013). *Estado, Pena y Delito*. Editorial B de F. Argentina.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan (2012). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- NUÑEZ, Ricardo (1999). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Cuarta Edición. Editorial Marcos Lerner Editora Córdoba. Argentina.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso (2011). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Tercera Edición. Editorial IDEMSA. Lima.
- PEÑA GONZÁLES, Oscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank (2010). *Teoría del delito: manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Editorial Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – APECC. Perú.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Volumen I. Editorial Instituto Pacifico. Lima
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Volumen II. Editorial Instituto Pacifico. Lima
- ROJAS VARGAS, Fidel (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta Edición. Editorial Grijley. Lima
- ROJAS VARGAS, Fidel (2012). *Derecho Penal Práctico, Procesal y Disciplinario. Dogmática y Argumentación*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Editorial Civitas. (Traducido por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Múnich. (Original en alemán).
- SALAZAR MARTÍNEZ, Eudocio (2009). *Derecho Penal Parte General: Valoración de elementos y medios de prueba en la graduación de la sanción de los delitos sexuales*. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima.

- SALINAS SICCHA, Ramiro (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. Segunda Edición. Editorial Grijley. Lima.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (2013). *Delitos Contra la Administración Pública*. Tomo I. Editorial ARA editores. Lima.
- VILLA STEIN, Javier (2014). *Derecho Penal Parte General*. Editorial ARA Editores. Lima.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2009). *Derecho Penal Parte General*. Tercera reimpresión. Editorial Jurídica Grijley. Lima.
- WELZEL, Hans (1956). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Roque de Palma Editor. (Traducido por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker). Buenos Aires. (Original en alemán).

6.2. Fuentes hemerográficas

- BENAVENTE GRÁNDEZ, Anthony (2016). La tipificación del delito de tráfico de influencias en la legislación penal peruana. Tesis para optar el título profesional de abogado otorgado por la Universidad San Martín de Porres. Lima.
- PEZO RONCAL, Cecilia (2014). El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito. Tesis para optar el grado académico de magister en Derecho otorgado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- BUSTAMANTE REQUENA, José F. (2015). La invocación de Influencias simuladas por parte del abogado: a propósito de la Casación N° 374-2015-Lima. En *Gaceta Penal & Procesal Penal. Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales*. Editorial Gaceta Jurídica, Diciembre, Tomo 78, Lima.
- CALDERÓN VALVERDE, Leonardo (2017). El estado actual de la teoría de infracción del deber en los delitos contra la administración Pública. En *Gaceta Penal & Procesal Penal. Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales*. Editorial Gaceta Jurídica, Enero, Tomo 91, Lima.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2001). El Código Penal Peruano y el Principio de Culpabilidad. En *Revista Peruana de Ciencias Penales. Edición Especial Sobre el Código Penal Peruano*. Editorial IDEMSA. N° 11-12. Lima.

- JÍMENEZ NIÑO, Sergio (2016). De abogados y de la relación con sus clientes. Comentarios a la Casación N° 374-2015-Lima (caso Aurelio Pastor). En Gaceta Penal & Procesal Penal. Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales. Editorial Gaceta Jurídica. Marzo, Tomo 81, Lima.
- PIMENTEL CRUZADO, Dante (2016). El adelantamiento de la barrera de punibilidad en el delito de tráfico de influencias: a propósito del Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116. En Gaceta Penal & Procesal Penal. Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales. Editorial Gaceta Jurídica. Setiembre, Tomo 87, Lima.
- QUISPE AQUISE, Iván (2016). Los otros “finales” de la historia: el interesado como instigador en el delito de tráfico de influencias. Consideraciones críticas a partir del Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116. En Gaceta Penal & Procesal Penal. Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales. Editorial Gaceta Jurídica. Setiembre, Tomo 87, Lima.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2016). El delito de tráfico de influencias y la casación de caso Aurelio Pastor. En Gaceta Penal & Procesal Penal. Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales. Editorial Gaceta Jurídica. Enero, Tomo 79, Lima.
- URTECHO NAVARRO, Alejandro (2016). La ilegitimidad para la intervención penal en el delito de tráfico de influencias simuladas. Un enfoque a partir del bien jurídico y, a la vez, una crítica al Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116. En Gaceta Penal & Procesal Penal. Información Especializada para Abogados, Jueces y Fiscales. Editorial Gaceta Jurídica. Setiembre, Tomo 87, Lima.

6.3. Fuentes electrónicas

- Bellido Cutizaca, Evelyn (2012). Los principios del Derecho Penal. Consultado en <http://institutorambell.blogspot.pe/2012/08/los-principios-del-derecho-penal.html>, el 15 de abril de 2017.
- Enciclopedia jurídica (2014). Consultado en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/bien-jur%C3%ADdico/bien-jur%C3%ADdico.htm>, el 17 de abril de 2017.
- Guzmán Narpurí, Cristian (2017). El Principio de Legalidad. Consultado en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/christianguzmannapuri/2014/08/07/el-principio-de-legalidad/>, el 02 de agosto de 2017.

Hernán Torres, Ariel. La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional. Consultado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41645.pdf>, el 25 de abril de 2017.

Instituto de investigaciones jurídicas Rambell de Arequipa [En línea]. Consultado en <http://institutorambell.blogspot.pe/2012/08/los-principios-del-derecho-penal.html>, el 30 de junio de 2017.

Juspedia (2017). Principio, regla y ley. Consultado en <http://derecho.isipedia.com/primeroteoria-del-derecho/09---principio-regla-y-ley>, visualizado el 14/08/2017, el 14 de agosto de 2017.

Landa, César (2017). El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú. Consultado en <http://forseti.pe/revista/derecho-constitucional-y-derechos-humanos/articulo/el-principio-de-subsidiariedad-en-el-marco-de-la-constitucion-economica-del-peru>, el 04 de julio de 2017.

Lombana Villalba, Jaime (2013). La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública. Consultado en https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/3274/tesis_498b6e.PDF?sequence=1, el 5 de junio de 2017.

Medina Cuenca, Arnel (2007). Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de la libertad. Consultado en <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222926005.pdf>, el 5 de junio de 2017.

Pérez Aramburú, Evangelina (2001). La administración pública en el Estado moderno. Consultado en <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.667/te.667.pdf>, el 10 de mayo de 2017.

Uriza Razo, Rubén. Principios del Derecho Penal. Consultado en http://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/54_principios_del_derecho_penal.pdf, el 11 de mayo de 2017

Villegas Fernández, Jesús Manuel (2009). ¿Qué es el principio de intervención mínima? Consultado en https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf, el 3 de mayo de 2017

Wikipedia (2015). Ius puniendi. Consultado en http://es.wikipedia.org/wiki/Ius_puniendi, el 18 de mayo de 2017

Wikipedia (2017). Principio de legalidad. Consultado en https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_legalidad, el 18 de mayo de 2017 (<https://definicion.de/delito/>, visto el 14/08/2017).

Sentencia del Tribunal Constitucional (2008). Consultado en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>, el 15 de julio de 2017.

Wikipedia (2016). Principios limitadores del Derecho Penal. Consultado en https://es.wikipedia.org/wiki/Principios_limitadores_del_derecho_penal, el 21 de agosto de 2017.

ANEXOS

- Matriz de consistencia

TEMA	SITUACION PROBLEMÁTICA	PROBLEMA	JUSTIFICACION	OBJETIVOS		MARCO TEÓRICO	HIPÓTESIS	VARIABLES
Propuesta para la despenalización del tráfico de influencias, en su modalidad simulada: (Huacho – 2016).	Para nadie es un secreto que el Derecho penal es de aplicación para los casos que revisten de especial gravedad, esto es, que vulneran bienes jurídicos fundamentales y que, dicha vulneración, se lleva a cabo con acciones graves. Por ello que constituyen límites del Derecho penal el principio de última ratio y de fragmentariedad. Sin embargo, producto de la masificación de la delincuencia y la criminalidad, se está dejando de lado ambos principios, pretendiendo amparar cualquier vulneración a	¿De qué manera la precisión a la naturaleza jurídica de los delitos de tráfico de influencias permitirá la vigencia plena de los principios orientadores del Derecho Penal, permitiendo proponer la despenalización de la modalidad simulada, según la percepción dada en los operadores del Derecho del Distrito Judicial de	En lo que respecta a éste rubro, y siendo su conformación metodológica la determinación de la conveniencia, necesidad y utilidad de un estudio a nivel científico, debemos decir que la presente investigación deviene en conveniente debido a que aborda desde una perspectiva distinta el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, ya que nos permite señalar la conveniencia de la	GENERAL: Precisar la naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias con el propósito de hacer prevalecer la vigencia plena de los principios orientadores del Derecho penal, sustentándose así la despenalización de la modalidad simulada, según la percepción dada en los Operadores del Derecho del Distrito Judicial de Huaura - 2016.	2. Exponer la teoría del delito del ilícito penal de tráfico de influencias, en sus diversas modalidades, que nos permitan conocer los elementos típicos que lo configuran a los fines de identificar el correcto bien jurídico merecedor de tutela penal.	Se sentarán las bases teóricas, sobre la administración pública, el delito de tráfico de influencias en su modalidad simulada, , legislación nacional y comparada.	Si, se procediera a la adecuada identificación del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de influencias en su modalidad simulada; entonces procedería su desregulación en aras de la prevalencia plena de la vigencia de los principios orientadores del derecho penal. Hipótesis Específicas:	Adecuada identificación del bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico de influencias, en sus diversas modalidades. Desregulación de la modalidad simulada en los delitos de tráfico de influencias.

	<p>bienes jurídicos con el marco del Derecho sustantivo criminal. Tal es así que en la actualidad se ve la tipificación penal de conductas que lesionan mínimamente un bien jurídico o qué, peor aún, ni siquiera llegan a ponerlo en peligro.</p> <p>de los delitos que tipifica una conducta que no es lesiva a bien alguno, es el regulado en el artículo 400° del Código Penal.</p>	<p>Huaura - 2016?</p> <p>Problemas específicos:</p> <p>a) Desarrollar la doctrina del interés de los bienes, individuales y colectivos, que sustentan la existencia de un bien jurídico tutelado por el Estado, que permita delimitar el adecuado concepto del interés legal protegido en el delito de tráfico de influencias.</p> <p>b) Exponer la teoría del delito del ilícito penal de tráfico de influencias, en sus diversas modalidades, que nos permitan conocer los elementos típicos</p>	<p>propuesta de desregulación de tal delito a fin de una mayor eficacia de la norma y la prevalencia de los principios del derecho penal.</p>	<p>ESPECIFICOS:</p> <p>1. Desarrollar la doctrina del interés de los bienes, individuales y colectivos, que sustentan la existencia de un bien jurídico tutelado por el Estado, que permita delimitar el adecuado concepto del interés legal protegido en los delitos contra la administración pública.</p>		<p>Si, se conociera la doctrina del interés de los bienes que sustentan la existencia de un bien jurídico; entonces, se delimitaría el adecuado concepto del interés legal protegido en el delito de tráfico de influencias.</p> <p>Si, se manejase adecuadamente la teoría del delito en el ilícito penal de tráfico de influencias; entonces, se conocería los elementos típicos que lo configuran, en aras de identificar el correcto bien jurídico merecedor</p>	<p>Prevalencia plena de los principios orientadores del Derecho penal.</p>
--	---	---	---	---	--	--	--

		que lo configuran a los fines de identificar el correcto bien jurídico merecedor de tutela penal.					de tutela penal.	
--	--	---	--	--	--	--	------------------	--

