

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

**INVALIDEZ MATERIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y
SU INAPLICACIÓN POR AFECTACIÓN AL PROGRAMA PENAL
CONSTITUCIONAL**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca – Perú

2021

COPYRIGHT@ 2021 by
SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**INVALIDEZ MATERIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y
SU INAPLICACIÓN POR AFECTACIÓN AL PROGRAMA PENAL
CONSTITUCIONAL**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR

JURADO EVALUADOR

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dra, María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las diecisiete horas del día 16 de diciembre del año dos mil veintiuno, reunidos a través de Gmeet meet.google.com/jeo-lhdi-bjm, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO, Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**; y en calidad de Asesor, el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **INVALIDEZ MATERIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y SU INAPLICACIÓN POR AFECTACIÓN AL PROGRAMA PENAL CONSTITUCIONAL**; presentada por el M.Cs. **SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de DIECISÉIS (16) la mencionada Tesis; en tal virtud, el M.Cs. **SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las dieciocho con treinta horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Presidente-Jurado Evaluador

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

A:

Mis padres Liver Saúl e Irma Yolanda, a quienes les debo todo.

Joaquín Alexander y Leonardo Saúl, mis amados hijos, quienes siempre serán
mi principal inspiración

AGRADECIMIENTO

A mi asesor el Dr. Nixon Javier Castillo Montoya mi más profundo y sincero agradecimiento por el apoyo incondicional no solo en el desarrollo de la presente investigación, sino también, a lo largo de mi formación académica, personal y profesional; a mi amigos y maestros José del Carmen Grández Odiaga y Juan Carlos Tello Villanueva, a quienes estaré eternamente agradecido por todo su apoyo y los conocimientos brindados a lo largo de mi vida profesional; a los integrantes del estudio MCV abogados, por su sincera amistad y su apoyo en el desarrollo de mi vida profesional y académica, a quienes siempre consideraré como una gran familia.

“El derecho es la garantía de los más débiles frente a los más poderosos”

- Luigi Ferrajoli-

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|------|
| AGRADECIMIENTO..... | vi |
| LISTA DE ABREVIACIONES | x |
| RESUMEN | xi |
| <i>ABSTRACT</i> | xiii |
| INTRODUCCIÓN | xv |
| CAPITULO I: ASPECTOS METODOLOGICOS | 1 |
| 1.1. El Problema de Investigación..... | 1 |
| 1.1.1. Contextualización o Problemática..... | 1 |
| 1.1.2. Descripción del problema | 3 |
| 1.1.3. Formulación del problema | 4 |
| 1.2. Justificación | 4 |
| 1.3. Ámbito de la investigación | 6 |
| 1.4. Tipo de investigación | 6 |
| 1.4.1. De acuerdo al fin que persigue..... | 6 |
| 1.4.2. De acuerdo con el diseño de investigación..... | 7 |
| 1.4.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan..... | 8 |
| 1.5. Hipótesis..... | 8 |
| 1.6. Objetivos..... | 9 |
| 1.6.1. Objetivo general | 9 |
| 1.6.2. Objetivos específicos..... | 9 |
| 1.7. Estado de la cuestión..... | 9 |
| 1.8. Métodos de investigación..... | 10 |
| 1.8.1. Genéricos..... | 10 |
| 1.8.2. Propios del derecho..... | 11 |
| 1.9. Técnicas de investigación | 12 |
| 1.10. Instrumentos de investigación | 13 |
| CAPITULO II: MARCO TEÓRICO | 14 |
| 2.1. ASPECTOS <i>IUSFILOSOFICOS</i> | 14 |
| 2.1.1. Corrientes <i>iusfilosóficas</i> sobre el Derecho..... | 14 |
| 2.1.2. Teoría del Garantismo Penal: Positivismo jurídico y la filosofía analítica | 16 |
| 2.1.3. Aproximación al Garantismo Penal..... | 19 |
| 2.1.4. Garantismo Penal y estricta legalidad..... | 23 |
| 2.1.5. Validez e invalidez de la norma jurídica | 24 |

| | |
|--|-----|
| 2.1.6. Vigencia de la norma jurídica..... | 26 |
| 2.2. DERECHO PENAL LIBERAL..... | 27 |
| 2.2.1. Principios del Derecho Penal..... | 29 |
| 2.2.2. La teoría del Delito | 36 |
| 2.2.3. Estructura de la teoría del delito | 37 |
| 2.2.4. El delito de tráfico de influencias | 56 |
| 2.2.5. Análisis Dogmático del delito de Tráfico de influencias..... | 61 |
| 2.2.6. Legislación Comparada del delito de Tráfico de influencias..... | 71 |
| CAPITULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS | 77 |
| 3.1. INVALIDEZ MATERIAL DEL TRAFICO DE INFLUENCIAS | 78 |
| 3.1.1. El tráfico de influencias y la inexistente afectación al bien jurídico Administración Pública. | 79 |
| 3.2.1. El tráfico de influencias y la afectación a los principios que limitan el <i>ius puniendi</i> estatal | 83 |
| 3.2. ADELANTAMIENTO DE LAS BARRERAS DE PUNIBILIDAD CONFORME A LA TEORIA DE DELITO..... | 89 |
| 3.3. LA PROTECCIÓN DEL COMPRADOR DE INFLUENCIAS ESCAPA AL AMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA JURIDICO PENAL. | 91 |
| 3.4. ANALISIS COMPARATIVO DEL DELITO TRÁFICO DE INFLUENCIAS PERUANO CON LA LEGISLACIÓN COMPARADA..... | 93 |
| CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> | 96 |
| CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... | 100 |
| 5.1. CONCLUSIONES | 100 |
| 5.2. RECOMENDACIONES..... | 102 |
| LISTA DE REFERENCIAS | 103 |

LISTA DE ABREVIACIONES

Art.: Artículo.

Cas.: Casación.

C.P.C.: “Código Procesal Penal”, se entenderá como tal, al Código
Procesal Penal vigente (Decreto Legislativo N° 957).

C.P.: “Código Penal”, se entenderá como tal, al Código Penal
vigente (Decreto Legislativo N° 635).

M.P.: Ministerio Público.

N.º: Número.

P.J.: Poder Judicial.

R.N.: Recurso de Nulidad.

STC.: Sentencia del Tribunal Constitucional.

RESUMEN

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

En tal sentido, debemos señalar que respecto al delito de tráfico de influencias la doctrina no es unánime al determinar cuál es el bien jurídico protegido que se pretende tutelar, ni la obligatoriedad de su regulación por parte del Estado, lo que va a generar controversia respecto a la pertinencia de su regulación en el catálogo penal, toda vez que, un modelo de Derecho Penal cuyo cimiento se encuentran en el pensamiento liberal señala que se debe limitar lo estrictamente necesario y de manera clara, pues, si bien los principios mencionados constituirán límites al ejercicio del *Ius Puniendi* y del contenido de una norma penal. Así también, debemos indicar que, la ley penal debe tener por objeto la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, como en el presente caso el bien jurídico administración pública.

Siendo ello, la presente tesis analizará la invalidez material de la disposición normativa contenido en el artículo 400 del Código Penal, partiendo desde el análisis del pensamiento garantista, así como, desde la teoría del delito.

PALABRAS CLAVES

Tráfico de influencias. bien jurídico. administración pública. principio de legalidad. Principio de mínima intervención. Principio de lesividad. Principio de proporcionalidad. Garantismo.

ABSTRACT¹

One of the main problems in any legal system is the legislative hyperinflation, above all when it comes to regulating criminal conduct, which can even go against the principles that legitimize and limit the ius puniendi state as the principle of legality, minimum intervention, harmfulness, proportionality, which can generate the citizen sees increasingly limited their freedom. Therefore, the objective pursued in this investigation is to determine the material invalidity of the crime of influence peddling and its inapplication due to the impact on the constitutional penal program.

In this regard, we must point out that concerning the crime of influence peddling, the doctrine is not unanimous in determining what is the legally protected right which is intended to protect, nor the obligatory of its regulation by the State, which will generate controversy regarding the relevance of its regulation in the criminal catalogue, whenever a model of Criminal Law whose foundations are in liberal thought, points out that it should limit what is strictly necessary also in a clear manner, because of, even though the principles mentioned will constitute limits to the exercise of ius Puniendi and to the content of a criminal law. Thus, we must also indicate that the criminal law must be aimed at protecting the constitutionally protected content of a fundamental right, as in the present case, the legally protected right to public administration.

As this is so, the present thesis will analyze the material invalidity of the normative provision contained in article 400 of the Penal Code, starting from the analysis of the guarantee thinking, as well as, from the theory of the crime.

¹ Traducción realizada por Alexandra Milagros Yopla Carmona.

KEYWORDS

Influence peddling. Legally protected right to public administration. The principle of legality. The principle of minimum intervention. The principle of harm. The principle of proportionality. Guarantees.

INTRODUCCIÓN

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

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

Siendo ello, en la presente tesis asumimos que, los fundamentos ius filosóficos para determinar la invalidez material y la consecuente inaplicación de la disposición normativa contenida en el artículo 400 del Código Penal Peruano son la afectación del pensamiento garantista y los principios que lo rigen, el adelantamiento de las barreras de punibilidad al tipificar actos preparatorios de delitos de corrupción, y, la aplicación del criterio del ámbito de la protección de la norma penal dentro de la imputación objetiva .

De esta manera, en el capítulo I se establecen los aspectos metodológicos que dan la rigurosidad científica a nuestra investigación; por su parte en el capítulo II desarrollamos el marco teórico partiendo desde los aspectos filosóficos del garantismo penal, los principios que legitiman y limitan el *ius puniendi*, la teoría del delito, el análisis dogmático del delito de tráfico de influencias, el bien jurídico administración pública, y, el análisis de la legislación comparada respecto al delito de tráfico de influencias. En el capítulo III contrastamos nuestra hipótesis, partiendo por determinar la invalidez material del tráfico de influencias, el tráfico de influencias y la inexistente afectación al bien jurídico administración pública, el tráfico de influencias y afectación a los principios que legitiman y limitan el *ius puniendi* estatal, el adelantamiento de las barreras de punibilidad conforme a la teoría del delito, la protección del comprador de influencias escapa al ámbito de protección de la norma jurídico penal; en el capítulo IV fundamos una propuesta de *lege ferenda*; por último, establecemos en el capítulo V las conclusiones y recomendaciones de nuestra investigación.

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLOGICOS

1.1. El Problema de Investigación

1.1.1. Contextualización o Problemática

Conforme apunta la profesora María Revelles Carrasco (S.F. p. 2), el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que se encuentra más ligada a la Constitución pues esta afecta de manera más violenta la esfera de libertad del individuo, de igual manera, conforme apuntaba Franco Bricola citado por Massimo Donnini (2011) el derecho penal siempre está ligad a la protección de bienes jurídicos de orden constitucional, como la vida, el patrimonio, el medio ambiente, la administración pública, entre otros, por lo que debemos hablar de una constitucionalización del Derecho penal.

Sin embargo, actualmente, la disposición normativa que regula el delito de tráfico de influencias, contenida en el artículo 400 del Código Penal, ha generado cierta controversia respecto a su afectación a los principios que rigen el ordenamiento penal como el principio de legalidad, lesividad, proporcionalidad, ultima ratio, mínima intervención; más aún si, conforme apunta un gran sector de la doctrina no existiría lesión alguna al bien jurídico protegido.

Es este sentido, debemos señalar que *prima facie*, la disposición normativa del artículo 400 del Código Penal es válida, pues, desde el punto de vista formal ha sido emitida por un órgano competente y

conforme a un procedimiento legal predeterminado; sin embargo, el problema sucede al analizar su validez desde un punto de vista material, pues si analizamos detenidamente existe discordancia conforme a lo establecido en la norma superior y desde un punto de vista del programa penal constitucional.

Por otro lado, el paradigma del constitucionalismo garantista conlleva a que un modelo de Derecho Penal cuyo cimiento se encuentran en la Constitución Política del Perú limite lo estrictamente necesario, pues, si bien los principios mencionados constituirán límites al ejercicio del *Ius Puniendi* y del contenido de una norma penal. Así también, debemos indicar que, la ley penal debe tener por objeto la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, como en el presente caso, el bien jurídico administración pública; debiendo resaltar que el neoconstitucionalismo ha generado un proceso de constitucionalización de todo el orden jurídico, especialmente el ordenamiento penal, al entrar en conflicto bienes jurídicos, lo que se viene conociendo como programa penal constitucional.

Siendo ello, y habiendo señalado que la disposición normativa contenida en el artículo 400 del Código Penal (norma primaria) afecta los principios fundamentales del programa penal constitucional, y aplicando la concesión de Hart (1961) referente a las reglas secundarias especialmente las reglas de cambio o

modificación, dicha disposición normativa deviene en invalidez material, siendo necesaria su exclusión del catálogo penal.

Por otro lado, y con relación a lo antes mencionado, la doctrina no es unánime en cuanto a la necesidad de tipificar esta conducta, pues, un sector minoritario de esta en el Perú considera que la tipificación de la conducta de tráfico de influencias es pertinente desde la perspectiva del bien jurídico específico que se pretende proteger, esto es, “el prestigio que tiene debe tener y mantener la Administración Pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y administrativa”. Así, por ejemplo, tenemos a favor de esta postura al profesor Salinas Siccha (2016).

En contraposición a ello, la doctrina peruana en forma mayoritaria considera que esta modalidad no posee entidad lesiva para el bien jurídico que se pretende proteger, al no configurarse las exigencias de antijuridicidad material, a favor de esta postura encontramos a los profesores San Martín Castro, Abanto Vásquez, Caro Coria, Reaño Pescheira (2002, p. 34), Rojas Vargas (2002, p. 561).

1.1.2. Descripción del problema

Resulta criticable la modalidad comisiva del tráfico de influencias, pues esta nada tiene que ver con la afectación contra el bien jurídico tutelado penalmente que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Siendo ello, de forma mayoritaria se

considera que el bien jurídico afectado con esta modalidad, es el patrimonio individual del tercero a quien es ofertada la influencia, convirtiéndose de esta manera en una auténtica modalidad de estafa no necesitando una tipicidad autónoma, mientras que el ofrecimiento de influencias reales fácilmente podría ser subsumida como una forma de tentativa de cohecho.

Sin embargo, de considerarse el tráfico de influencias en la figura simulada como una modalidad de estafa, debemos indicar que, dicha conducta escaparía al ámbito de protección de la norma penal, conforme a las reglas de la imputación objetiva, pues, el derecho penal no puede proteger conductas cuya finalidad sea un acto ilícito.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos *iusfilosóficos* para determinar la invalidez material y la consecuente inaplicación de la disposición normativa contenida en el artículo 400 del Código Penal Peruano?

1.2. Justificación

La presente investigación es conveniente porque da una visión clara y precisa del tratamiento legislativo, jurisprudencial y doctrinario, acerca de la invalidez de la disposición normativa contenida en el artículo 400 del Código Penal. Asimismo, debemos señalar que la doctrina y la jurisprudencia no es unánime al establecer el bien jurídico que con esta modalidad se pretende proteger, pues el contenido de la disposición

normativa del artículo 400 del Código Penal, colisiona con los principios que han orientado el desarrollo histórico del derecho penal, cuyo fundamento central es el pensamiento liberal y de la ilustración.

Es trascendente, puesto que beneficia a la comunidad jurídica con el valor teórico que reviste, al llenar un manifiesto vacío del conocimiento respecto a la problemática planteada y ofrece la posibilidad de estudios posteriores sobre el tema, así como, una propuesta a efectos de aplicar los fundamentos propuestos por la corriente *iusfilosófica* del positivismo moderno, especialmente el razonamiento establecido por el garantismo penal, pues a partir de ello podremos establecer cuáles son los límites a la creación y validez de las normas, límites referidos al respeto de los principios y derechos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales sobre derechos fundamentales.

Así también, permitirá explicar las consecuencias del cambio de paradigma en cuanto al principio de legalidad (de la mera legalidad a la estricta legalidad), y como este ha ido inmiscuyéndose en la creación de normas y la consecuente validez, a fin de evitar las consecuencias suscitadas en la Alemania nazi cuya validez normativa únicamente encontraba fundamento en la mera legalidad, es decir, que la ley es ley solo por el hecho de haber sido creada por el órgano correspondiente.

Esta investigación reviste un aporte a la dogmática jurídico penal de la parte especial del Derecho Penal, pues sirve como fundamento a los operadores de derecho, en especial al fiscal y al juez, a fin de determinar si

efectivamente en el tráfico de influencias existe una vulneración al bien jurídico administración pública.

Así también, la relevancia de la investigación radica en el hecho de retomar el pensamiento de la filosofía liberal, la misma que gestó los principios rectores que rigen el derecho penal, principalmente el principio de lesividad, de proporcionalidad, ultima ratio y fragmentariedad; siendo estos los ejes fundamentales que limitan el ejercicio del *ius puniendi*.

1.3. Ámbito de la investigación

Al ser una tesis dogmática, conforme al método de la misma, no cuenta con ámbito de investigación temporal y espacial.

1.4. Tipo de investigación

1.4.1. De acuerdo al fin que persigue

- a) básica**, ya que éstas tienen como objetivo mejorar el conocimiento que se tiene de la información existente, en este sentido, la presente investigación tiene como finalidad incrementar el conocimiento doctrinario, dogmático o jurídico en cuanto al tráfico de influencias, el bien jurídico que se pretende proteger, así como la invalidez material de la disposición normativa del artículo 400 del código penal.

1.4.2. De acuerdo con el diseño de investigación

- a) **descriptiva**, pues esta se orienta al conocimiento de la realidad tal y como se presenta, en este sentido, se va a describir la realidad del delito contra la administración pública en su modalidad de tráfico de influencias, pues, dicha conducta no vulnera el bien jurídico administración pública, por otro lado, dicha modalidad delictiva no se encuentra acorde con los principios que rigen el derecho penal.

- b) **Correlacional**, ya que se mide el grado de relación que existe entre dos o más conceptos, así pues, en la actualidad existen dos posturas definidas las cuales señalan que el tráfico de influencias afecta al bien jurídico protegido administración pública, y, por otro que solamente afecta el patrimonio de la persona a quien se le ha ofertado el tráfico; siendo ello, asumiremos una postura que nos permita concluir que la modalidad de tráfico de influencias debe ser descriminalizado.

- c) **Explicativa**, en el sentido que es el descubrimiento de factores causales del fenómeno, en la investigación se procurará descubrir los factores que ocasiona la invalidez material de la disposición normativa contenida en el artículo 400 del Código Penal referente al del delito de tráfico de influencias.

d) Propositiva, debido a que lo que se procura es elaborar una propuesta de cambio a alguna institución jurídica, en la investigación se identificará las reglas de cambio o de modificación que deben tomarse en cuenta a fin de orientar la inaplicación del delito de tráfico de influencias por adolecer de invalidez material.

1.4.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

a) enfoque cualitativo, en la medida de utilizar la recolección de datos, sin medición numérica, para descubrir y afirmar a través de la argumentación, la correcta interpretación y aplicación jurisdiccional respecto al delito de tráfico de influencias.

1.5. Hipótesis

Los fundamentos *iustificables* para determinar la invalidez material y la consecuente inaplicación de la disposición normativa contenida en el artículo 400 del Código Penal Peruano, son:

- a) La afectación al pensamiento garantista del derecho penal y a los principios que lo rigen.
- b) Existe un adelanto de las barreras de punibilidad conforme a la teoría del delito.
- c) Conforme a la imputación objetiva esta modalidad escaparía al ámbito de protección de la Norma Penal.

1.6. Objetivos

1.6.1. Objetivo general

Establecer fundamentos para determinar la invalidez material y la consecuente inaplicación de la disposición normativa contenida en el artículo 400 del Código Penal Peruano.

1.6.2. Objetivos específicos

- a) Analizar la invalidez material de la disposición normativa del artículo 400 del Código Penal Peruano.
- b) Analizar el pensamiento garantista y los principios que fundan el Derecho Penal Liberal para determinar su posible afectación.
- c) Analizar la teoría del delito e imputación objetiva para determinar el adelantamiento de las barreras punitivas.
- d) Comparar la legislación internacional sobre el delito de tráfico de influencias para establecer su tratamiento en otras legislaciones.
- e) Elaborar una propuesta legislativa para la exclusión del tráfico de influencias.

1.7. Estado de la cuestión

A la fecha no se han encontrado tesis referentes a esta investigación propuesta en el repositorio de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas, ni en el repositorio de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, asimismo, se realizó la búsqueda en el RENATI no encontrando tesis cuyo

planteamiento del problema sean similares a la presente; sin embargo, debemos mencionar la existencia de tesis cuyo tema central es el delito de tráfico de influencias, como son, tesis para obtener el grado de doctor en Derecho “El delito de tráfico de influencias y la trasgresión de derechos fundamentales de los ciudadanos” elaborada por el Dr. José Antonio Pino Arango (escuela de posgrado de la Universidad Privada Inca Garcilaso de la Vega), y, la tesis para obtener el título profesional de abogado “La imputabilidad delictiva de la participación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias dentro del ordenamiento penal peruano” elaborado por la Abg. Anabel Melissa Camones Dolores (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo).

1.8. Métodos de investigación

1.8.1. Genéricos

En la presente investigación se aplicaron los métodos **deductivo**, el mismo que va de lo general a lo particular, e implica sistematizar el conocimiento y establecer inferencias, así como partir de lo conocido a fin de llegar a hechos desconocidos, así pues, en determinados momentos de la investigación se partió de conceptos generales como el Bien Jurídico protegido es sentido lato, para llegar conocer fenómenos particulares como la Bien Jurídico Administración Pública en el tráfico de influencias, pues la doctrina someramente habla y explica sobre esta, la misma que debe reconstruirse y entenderse a partir de conceptos generales.

Inductivo, pues con este método se recorre el camino de lo particular a lo general, y de esta manera se establecen conclusiones desde el estudio de concretos; así en determinados momentos de la investigación se partió de instituciones específicas a fin de desarrollar el conocimiento del delito de tráfico de influencias respecto a la teoría del delito.

Analítico sintético, pues estudiaremos el delito de tráfico de influencias partiendo de la descomposición de los elementos que conforman el tipo penal objetivo y subjetivo, así como los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi* para posteriormente estudiarla de manera global y determinar la afectación que genera en el programa penal constitucional.

1.8.2. Propios del derecho

En la presente investigación se empleó el **método dogmático**, puesto que se analizó el problema a través de las fuentes formales de nuestro ordenamiento jurídico, como la ley, doctrina y la jurisprudencia, centrándonos en las instituciones como la teoría del delito, imputación objetiva, derecho penal liberal, y el programa penal constitucional.

Asimismo, se utilizó el **método exegético** a fin de determinar el sentido del bien jurídico protegido en el artículo 400 del Código Penal, así como, todos aquellos delitos cuyo bien jurídico protegido

es la Administración Pública, para finalmente señalar un criterio sobre el tratamiento al tráfico de influencias.

Finalmente, se empleó el **método hermenéutico**, el mismo que se concibe como el arte de comprensión de actos a partir de descifrar el contexto lingüístico, por el cual, se analizó instituciones o figuras jurídicas, la teoría del delito, imputación objetiva, derecho penal liberal, con el propósito de explicar o aclarar la correcta interpretación del bien jurídico administración pública, y el programa penal constitucional.

1.9. Técnicas de investigación

Al tratarse de una investigación dogmática, se empleó la técnica de fichaje o recopilación de documentos para captar la información existente del problema estudiado. Así, esta técnica nos permitió seleccionar, sistematizar y analizar los argumentos contenidos en las posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre el objeto de estudio.

Asimismo, se utilizó la técnica de la argumentación, a fin de defender con argumentos la investigación propuesta, y demostrar de esta manera la inaplicación del delito de tráfico de influencias por adolecer de invalidez material.

1.10. Instrumentos de investigación

Se utilizó fichas en sus diversas modalidades, preferentemente las fichas bibliográficas y de contenido: textuales y de resumen; las mismas que nos sirvieron para elaborar la bibliografía final, las citas correspondientes y anotar las ideas extraídas de la bibliografía correspondiente.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTOS *IUSFILOSOFICOS*

2.1.1. Corrientes *iusfilosóficas* sobre el Derecho

Como señala Dworkin (1980) la filosofía del Derecho trata de comprender los problemas filosóficos que se han generado respecto del nacimiento, existencia y aplicación de las leyes, pues ella es el eje central de reflexión del Derecho; así también, los filósofos del derecho no sólo se centran del derecho tal cual es, sino que procuran explicar tal cual debería ser.

El desarrollo de la filosofía del Derecho ha centrado su inquietud en diferentes épocas, surgiendo la inquietud cuando un ordenamiento vigente o una ley en proyecto les parezca injusta, así pues, en la evolución histórica de la filosofía del Derecho se han gestado las siguientes corrientes: *iusnaturalismo*, el positivismo, y, el realismo jurídico.

Siendo ello, estas corrientes *iusfilosóficas* han procurado establecer qué es el derecho, pues como apunta Hart (1961) esta es una pregunta persistente en cuanto a la perplejidad de la teoría jurídica, que ha sido formulada de manera constante y respondida de manera muy diversa, asimismo, es de denotar que, “entre *iuspositivistas* e *iusnaturalistas* no existe polémica respecto a que el derecho es un

conjunto de normas o sistemas normativos; no obstante, la controversia surge al momento de establecer el origen de la misma” (Tello, 2019, p. 21).

En este sentido, y respecto a establecer sobre el origen de las normas o de los sistemas normativos, Pérez Luño (2005) ha señalado que,

El *iusnaturalismo*, distingue entre dos sistemas normativos: el derecho natural, integrado por el conjunto de valores previos al derecho positivo, que deben fundamentar, orientar y limitar críticamente todas las formas jurídicas; y el derecho positivo, en cuanto puesto o impuesto con fuerza vinculante porque ejerce el poder en la sociedad. (p. 41)

Sin embargo, podemos definir a las corrientes *iusfilosóficas* de la siguiente manera:

A. *iusnaturalismo*: Como la doctrina filosófica o de pensamiento del derecho, que considera que las normas o derechos son propias de la naturaleza del ser humano por el simple hecho de ser tal, y que son anteriores a cualquier derecho establecido por hombres; asimismo, esta corriente afirma que incluso las leyes positivas encuentran un respaldo en el derecho natural, pues esta corriente postula un orden de valor producto de un objetivismo metafísico, del que considera posible derivar valores y principios materiales universalmente válidos para cualquier derecho digno de serlo (Pérez Luño, 2005).

B. *Positivismo*: parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el

poder soberano. Estas normas, que constituyen el derecho positivo, son válidas por el simple hecho de que emanan del soberano, no por su eventual correspondencia con un orden justo, trascendental, como pretendía el *iusnaturalismo* (García Maynez, 1993).

Sobre esta corriente es necesario precisar que será desarrollada de manera amplia en el acápite correspondiente, toda vez que, la tesis se ha centrado en el desarrollo en una de sus vertientes, específicamente en el garantismo penal propugnado por Luigi Ferrajoli.

C. Realismo Jurídico: respecto a esta corriente *iusfilosófica*, se puede señalar que,

El realismo jurídico considera que el derecho no es una norma o conjunto normativo, sino que dirige su mirada a la dimensión social del derecho, de tal manera que, se considera que el derecho no es lógica (normativa) sino experiencia, y el entendimiento de esa experiencia como práctica de los tribunales esta noción es atribuida al realismo jurídico norteamericano representada por Holmes (Tello Villanueva, 2019, p. 21).

2.1.2. Teoría del Garantismo Penal: Positivism jurídico y la filosofía analítica

Conforme a lo señalado por Norberto Bobbio, en el prólogo del libro “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal” (1995), se pone en relieve que el bagaje de Ferrajoli se nutre, básicamente, de dos pilares: el positivismo jurídico en la orientación teórica, y la filosofía analítica en cuanto al método.

Siendo ello así, es necesario precisar que como apuntó Hoerster existen 5 variantes del positivismo jurídico, las mismas que son:

1) La tesis de la ley: el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley, 2) la tesis de la neutralidad: el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido, 3) la tesis de la subsunción: la aplicación del derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones. 4) la tesis del subjetivismo: los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva; y, 5) la tesis del legalismo: las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias. (Hoerster, 1992, p. 11)

A partir de la conjugación de dichas tesis propuestas, podemos afirmar que el garantismo penal se centrara en cuanto a la tesis de la neutralidad y la tesis del subjetivismo, pues va a buscar como una de sus consecuencias, la aplicación coherente del orden jurídico desde un constitucionalismo rígido.

Así también, se habla del garantismo penal desde el punto de la filosofía analítica del derecho, pues, este ha renunciado a la concepción de una teoría pura o formal del derecho, es decir, como manifestación de un poder soberano, que como ha referido Dworkin (1980) se entendía la noción de ley o norma jurídica como una clase determinada de norma que presupone la idea de derecho como institución social, porque sólo las normas promulgadas o elaboradas dentro de tal institución pueden ser verdaderas leyes, las mismas que originaban que el juez sea la boca de la ley o simplemente se lo considere como un autómatas aplicador de leyes, como propugnaba Montesquieu.

Esta renuncia, se debe a que, como ha explicado Norberto Bobbio, ello ocurre

en la mayor parte de las constituciones modernas la constitucionalización de los Derechos naturales, el tradicional conflicto entre derecho positivo y derecho natural, Y entre positivismo jurídico iusnaturalismo, ha perdido gran parte de su significado, con la consecuencia de que la divergencia entre lo que el derecho es lo que el derecho debe ser, expresada tradicionalmente bajo la forma de contraste entre la ley positiva y la ley natural, se ha ido transformando en la divergencia entre lo que el derecho es lo que el derecho debe ser en el interior de un mismo ordenamiento jurídico. (Ferrajoli, 1995, p. 17)

Es decir, el garantismo como filosofía analítica se aparta de la concepción de que el derecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres, representando así un cambio en cuanto a la teorización rigurosa del orden jurídico actual con todos sus rasgos caracterizadores, incluida la diferenciación de planos normativos la consistente dimensión valorativa del de mayor rango (Ferrajoli, 2004).

Ello supone, como bien lo expresa Perfecto Ibáñez, el cambio de paradigma que supone el constitucionalismo rígido respecto del viejo modelo del positivismo jurídico. Es lo que implica el tránsito del viejo Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho, pues,

La función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en Los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, qué es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, qué es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho. (Ferrajoli, 2004, p. 19)

2.1.3. Aproximación al Garantismo Penal

Conforme ya se explicó precedentemente, la presente investigación se centra en la corriente *iusfilosófica* del positivismo, específicamente desde el paradigma garantista, el mismo que conlleva a saber que, conforme explica Luigi Ferrajoli (2016),

El terreno sobre el que se ha producido la expansión del significado de “garantías” es el derecho penal. En particular, la expresión “garantismo”, en el sentido restringido de “garantismo penal”, aparece, en el ámbito, de la cultura jurídica italiana de izquierda de la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y la jurisdicción de emergencia que, de aquel momento en adelante, han ido reduciendo, de diversas maneras, el ya debilitado sistema de garantías del correcto proceso. En este sentido, el garantismo enlaza con la tradición clásica del pensamiento liberal. Y expresa la demanda, propia de la ilustración jurídica, de la tutela de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal contra ese “terrible poder”, como lo denominó Montesquieu, que es el poder punitivo. (p. 22)

Siendo ello, diríamos que el garantismo penal es el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal, básicamente el modelo de Derecho Penal liberal, o como se conoce actualmente, un derecho penal desde el paradigma garantista, necesariamente tiene que limitar la amenaza a los derechos del individuo, especialmente el derecho a la libertad personal, para lo cual se tendrá que limitar lo estrictamente necesario, ello en base al respeto de los principios sobre los que se fundamenta el sistema penal, y que constituyen límites al ejercicio del *ius Punendi* y del contenido de una norma penal.

Así pues, refiere Ferrajoli (1995) que,

El garantismo penal de matriz ilustrada no es sólo el producto de su fragilidad epistemológica, sino también de la falta de claridad de su fundamento axiológicos. En los siglos XVII y XVIII El derecho penal constituyó el terreno en el que principalmente y fue delineándose el modelo de Estado de derecho. con referencia al despotismo punitivo como el iusnaturalismo ilustrado llevó adelante su batalla contra la intolerancia política y religiosa y contra el árbitro represivo del *ancien régime*. y fue sobre todo a través de la crítica de los sistemas penales y procesales cómo se fueron definiendo, los valores de la cultura jurídica moderna: el respeto a la persona humana, los valores “fundamentales” de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, separación entre derecho y moral, la tolerancia, la libertad de conciencia y de palabra, los límites a la actividad del Estado y la función de tutela de los derechos de los ciudadanos como su fuente primaria de legitimación. (p. 24)

Sin embargo, en la actualidad vemos una crisis del garantismo penal ello debido a que no existen políticas criminales que molden socialmente las actividades del Estado en cuanto a la formulación de nuevos tipos penales, evidenciándose de esta forma lo que Ferrajoli considera cómo hiper inflación legislativa, afectándose uno de los principales pilares que es el principio de legalidad y dentro de este al principio de reserva de ley.

Con relación a la crisis antes mencionada, el garantismo cómo vertiente de la corriente del neopositivismo específicamente centrada en lo que se conoce como constitucionalismo trata de propugnar una solución desde su punto de vista, en el entendido que centra su atención en la configuración de los ordenamientos estatales democráticos con la generalización de la Constitución rígida y, con sujeción al derecho internacional referente a la

protección de derechos fundamentales, es por esto último que hablamos no solamente de un constitucionalismo sino que se debe referir a una transformación del paradigma paleo-positivista, a uno más moderno y actual.

Ferrajoli (1995) ha señalado que el modelo garantista del derecho penal y procesal, tienen como principal fundamento a los principios axiológicos fundamentales, los mismos que derivan de la formulación de los siguientes términos: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa; siendo estos, los que cumplen una función de garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena.

Es a partir, de estos términos cuya función es de estricta garantía jurídica, sobre los cuales Ferrajoli (1995) ha establecido el sistema garantista o de estricta legalidad, que se trata de un modelo límite, y cuya axiomatización resulta de la adopción de 10 axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, las mismas que son:

A1 Nulla poena sine crimine.

A2 Nullum crimen sine lege.

A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate.

A4 Nulla necessitas sine iniuria.

A5 Nulla iniuria sine actione.

A6 Nulla actio sine culpa.

A7 Nulla culpa sine iudicio.

A8 Nullum iudicium sine accusatione.

A9 Nulla accusatio sine probatione.

A10 Nulla Probatione sine defensione.

Así también Ferrajoli (1995) llama a estos principios, además de garantías penales y procesales por ellos expresadas:

1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de la materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de la culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.

Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen – con cierto forzamiento lingüístico – el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamental del derecho penal. (p. 93)

En atención a lo ya señalado, debemos resaltar que el garantismo penal, han generado en nuestro país el proceso de constitucionalización de todo el orden jurídico, especialmente el referido al Derecho Penal y a la justificación de esta desde las concepciones liberales y de la ilustración, lo que se viene conociendo como programa penal constitucional; ello en el sentido que, como señaló el Luigi Ferrajoli (1989) referente a los fundamentos del Derecho penal

Este conjunto de constricciones constituye un coste que tiene que ser justificado. Recae no sólo sobre los culpables, sino también sobre los inocentes. Si de hecho todos están sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescritas por las prohibiciones penales, no todos ni sólo aquellos que son culpables de sus violaciones se ven

sometidos al proceso y a la pena; no todos ellos, porque muchos se sustraen al juicio y más aún la condena; ni sólo ellos, siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir, por la inevitable imperfección y falibilidad de cualquier sistema penal, el juicio, acaso la prisión preventiva y en ocasiones el error judicial. (p. 209)

2.1.4. Garantismo Penal y estricta legalidad

Conforme hemos señalado, uno de los principios axiológicos fundamentales es el denominado convencionalismo penal, tal y como resulta del principio de estricta legalidad, el cual establece una determinación abstracta de lo que es punible, así pues, no solo debe ser entendido en el campo del derecho penal, con la famosa máxima de Von Feuerbach que consagra el Principio de Legalidad en lo Penal: "*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*", ("No hay delito ni pena sin ley previa"); sino que dicho principio resulta fundamental de la corriente *iustifilosófica* del positivismo jurídico.

Esto último, pues como se explicó, el positivismo jurídico clásico parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano. Estas normas, que constituyen el derecho positivo, son válidas por el simple hecho de que emanan del soberano, no por su eventual correspondencia con un orden justo, trascendental, configuración que era entendida como una mera legalidad, que servía como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes, fundamento que en el desarrollo histórico respaldaron graves atropellos como los cometidos por la Alemania Nazi, pues el fundamento de este

positivismo clásico es que “una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción” (Ferrajoli, 2004, p. 66)

Así pues, Hart (1958) señalaba que en el pueblo alemán (Nazi) la creencia de que el derecho es tal aunque no concuerde con las condiciones mínimas de moralidad. Esta terrible etapa de la historia incita más bien a indagar, porque el énfasis en el lema “La ley es la ley” y la distinción en el derecho y la moral tomaron en Alemania un cariz tan siniestro, mientras en otros sectores, como entre los utilitaristas mismos, les acompañaron las actitudes liberales más ilustradas (p. 621).

2.1.5. Validez e invalidez de la norma jurídica

Es en este orden de ideas pues, es que el constitucionalismo (incluido dentro de esta al garantismo penal) como nuevo paradigma, es la resultante de la positivación de derechos fundamentales, como límites de la legislación positiva, pues hemos dejado de lado, la idea de que el principio de mera legalidad era considerada

suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos decisoriales. Es por lo que se redescubre el significado de “Constitución” como límite y vínculo a los poderes públicos establecidos hace ya dos siglos en el artículo 16 de la *declaración de derechos de 1789* (Ferrajoli, 2004, p. 67).

En este sentido, el cambio de paradigma de un positivismo de mera legalidad, al cual lo que únicamente importa es la forma de producción de la norma jurídica, al positivismo constitucionalista que importa como límite a la legislación positiva el respeto de derechos fundamentales y principios, afirmamos que nos encontramos ante la revolución a la que Ferrajoli denomina *Principio de estricta legalidad o de legalidad sustancial*, es decir,

Con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y de la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. (Ferrajoli, 2004, p. 66)

En efecto, el sistema de normas sobre la producción de normas - habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional- no se componen sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes, incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma -por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad- por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste como una norma sustancial sobre su producción. (Ferrajoli, 2016)

2.1.6. Vigencia de la norma jurídica

Conforme Señala García Amado (2021) Una norma está vigente durante el tiempo en que se aplica su consecuencia a los hechos que encajan en su supuesto de hecho. La regla es que la norma surta sus efectos de ese modo durante ese tiempo de vigencia.

En cuanto la vigencia de la ley, nuestra Constitución Política ha establecido en su artículo 109 que “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

Partiendo del precepto constitucional es necesario resaltar que, la vigencia de una norma está relacionada directamente con el periodo de tiempo en el cual esta está en vigor dentro del ordenamiento jurídico de una sociedad determinada, así pues, la vigencia es, prácticamente, una circunstancia de hecho en relación con la gestación de la norma, es decir, si la dictó el órgano competente siguiendo el procedimiento legalmente establecido, tal como apunta el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 0010-2002-AI/TC exige para que una norma jurídica esté vigente que “(...) haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente”.

En cuanto a la vigencia y validez de la norma Ferrajoli (2004) explica que,

Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos independientes entre sí: la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas con las normas formales sobre su formación; la validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción. en términos Kelsenianos: la relación entre normas producidas y normas sobre la producción es, en el primer caso, de tipo nomodinámico y, en el segundo, de tipo nomoestático; y La observancia (o la inobservancia) de las segundas por parte de las primeras se configura en el primer caso como aplicación (o inaplicación) y en el segundo como coherencia (o contradicción). (p.21)

Entonces de lo antes señalado podemos concluir que, la ley penal debe tener por objeto la protección del contenido esencial constitucionalmente protegido de un Derecho Fundamental, lo que llevado a la teoría del delito específicamente a la tipicidad objetiva, vendría a ser el bien jurídico protegido, que conforme señala Roxin (2010), son circunstancias 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 (p. 56).

2.2. DERECHO PENAL LIBERAL

Como se señaló precedentemente, el garantismo penal tiene como eje principal el pensamiento liberal e ilustrado del derecho penal, el cual se gestó como consecuencia de la revolución francesa, primando de esta

manera la libertad del individuo, teniendo como primordial referente el libro titulado “*Dei delitti e delle pene*” (“De los Delitos y las Penas”) escrito por Cesare Bonesana, marqués de Beccaría, así como el pensamiento de Carrara, Hobbes, Montesquieu, Voltaire, Diderot, Rousseau, siendo el derecho penal una protección del individuo frente al *Ius Puniendi*, cimentando de esta forma los pilares fundamentales que son el principio de Legalidad, Lesividad, Proporcionalidad, Ultima Ratio, Subsidiariedad; ya que como señala Massimo Donnini (2011), la ciencia jurídica sabe que el derecho penal es la rama más irracional, violenta y autoritaria (p. 37).

Debiendo resaltar que los mencionados principios, conforme señala Marcial Páucar Chappa (2016), en el curso del desarrollo histórico del derecho represivo fueron convirtiéndose en los criterios legitimadores de la coerción penal, esto es, son límites a la coacción penal de Estado impuestos por la protección de la libertad (pp. 53-54).

Así pues, a partir de los principios fundamentales que rigen el derecho penal se comenzó a gestar la teoría del delito la cual consiste en,

Ordenar los numerosos preceptos legales y los conceptos abstractos y pone en conexión estos conceptos, lo que se denomina sistema. Así lo entendió ya Franz V. Liszt, cuando planteó a la ciencia del derecho penal la tarea “de aprehender delito y pena como generalizaciones conceptuales, en una consideración puramente técnico-jurídica, apoyada en la legislación penal; desarrollar en un sistema cerrado los preceptos particulares de la ley ascendiendo hasta los últimos conceptos básicos”. (Roxin, 1992, p. 36)

2.2.1. Principios del Derecho Penal

Conforme apunta Mir Puig (2004) la función punitiva del Estado social y democrático de derecho se origina en su soberanía a fin de determinar y catalogar que conductas son consideradas como lesivas para el ordenamiento jurídico y por tanto merecen ser sancionadas, en estricta atribución del *ius puniendi* (Derecho Penal Subjetivo); sin embargo, como consecuencia de la Revolución Francesa y el pensamiento de la ilustración del siglo XVIII, se gestó la idea de que esta facultad sancionadora del Estado debería ser limitado y encontrar límites. Así pues, esta función limitadora del poder sancionador del Estado se encuentra fundamentada y justificada en la Constitución Política², como en tratados internacionales, de los que se desprende que, “políticamente el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función legislativa, judicial y ejecutiva” (Villavicencio Terreros, 2006, p. 87).

La discusión se genera en cuanto a que principios legitimarían el poder sancionador del Estado, así, su legitimación extrínseca proviene de la Constitución y los tratados internacionales; pero su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios específicos. Aun así, todos son igualmente importantes en la configuración de un derecho penal respetuoso con la dignidad y

² En la Constitución Política de 1993: artículo 43, artículo 44, artículo 45, artículo 108, artículo 139, artículo 139 numeral 22.

libertad humana, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico (Muñoz Conde y García Arán, 2002). Así pues, estos límites al poder penal van a tener incidencia tanto en la creación de las normas penales (criminalización primaria) como en su aplicación (criminalización secundaria) los que se suelen clasificar en límites materiales (garantías penales) y límites formales (garantías procesales).

A. Principio de legalidad

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

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

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

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

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

Por el principio de legalidad tenemos que, la principal fuente del Derecho Penal es la ley, la cual debe cumplir con tres requisitos:

Nullum crimen sine lege scripta (Debe ser escrita), *Nullum crimen sine lege previa* (Debe ser previa) *Nullum crimen sine lege certa* (Debe ser estricta).

B. Principio de culpabilidad

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

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

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

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

Recuérdese que algunos prefieren usar el término “*responsabilidad*” al de “*culpabilidad*” cualquier vinculación con el criterio retributivo, aun cuando otros consideran innecesario

esto, pues la culpabilidad se puede fundar en criterios preventivos.

a. Principio de dolo o culpa

Como consecuencia del principio de culpabilidad, por el cual solo es posible de establecer pena cuando las conductas desplegadas se realizaron de manera dolosas o imprudentes.

Así pues, conforme apunta Villavicencio (2006)

este principio rechaza la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, que tiene entre sus postulados a la antigua máxima proveniente del derecho canónico: *“versari in re illicita casus imputatur”* que se puede entender como “quien quiso la causa quiso el efecto”. Según esta antigua máxima, si una persona realiza un acto prohibido por cualquier resultado que devenga de ella; no interesando si lo hizo con intención, imprudencia o si fue resultado de un hecho fortuito. De esta máxima se derivan dos problemas que subsisten en el Derecho Penal: los delitos cualificados por el resultado y los supuestos de estado de inculpabilidad provocados por el propio agente (p. 112).

C. Principio de lesividad

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

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

D. Principio de mínima intervención

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

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

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

E. Principio de subsidiariedad (*ultima ratio*)

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

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

F. Principio de fragmentariedad

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

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

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

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

2.2.2. La teoría del Delito

Eugenio Raúl Zaffaroni (1998), nos precisa que, se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito (p. 389), ello con la finalidad de poder saber cuándo se ha cometido o no un delito.

De igual forma se empieza a desarrollar el concepto de *iter criminis*, el mismo que se entiende como,

Las etapas constitutivas del delito. Es un proceso que parte desde un momento mental (se concibe la idea de cometer un delito), hasta llegar a un momento externo (se llega a consumir el resultado). La construcción del proceso delictivo en base a etapas o momentos es claro que resulta ser ideal, pues en muchos supuestos media solamente un instante entre la concepción de la idea y su ejecución. (Villavicencio, 2006, p. 415)

2.2.3. Estructura de la teoría del delito

A. La conducta o comportamiento

La conducta entendida como la manera de comportarse de una persona en una situación determinada o en general, por lo que esta necesariamente es una acción humana, por ello los tipos penales se generan a partir de conductas de la realidad social, las que además deben surgir y ser reguladas en función de un espacio y tiempo, acorde a la sociedad en la que se pretende aplicar.

La conducta delictiva se vale generalmente, de un verbo rector, que es en término gramaticales, en centro en el que gira y se define la misma. A través del verbo rector se va a concretizar lo que el legislador quiere prohibir. (Villavicencio, 2006, p. 308). En ocasiones un tipo penal describe a más de un verbo rector por lo que se le denomina delitos compuestos, caso contrario estaremos ante un delito simple.

La conducta prohibida, puede ser estructurada tomando en cuenta el grado de relación entre la acción y el objeto de la acción, es decir, en delitos de actividad y delitos de resultado; Villavicencio (2006) señala que en los delitos de actividad existe la probabilidad que la simple ejecución de una conducta, específicamente determinada como tal, sea ya constitutiva de la realización del tipo (...); en los delitos de resultado, la ley

caracteriza o individualiza un determinado resultado (p. 309), en este último se exige que haya una modificación material de la realidad.

Asimismo, Mir Puig (2004) señala que los delitos de resultado y de actividad se pueden clasificar, según sea el caso, si el resultado o la actividad genera un momento o estado antijurídico de cierta duración o no.

En el delito instantáneo la infracción se consuma en el momento en que se produce el resultado o situación que describe la ley, sin la creación de una circunstancia antijurídica de efectos duraderos, como ocurre en el caso del delito permanente. (Villavicencio, 2006, p. 308).

B. Tipicidad

a) Elementos de la tipicidad objetiva

Aquellos elementos que conforman el aspecto externo e interno para la configuración típica del tipo penal, mismos que su existencia debe ser verificada por el contrario podríamos estar ante un hecho atípico. Es decir, que en todo evento delictivo se debe identificar la existencia de dos elementos necesarios, un sujeto activo y otro pasivo, esta relación va a ser analizada y verificada desde dos aspectos, una parte objetiva que abarca el hecho material, verificable de la

conducta; y, otra parte subjetiva, que constituye el aspecto volitivo.

i. Sujeto Activo

Es un concepto dogmático que sirve para describir los requisitos que deben reunir la persona al momento en que ejecuta la conducta delictiva (De La Cuesta Aguado, 1996). Por lo general en los delitos se lo describe como “el que”, además; puede denominarse autor o agente, que son términos que también se utilizan en el Código Penal.

Por otro lado, se diferencia delitos de dominio y de infracción de deber, Villavicencio (2006) señala que los primeros (delitos comunes) son aquellos que son cometidos por cualquier persona y al agente no se le exige ningún tipo de especificación al momento de la ejecución de la conducta delictiva; a diferencia de los delitos de infracción de deber, donde se exige que la conducta prohibida solo pueda ser efectuada por ciertas personas que poseen deberes especiales. No obstante, debe diferenciarse entre los delitos especiales o de infracción de deber propios, que surgen cuando la lesión del deber especial fundamenta la punibilidad; y, los delitos especiales o de infracción de deber impropios, cuando la lesión del deber especial sólo determina una agravación a la punibilidad.

Así también, en autor antes indicado diferencia en delitos de propia mano, que reside en que el tipo penal exige que la ejecución del delito sea personal o corporal del sujeto que se encuentre de manera inmediata a realizarlo, excluyendo a otros que no son idóneos. Por ello en estos casos no es posible que se utilicen otras “herramientas” para cometer el delito.

Finalmente, se distinguen tipos penales en relación al número de sujetos activos que intervienen en la comisión del delito. Estos son los delitos monosubjetivos y los delitos plurisubjetivos. En los primeros el tipo penal solo puede ser realizado por un sujeto en calidad de autor, lo que no impide que se configuren caso de participación. En los delitos Plurisubjetivos, se exige la concurrencia de dos o más autores para la ejecución de la conducta delictiva, esta puede darse de dos formas: ya sea de manera uniforme, por la consecución de un mismo objetivo (delitos de convergencia) o de manera autónoma, pero siendo partes de una misma relación delictiva (delitos de encuentro). (Villavicencio, 2006, p. 308).

ii. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo es aquella persona titular del bien jurídico protegido que ha sido afectado, lesionado o puesto en

peligro por la conducta del sujeto activo. El sujeto pasivo pues de ser tanto una persona física (sea o no imputable) o una persona jurídica, como también lo puede ser la sociedad o el Estado (Villavicencio, 2006, p. 305).

También, debemos indicar que no siempre el sujeto pasivo es aquella persona sobre la que recae el físicamente la acción, sino que pueden ser otras, que por las circunstancias resultan perjudicadas. Por ello, en dichas circunstancias se distingue sujeto pasivo del delito y un sujeto pasivo de la acción. El primero, no es más que el titular del bien jurídico tutelado; mientras que el segundo es la persona en quien recae de manera directa la acción delictiva del sujeto activo (Villavicencio, 2006, p. 305).

iii. Conducta típica

La conducta asimilada como una acción humana es aquel comportamiento determinado según las circunstancias, los tipos penales se generan a partir de conductas de la realidad social, las que además deben surgir y ser reguladas en función de un espacio y tiempo, acorde a la sociedad en la que se pretende aplicar.

La conducta delictiva se vale generalmente, de un verbo rector, que es en término gramaticales, en centro en el que

gira y se define la misma. A través del verbo rector se va a concretizar lo que el legislador quiere prohibir. (Villavicencio, 2006, p. 308). En ocasiones un tipo penal describe a más de un verbo rector por lo que se le denomina delitos compuestos, caso contrario estaremos ante un delito simple.

La conducta prohibida, puede ser estructurada tomando en cuenta el grado de relación entre la acción u el objeto de la acción, es decir, en delitos de actividad y delitos de resultado; Villavicencio (2006) señala que en los delitos de actividad existe la probabilidad que la simple ejecución de una conducta, específicamente determinada como tal, sea ya constitutiva de la realización del tipo (...); en los delitos de resultado, la ley caracteriza o individualiza un determinado resultado (p. 309), en este último se exige que haya una modificación material de la realidad.

Asimismo, los delitos de resultado y de actividad se pueden clasificar, según sea el caso, si el resultado o la actividad genera un momento o estado antijurídico de cierta duración o no. En el delito instantáneo la infracción se consuma en el momento en que se produce el resultado o situación que describe la ley, sin la creación de una circunstancia antijurídica de efectos duraderos, como ocurre en el caso del delito permanente (Mir Puig, 2004).

En relación a la intensidad del ataque al bien jurídico Villavicencio (2006) señala que se diferencia entre delito de lesión y de peligro, según si se afecta realmente al bien jurídico o si solo existe la probabilidad de daño (peligro real que afecta al bien jurídico), en los delitos de peligro distingue además en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto; en los delitos de peligro concreto, se requiere que la acción cause un peligro real al bien jurídico y el los delito de peligro abstracto (peligro presunto) sólo requiere la comprobación de la conducta prohibida, y por ello no se diferencian de los delitos de mera actividad, son por ello delitos de desobediencia. (p. 311-312)

Del mismo modo, se tiene en cuenta la cantidad de bienes jurídicos que pueden resultar afectados, por lo que se distinguen de monofensivos y de delitos pluriofensivos o complejos.

iv. Imputación objetiva

La imputación objetiva “(...) responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar -una vez afirmada el carácter típico de la conducta- si el resultado

conectado causalmente en esa conducta puede reconducirse normativamente a esta, es decir, si también el resultado es típico. (Tello Villanueva, 2016)

1) Imputación objetiva del Comportamiento

Esta vertiente de la imputación objetiva se debe a los aportes de las corrientes jurídico-dogmáticas funcionales de las últimas décadas, en cuyo nivel de análisis “(...) ha de comportarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo”, siendo tres los criterios a utilizarse: el riesgo permitido, la prohibición de regreso y la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. (Tello Villanueva, 2016)

2) Imputación objetiva del resultado

En este punto se desarrollan aquellos criterios que nos posibilitan verificar cuando el resultado producido debe ser atribuido a la conducta o no.

Así los criterios que hay que aplicar son (...): “la creación de un riesgo no permitido (...) la consiguiente realización de ese peligro o riesgo en el resultado, y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida (...). (Muñoz Conde, 2000)

v. Elementos descriptivos y normativos del tipo

En la formulación de los tipos penales; el legislador suele utilizar ciertos elementos gráficos (descriptivos) y valorativos (normativos) que pueden caracterizar circunstancias exteriores como de naturaleza psíquica. (Villavicencio, 2006, p. 314). Los primeros se pueden distinguir y comprender a través de los sentidos, pues se trata de términos o circunstancias del mundo en general como, de términos del lenguaje común como “padre”, “hijo”, etc.; en cambio en los elementos normativos no solo se trata de distinguirlos por los sentidos sino además para su comprensión se realiza una valoración distinta en un contexto diferente, ya sea por tratarse de valoraciones jurídicas, antropológicas, médicas u otras, como “colusión”, “terapéutico”, “eutanasia”, etc.

b) Elementos de la tipicidad subjetiva

Se dice que estas componentes subjetivas dotan de significación personal a la realización del hecho, porque este no aparece ya como mero acontecer causal objetivamente probable, sino además como obra de una persona que ha conocido y querido su realización, e incluso, con un ánimo específico, en determinados supuestos, o con una componente tendencial en el sujeto (Gómez Benítez, 1987).

El estudio del tipo subjetivo abarca al dolo y otros elementos subjetivos distintos al dolo, por ende, también el análisis de su ausencia, lo que se denomina error de tipo. Este aspecto de la tipicidad resulta un tanto arduo pues por su naturaleza subjetiva es de difícil probanza, por cuanto no se trata de aspectos que se puedan observar de forma directa o material.

El dolo, en la legislación nacional no se encuentra definido, no obstante, se acepta que este implica conocimiento y voluntad para la ejecución de todos los elementos estructurales de la tipicidad objetiva.

El momento del dolo es el instante en que se ejecuta la conducta delictiva. Si se presenta (...) durante la etapa de los actos preparatorios, o después de la realización del tipo objetivo, no existe el dolo que requiere el tipo (Villavicencio, 2006).

Por lo que, de ello, debemos indicar que el dolo no requiere estar presente o de forma permanente durante toda la ejecución del delito, sino que exista o se presente cuando el sujeto activo se dispone a producción el resultado.

c) Clases de tipos penales

Se diferencia delitos de dominio y de infracción de deber, Villavicencio (2006) señala que los primeros (delitos comunes) son aquellos que son cometidos por cualquier persona y al agente no se le exige ningún tipo de especificación al momento de la ejecución de la conducta delictiva; a diferencia de los delitos de infracción de deber, donde se exige que la conducta prohibida solo pueda ser efectuada por ciertas personas que poseen deberes especiales, así a estos corresponde los denominados delitos especiales. No obstante, debe diferenciarse entre los delitos especiales o de infracción de deber propios, que surgen cuando la lesión del deber especial fundamenta la punibilidad; y, los delitos especiales o de infracción de deber impropios, cuando la lesión del deber especial sólo determina una agravación a la punibilidad.

Así también, en autor antes indicado diferencia en delitos de propia mano, que reside en que el tipo penal exige que la ejecución del delito sea personal o corporal del sujeto que se encuentre de manera inmediata a realizarlo, excluyendo a otros que no son idóneos. Por ello en estos casos no es posible que se utilicen otras “herramientas” para cometer el delito.

Finalmente, se distinguen tipos penales en relación al número de sujetos activos que intervienen en la comisión del delito. Estos son los delitos monosubjetivos y los delitos plurisubjetivos. En los delitos monosubjetivos el tipo penal solo puede ser realizado por un sujeto en calidad de autor, lo que no impide que se configuren caso de participación. En los delitos Plurisubjetivos, se exige la concurrencia de dos o más autores para la ejecución de la conducta delictiva, esta puede darse de dos formas: ya sea de manera uniforme, por la consecución de un mismo objetivo (delitos de convergencia) o de manera autónoma, pero siendo partes de una misma relación delictiva (delitos de encuentro). (Villavicencio, 2006, p. 308).

C. Antijuridicidad

A fin de verificar la imputación de una conducta, y habiendo agotado el análisis típico, es necesario verificar que este es una conducta antijurídica.

Antijuridicidad significa “contradicción con el derecho”. La conducta típica tiene que ser confrontada con los valores provenientes de todo el ordenamiento jurídico (Villavicencio, 2006).

D. *Iter Criminis*

El "*Iter Criminis*" es la locución utilizada para referirnos a las etapas constitutivas del delito, esto es, el camino que sigue determinado sujeto para poder ver realizado el hecho punible. Villavicencio (2006) menciona: "Comienza con la plasmación del plan criminal y termina con la consumación del resultado querido". En este sentido, es necesario manifestar que existe una fase interna de realización y una fase externa de realización, es así, que este camino del delito comprenderá en la fase interna lo referido a una ideación, deliberación y resolución de la conducta delictiva, la cual será materializada en una fase externa, comenzando por los actos preparativos, actos ejecutivos, la consumación del delito y el agotamiento del mismo.

a) Fase Interna

Se habla de una etapa donde lo que se presentan son pensamientos o ideas de una formulación o planificación respecto de la intención de expresar una conducta criminal, es un ámbito estrictamente subjetivo, todo lo correspondiente a este ámbito quedará desprovisto de protección penal, ya que mencionando el aforismo presentado por Ulpiano *cogitationis poena nemo patitur*, nadie puede ser sancionado por su pensamiento, además que es evidente que nada puede

provocar el mundo de las ideas que sea merecedor de buscar la atención del Derecho Penal.

i. Ideación

Es la primera idea del pensamiento delictivo, es el momento nacimiento de un posible delito a cometer por parte del sujeto.

ii. Deliberación

Una vez pasada y concretizada la fase de la ideación, el sujeto preverá lo que necesita para poder cumplir con su fin criminal, esto va referido a la planificación y elaboración de que cosas u detalles son necesarios para cumplir con este fin ilícito, es el proceso cognitivo donde el sujeto recauda las necesidades a cumplir para dar al delito.

iii. Resolución

En esta fase el sujeto tomará la última decisión interna, es aquí donde el sujeto decidirá desistirse de la idea y planificación realizada para cometer el delito o decidirá cumplir con éstas y dar inicio a la materialización del delito.

b) Fase externa

Esta fase se debe entender como todo acto objetivo concerniente a darle realización al hecho delictivo previsto con anterioridad de forma mental, es decir, este punto se presentará cuando el sujeto ha tomado la decisión de continuar con la idea y el plan criminal que ha construido en su etapa mental. Es en esta fase exterior donde el Derecho Penal ha considerado oportuno y necesario poder actuar brindando sanciones al despliegue de determinados actos criminales, incluso antes de la consumación del delito.

i. Actos Preparatorios

Los actos preparatorios son aquellos donde se materializan en el mundo real las primeras acciones del sujeto con la finalidad de cometer el delito, en esencia se trata de "(...) disponer de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone" (Villavicencio, 2006).

Estos actos preparatorios por ser la primera manifestación de la intención delictiva generalmente no son punibles, esto es por la insignificancia que aun estos muestran respecto de la comisión del delito, son actos que, si bien son necesarios para brindar los primeros pasos a la realización

del delito, no son actos fundamentales que presenten una relevancia como para buscar la protección del Derecho Penal. Es preciso mencionar que la excepción a la regla general es la tipificación que puede brindar el legislador respecto de estos actos, es decir, de considerar los actos preparativos como delitos autónomos o extender el tipo penal hasta tal punto que los comprenda, esto se hace con la finalidad de brindar una protección mayor ante la consideración de la existencia de delitos más graves y la necesidad de protección adecuada a la sociedad.

ii. Actos Ejecutivos

Estos actos son aquellos entendidos desde el momento que se inicia la acción típica hasta el momento de la consumación del hecho delictivo

Los actos de ejecución implican la utilización concreta de los medios elegidos con la finalidad de crear las condiciones necesarias para alcanzar el objetivo delictivo deseado. Cuando estos actos de ejecución no llegan a consumir el delito por causas ajenas a la voluntad del autor, se produce la llamada tentativa. (García Caveró, 2012)

iii. Consumación

Es el cumplimiento o la realización completa expresada en el tipo penal, esto acarrea a la lesión objetiva respecto de la descripción de la conducta requerida en el tipo penal.

El delito se consuma con la plena realización del tipo, cuando se han realizado o se encuentran presentes todos los elementos del tipo. Esta no depende de si el autor ha conseguido el propósito que ha perseguido, siendo suficiente el cumplimiento formal del tipo penal.

iv. Agotamiento

Esta etapa es considerada como el cumplimiento no solo del tipo penal, sino del resultado buscado por el autor.

El agotamiento del delito es una fase posterior a la consumación, es decir, el delito ya realizado. El sujeto activo ya no cumple con los elementos típicos, sino que consigue satisfacer la intención que perseguía. El agotamiento no se castiga. (Bramont - Arias Torres, 2005)

c) La tentativa

La tentativa será manifestada y ubicada en los actos ejecutivos del delito, cuando el sujeto no ha podido cumplir con la consumación del delito.

En realidad, la tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendiente a alcanzar la consumación. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o involuntarias (Externas o accidentales). En nuestra ley, la tentativa puede ser admitida en todos los delitos dolosos de comisión u omisión, a diferencia de otras legislaciones en las que es la propia ley la que precisa en qué casos la tentativa se sanciona. Hay consenso en que en los delitos imprudentes no hay tentativa.

En relación con los delitos de peligro concreto, no existe problema respecto de un punto de vista teórico para la admisión de la tentativa, ya que se

exige la puesta en peligro del bien jurídico (resultado típico). En el caso de los delitos de peligro abstracto, resulta difícil la admisión de la tentativa, ya que de su propia esencia se presume el peligro y no se exige su concreción. (Villavicencio, 2006)

i. Teoría Objetiva

Respecto de la teoría objetiva, lo esencial es que el fundamento de la tentativa radicaría en la puesta en peligro de manera concreta de un bien jurídico, esto llegaría a expresar que lo que la vinculará en su base para la consideración de su importancia es la manera en cómo se ha visto perjudicado el bien jurídico, esto consideraría una impunidad en los actos preparatorios, una menor sanción respecto de los delitos consumados (ya que en ellos a veces el daño causado al bien jurídico es irreversible y obviamente mayor) y finalmente quedaría impune la tentativa inidónea por existir una afectación al bien jurídico protegido.

ii. Teoría Subjetiva

Esta teoría va a tomar como fundamento para brindar un sentido a la tentativa en cualquier ordenamiento, la intención que ha tenido el autor, es decir, el *animus* de dañar el bien jurídico indistintamente de la acción en la que se haya manifestado, esta teoría entendiéndose expresaría

dejar una brecha muy corta para los actos que serían entendidos como actos preparatorios, además de considerar la sanción de igual o casi de igual manera que en cuando se ha consumado el delito.

iii. Teoría Ecléctica

Esta teoría busca una armonización entre las anteriores, partiendo de la esencia de la teoría subjetiva y rescatando puntos fundamentales de la teoría objetiva

El fundamento del castigo esta dado porque la voluntad del sujeto es contraria a la de la norma –teoría subjetiva–, siempre y cuando dichos actos produzcan una conmoción social; por lo que la tentativa y la consumación pueden tener diversas penas, dependiendo de la conmoción social. (Bramont - Arias Torres, 2005)

Estas ideas parten de la teoría subjetiva, pero lo combinan con elementos objetivos. Pretenden establecer una conjunción de los criterios básicos de las teorías anteriores destacando tanto la voluntad dañina o criminal y el peligro resultante en perjuicio del bien jurídico. Desde el punto de vista dogmático, esta teoría pone el acento especialmente en el desvalor de acto, por lo que no es necesario que produzca una afcción del bien jurídico, bastando con la conmoción que el hecho puede provocar en la generalidad. (Villavicencio, 2006)

d) La tentativa Inacabada

Se presenta cuando el autor, según la representación de los hechos que tiene en el instante que toma la decisión, no ha realizado lo necesario para alcanzar el resultado propuesto,

pues se presenta una interrupción originada en la intervención voluntaria del mismo agente o por circunstancias externas (Villavicencio, 2006)

e) La tentativa acabada

Se da cuando el agente, según su representación de los hechos, entiende haber realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito, faltando solo la producción del resultado, sin embargo, este no se produce por la propia intervención voluntaria del autor o por circunstancias externas. (Villavicencio, 2006)

2.2.4. El delito de tráfico de influencias

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

De igual forma, conforme señala Pedro Delahaye, citado por Fidel Rojas Vargas (2007),

El derecho romano no desarrolló legislativamente el tema, no obstante que ya en tiempos de Alejandro Severo (208-235 d.C.), éste mandó quemar vivo a un sujeto que había vendido favores e influencias a su nombre. La pira sobre la cual fue quemado el infortunado llevó la siguiente inscripción: “*funo punitur qui fumun vendidit*”. La base del castigo radicó en la idea de la injuria ocasionada al príncipe romano y en la necesidad de reprimir la avidez y la codicia inescrupulosa. (p.774)

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

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

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

Para muchos el tipo legal de tráfico de influencias es llamado comúnmente como la “venta de humo”. En la legislación peruana el tráfico de influencias ha sufrido considerables cambios en su

desarrollo legislativo, así pues, este delito fue integrado al catálogo penal de 1924 en su artículo 353-A, mediante Decreto Legislativo N.º 121 del 12 de junio de 1981, que señalaba lo siguiente,

C.P. de 1924, art.353-A: “El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo, o una promesa, o cualquier otra ventaja, con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de 2 años y multa de la renta de 20 a 40 días. Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación conforme a los incisos 1,2 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena”.

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

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

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

Sin embargo, en la exposición de motivos de la Ley 29758, proyecto Ley N.º 4187/2017-PJ del Poder Judicial, se sostiene que el hecho punible debe mantenerse, ya que no se considera oportuno destipificar la venta de humo, pues desde una perspectiva de prevención general positiva, esta modalidad fraudulenta de tráfico mantiene importancia en el ámbito social.

Ahora bien, para poder comprender mejor el delito de tráfico de influencias debemos remitirnos a la fuente legal extranjera, la misma que como señala Rojas Vargas (2007),

Las fuentes legales extranjeras las podemos encontrar con fuerza determinante en el artículo 147 del 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) del código penal español incorporados en 1991. (p. 775)

Es necesario indicar, que actualmente son varias las legislaciones que han incorporado el delito de tráfico de influencias a su catálogo penal, así pues, Portugal en 1998, Chile en 1999, Colombia ha

ratificado su tipificación en su Código Penal de 2000; siendo necesario indicar que si bien, España también ha incluido el tráfico de influencia, este delito únicamente se refiere a un tráfico de influencias "reales" y no simuladas como en el caso peruano.

Por otro lado, Esta concepción inicial, que se caracteriza por una influencia simulada; ha perdido fuerza en la doctrina y en la legislación; como la española y la italiana; la razón es que este delito solo castigaría una fanfarronería de parte de quien dice conocer a un magistrado, y a todas luces esta represión va en contra de un estado democrático y social de derecho, así también, Abanto Vásquez (2003) señala que

el Código Penal argentino no conoce una figura específica similar, sino solamente una modalidad de "cohecho pasivo" y "activo" referida a la recepción de beneficios para "hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario público" (arts. 256, 258), lo cual se aproxima mucho a la figura de "patrocinio ilegal", no prevista de manera expresa en la legislación penal argentina. (P. 522).

En este sentido, como podemos afirmar el delito de tráfico de influencias tipificado en el artículo 400 del Código Penal Peruano, colisiona gravemente con los principios base del sistema penal, en especial con el principio de Lesividad, Proporcionalidad y Mínima Intervención. Más aún si, conforme se ha establecido en el Recurso de Nulidad N.º 4218-2009-Piura (2010)

el delito de tráfico de influencias se caracteriza por el adelantamiento de la barrera de punición, en comparación al delito de cohecho; por ello, es que el tipo penal, para su consumación solo exige la invocación de influencias, haciendo hincapié que resulta irrelevante si estas son reales o simuladas; en ese sentido, se exige como elementos

objetivos que: a) el agente manifieste a alguien tener influencias reales o simuladas en la Administración Pública; b) el agente le ofrezca interceder ante un funcionario o servidor, ante un caso judicial o administrativo; y, c) el agente reciba, haga dar o prometer para sí o tercero un donativo o promesa.

Por otro lado, es necesario precisar que el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, pues no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo; así también, este es un delito de mera actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material; de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas. (Recurso de Nulidad N.º 4097-2008-Santa, 2010)

2.2.5. Análisis Dogmático del delito de Tráfico de influencias

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

Pero ya en ese momento el modelo peruano, al cambiar la terminología del texto que empleaban sus fuentes (por ejemplo, en cuanto a la fuente colombiana, “invocar” en vez de “aparentar” o “con el ofrecimiento de interceder en lugar de “con el fin de obtener cualquier beneficio”, “donativo, promesa o ventaja” en vez de “dinero o dadas”) había generado a su vez, una nueva versión de la figura penal. En efecto, a diferencia de la fuente colombiana, el tipo peruano siempre fue un delito común, pues no exigía que el sujeto

activo tuviera la condición de funcionario público (o “servidor público” en la fuente colombiana), pareciéndose en esto más a la fuente italiana del *millantato crédito* (p.95)

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

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

A. Bien jurídico protegido.

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

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

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

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

Para algunos doctrinarios el bien jurídico protegido ofrece algún nivel de debate para llegar a un consenso sobre cuál sería este, ya que lo que se castiga no es un entendimiento pecuniario e intelectual entre los funcionarios y el traficante, pues de darse esta situación los actos de este último serían absorbidos por el cohecho del primero, y por lo mismo la tipicidad de tráfico de influencias en el del cohecho pasivo, supuesto en el cual es fácil

ingerir que será el principio de imparcialidad del vulnerado. Esta peculiar configuración normativa del artículo 400 del Código Penal Peruano llega incluso a colisionar con la ubicación de tráfico de influencias dentro del capítulo de "Los Delitos Cometidos por funcionarios públicos".

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

Aquí, más bien, también existe un atentado, aunque lejano, contra la *imparcialidad* del funcionario, el *carácter público* de la función; y, en el supuesto de la "influencia simulada", el "patrimonio individual". por cierto, que, en relación con los dos primeros "objetos" el tipo penal peruano presupone, en realidad, un "peligro" (que según el caso puede ser abstracto o concreto); mientras que en el caso del "patrimonio individual" (en la modalidad de "influencia simulada") podría existir una "lesión" en la modalidad de "recibir" o "hacer dar", y un peligro en la modalidad de "hacer prometer". (p. 415)

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

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

Así lo explica de la siguiente manera Abanto (SF):

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

B. Sujeto activo

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

C. Sujeto pasivo

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

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

D. Comportamientos típicos

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

Sobre la base de ello podemos guiarnos en el “*Iter Criminis*”:

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

b. Actos ejecutivos: tráfico de la propia mediación, es decir el efecto de interceder a nivel de ofrecimiento.

c. Acto consumativo: Recepción del dinero, utilidad o promesa.

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

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

La influencia real o simulada invocada se constituye así en el objeto del delito que vincula en su estructura ideal a un sujeto que la posee con otro que la requiere para dirigirla o destinarla sobre un tercero *intraneus* a la administración pública, sobre el

cual se pretende inducir o ganar su voluntad hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado.

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

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

- a. Recibir: es obtener y tomar lo uno lo que se le entrega, cobrar, tomar posesión, aprender.
- b. Hacer dar: es la acción de logra que se entregue algo a cambio de una supuesta influencia. Es decir, es lograr que se le entregue donativo o cualquier otra ventaja, a cambio de

interceder ante un funcionario público para los fines descritos en el tipo.

c. Prometer: es la acción de la voluntad de dar o hacer en el futuro. Es el ofrecimiento o propósito de hacer o dar algún donativo o cualquier otra ventaja.

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

E. Tipo subjetivo

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

F. Consumación y tentativa

Habría diferentes escenarios de consumación:

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

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

G. Concurso con otros delitos

Respecto a un posible concurso Abanto (2019) cree que: “Con el cohecho activo podría haber concurso cuando el intermediario ejerciera efectivamente la influencia sobornando al funcionario público. Aquí se produce un concurso real (heterogéneo) entre “tráfico de influencias” y “cohecho activo”, pero solo por parte del traficante.

No así el interesado en las influencias quien desde nuestro parece se constituiría en un instigador del delito de tráfico de influencias.

H. Penalidad.

La pena privativa de la libertad de 4 a 6 años establecida en el código penal peruano, es decir este delito que es de peligro para la Administración Pública en el momento de aplicar la pena esta no podría ser suspendida.

2.2.6. Legislación Comparada del delito de Tráfico de influencias

Las fuentes jurídicas internacionales, se han venido orientado a la coordinación conjunta para una mejor gestión de la justicia en la lucha contra la corrupción, así la Convención Interamericana Contra la Corrupción (UNCAC) de 1996 en su artículo XI, primer párrafo, literal c, se describe como tráfico de influencias la siguiente conducta:

Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.

Sin embargo, la Convención Interamericana Contra la Corrupción (UNCAC) no impone su tipificación, ello debido a que,

En el transcurso de los trabajos preparatorios, el comité *ad hoc* para la negociación de la convención sí había apostado,

en el borrador de su primera sesión, por su criminalización obligatoria. No obstante, aunque la propuesta por Francia, México, Colombia, Turquía y Filipinas apoyaron esa solución, y, durante la primera lectura, otras delegaciones expresaron su preferencia por ella, en la sexta sesión se adoptó otra propuesta que consagraba su carácter no vinculante, presentada por Canadá, Francia e Italia. Los motivos que llevaron a la mayoría de las delegaciones a decantarse por ella fueron dos: la amplitud del objeto del delito, y el hecho de que los códigos penales de muchos países (por ejemplo, los Estados Unidos y Alemania) carecen de una figura semejante (Abanto, 2019, pp. 24-25).

Las fuentes legales extranjeras las podemos encontrar muy cercanas en el artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980, quien sería el primer país en América Latina en plantear dicho tipo penal, Y en las legislaciones penales a partir de 1990; España (1991), Portugal (1998), Argentina (1999), Chile (1999); además de Colombia que lo ha vuelto a reafirmar en su Código penal del 2000.

Así en Portugal, por ejemplo, se tiene una particular sistematización ya que el delito de tráfico de influencias está dentro de los crímenes contra el Estado de Derecho, que a diferencia de la legislación peruana que está ubicada dentro de los delitos contra la administración pública; esta connotación nos daría a entender un bien jurídico mucho más amplio, que nos llevaría entender la afectación a una comunidad política sostenida por principios democráticos.

En Argentina encontraríamos una fórmula legal mucho más correcta ya que su tipo penal, dota al delito de tráfico de influencias de mayores garantías dejando de lado ciertas ambigüedades presentes

en otras legislaciones como la nuestra; ya que agrega precisiones en cuanto a su finalidad, al modo en cómo debe realizarse tal promesa.

Así pues, en las diversas legislaciones encontramos:

a) En Argentina:

Se encuentra regulado dentro del art 256; será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por si o por persona interpuesta solicitare o recibiera dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario, a fin de que éste haga, retarde o deje hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asunto sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

b) En Brasil (Código penal de 1940)

Art 332 solicitar, exigir cobrar u obtener, para sí mismos u obtener, para sí mismos u otros, ventaja o promesa de ventaja,

con el pretexto de influir en un acto realizado por un funcionario en el ejercicio de su función Pena - prisión de 2 a 5 años y multa.

Párrafo único. La multa se incrementa a la mitad si un agente reclama o implica que la ventaja también está destinada al funcionario.

c) En Colombia (Código penal del 2000)

Tráfico de influencias de servidor público. El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo, de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público.

d) En España (Código Penal de 1973)

Art 404: El funcionario público autoridad que influyera en otro funcionario público o autoridad prevaleciendo del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.

e) En Francia.

Art 432, Se castiga con diez años de prisión y una multa de 1,000,000, cuyo monto se puede elevar al doble del producto del delito, realizado por una persona autorizada por la autoridad pública, responsable de una misión de servicio público, o invertido con un mandato público electivo, para solicitar o aprobar, sin derecho, en cualquier momento, directamente o cualquier ventaja para sí mismo o para otros.

d) En Uruguay

Art 158. Tráfico de influencias: El que, invocando influencias reales o simuladas, solicita, recibe por sí mismo o por otro, para sí o para otro, provecho económico, o acepta su promesa, con el fin de influir decisivamente sobre un funcionario público para retardar u omitir un acto de su cargo, o por ejecutar un acto contrario al mismo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.

e) En Italia:

Art. 346- *Millantato* (alardear) de crédito, Cualquier persona que tenga crédito con un funcionario público, o con un empleado público que brinde un servicio público, reciba o de promesa, para sí mismo o para otros, dinero o alta utilidad, como el precio de su

mediación al funcionario público o empleado, se castiga con prisión de uno a cinco años y una multa de € 309 a € 2,065.

Es importante visualizar cual es el tratamiento en la legislación comparada efectos de poder analizar cuál es la técnica legislativa, ya que este delito se ha desarrollado como un delito de peligro ante la Administración Pública, en ese sentido criminalizar cualquier conducta traería consigo una innumerable cifra de denuncias por conducta que no rebasan el riesgo permitido, tal como se verifica de Italia en donde el *millantato*, sanciona la fanfarronería, y esta concepción supondría una represión de la barrera punitiva que reprime conductas que son un modo de hablar y hasta comportarse individual de la persona.

CAPITULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En este capítulo se desarrolla la contrastación de la hipótesis. En cuanto a la presente investigación se formuló la siguiente pregunta ¿Cuáles son los fundamentos *iusfilosóficos* para determinar la invalidez material y la consecuente inaplicación de la disposición normativa contenida en artículo 400 del Código Penal Peruano?, siendo la hipótesis propuesta que los fundamentos *iusfilosóficos* para determinar la invalidez material y la consecuente inaplicación de la disposición normativa contenida en artículo 400 del Código Penal Peruano son la afectación al pensamiento garantista y a los principios que lo rigen, existe un adelantamiento de las barreras de punibilidad conforme a la teoría del delito, asimismo, conforme a la imputación objetiva esta modalidad escaparía al ámbito de protección de la norma jurídico penal.

Para contrastar la hipótesis señalada se analiza la validez material de la norma desde el punto de vista del neopositivismo garantista y los principios que fundamentan el derecho penal liberal, así también, se analiza la existencia de afectación al bien jurídico Administración Pública, la teoría del delito y la imputación objetiva a fin de determinar la transgresión al *iter criminis*, pues en ella se ha adelantado las barreras de punibilidad llegando al exceso de tipificar actos preparatorios de la comisión de delitos de corrupción de funcionarios como el cohecho.

3.1. INVALIDEZ MATERIAL DEL TRAFICO DE INFLUENCIAS

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

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

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

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

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

Designa una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido, el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre “ser” y “deber ser” del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo a los fines de la legitimación y deslegitimación ético-política del derecho y del Estado. (Ferrajoli, 2015, p. 853)

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

3.1.1. El tráfico de influencias y la inexistente afectación al bien jurídico Administración Pública.

A fin de entender o tratar de dar una definición de cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar con el delito de tráfico de influencias

debemos partir por desarrollar qué se entiende por bien jurídico, siendo ello, el profesor Roxin (1999) señala que “el bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable solo dañando los respectivos objetos individuales de la acción” (p. 63), en este entendido, se considera como “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” (p.56).

De esta manera, podremos señalar que no existe un concepto claro de bien jurídico, sin embargo, estableceremos que es el elemento primordial de interés personal y colectivo a fin de desarrollar la convivencia social, a la cual el Estado garantiza protección a través del ordenamiento jurídico en general, por su parte el Derecho Penal servirá como instrumento de protección frente a conductas que lesionen o pongan en riesgo grave a estos, constituyéndose el elemento central del mismo, pues como señala el maestro Ferrajoli (1995) el problema del bien jurídico no es otra cosa que el problema de los fines del Derecho penal, así pues, desde el punto de vista del garantismo penal, un direccionamiento del ordenamiento penal debe apuntar a una reducción de los bienes jurídicos tutelados penalmente, es decir a un reajuste de las prohibiciones legales como condición de legitimidad jurídica y política, ello en contraste con los principios de lesividad, pues no tiene razón de existir un Derecho penal que no lesione o al menos ponga en peligro bienes jurídicos. El bien jurídico

es el criterio central para determinar el merecimiento de pena que, para salvaguardar, de algún modo los derechos de las distintas partes intervinientes en un conflicto penal (Casell López, 2004).

A partir de ello, y conforme a la sistematización de la disposición normativa contenida en el artículo 400 del código penal peruano, veremos que el bien jurídico tutelado en el tráfico de influencias es de manera genérica la administración pública, entendida esta como el correcto buen funcionamiento de la administración pública, sin embargo, la discusión se centra en determinar cuál es el bien jurídico específico que se pretende tutelar con este delito, pues dentro de la administración pública ciertos delitos buscan proteger objetos específicos, así por ejemplo entre otros, en el peculado se busca proteger el patrimonio de la Administración Pública, la fe y confianza pública depositada en el Funcionario Público encargado de percibir, administrar o custodiar los bienes de la Administración Pública, la seguridad con que la Administración Pública quiere preservar los bienes públicos, en la concusión se protege la libertad del administrado y la legalidad del ejercicio funcional.

A. Posturas en contra de la existencia de un Bien Jurídico en el delito de tráfico de influencias.

Es necesario señalar que conforme a la doctrina penal no existe un consenso respecto al bien jurídico tutelado a través del tipo penal tráfico de influencias, pues como señala Abanto Vásquez

(2019) en la doctrina comparada, especialmente la española, son muy pocos los que admiten la existencia de un bien jurídico u “objeto de protección”; la mayoría sostiene que esto no sería detectable en este caso, que se trataría de actos preparatorios, motivo por el cual se duda de su necesidad de pena, entre autores que respaldan esta postura encontramos a Alberto Donna (2002), Manuel Abanto (2003), Francisco Muñoz (2017), Miguel Díaz y García Collendo (1997).

El fundamento de esta postura señala que el derecho penal, y por ende el merecimiento de pena, únicamente será necesario siempre y cuando se lesione o se ponga en grave peligro un bien jurídico, cuya relevancia en la sociedad haga necesario su protección por parte del ordenamiento jurídico, sin embargo, tal como señala la doctrina hispana, en el tráfico de influencias no existe un objeto jurídico determinado ni determinable que se haga merecedor de una concreta protección, puesto que con el delito de tráfico de influencias se pretende reprimir conductas ejecutivas que ya son sancionadas con otros tipos penales de corrupción de funcionarios, más aún si no existe una afectación concreta al correcto funcionamiento de la administración pública.

B. Posturas a favor de la existencia de un Bien Jurídico en el delito de tráfico de influencias.

Para otro sector de la doctrina en especial la nacional, autores como Fidel Rojas (2007), Ramiro Salinas (2016), Hurtado Pozo

(2016), señalan que el objeto concretamente protegido sería el prestigio y buen funcionamiento de la administración pública, entendida esta como la confianza que la administración pública requiere gozar de los administrados para realizar normalmente y con transparencia sus actividades, en beneficio del tratamiento igual de todos los que concurran a ella o estén sometidos a sus órganos (Hurtado, 2016, p. 620).

Sin embargo, debemos rechazar esta postura pues el prestigio de la administración pública no es un bien jurídico, sino simplemente una consecuencia en la perspectiva de los ciudadanos que como señalan Abanto Vásquez (2019), esto incluso puede ser medible objetivamente a través de encuestas realizadas a la población en cuanto al grado de aprobación de los ciudadanos respecto a la administración pública, así también, dicha postura es subjetiva pues existente parámetros a fin de determinar el prestigio de la administración, tales como, el cumplimiento de metas, el respeto de los plazos legales impuestos, el cumplimiento de las funciones previstas en los instrumentos de gestión establecidos en la administración.

3.2.1. El tráfico de influencias y la afectación a los principios que limitan el *ius puniendi* estatal

Tal como señalamos en el apartado anterior, las conductas reprochables que importan al derecho penal, no solamente son

aquellas que importan una vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico, sino también, aquellas que se ajustan al respeto de los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi* del estado, pues estos principios van a denotar la inexistente vulneración a los derechos fundamentales de los individuos, así pues, nuestra constitución y las normas supraconstitucionales han positivizado principios, dándoles la categoría de derechos y garantías, tanto materiales como procesales, dentro de ellos encontramos al principio de legalidad, proporcionalidad, lesividad, mínima intervención; los cuales no se ajustan en la creación ni ejecución del delito de tráfico de influencias.

A. Inexistente afectación al principio de lesividad en el tráfico de influencias.

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

Así pues, y como se ha indicado precedentemente, en el delito de tráfico de influencias no se denota un bien jurídico específico que sea merecedor de protección por parte del derecho penal, pues con la ejecución del delito señalado, no se pone en peligro ni mucho menos existe vulneración al correcto funcionamiento de la administración pública, debiendo desterrar la idea de que la protección está encaminada al prestigio de la administración

pública, ya que como se explicó el prestigio únicamente es una apreciación por parte de los administrados respecto del funcionamiento de la administración, siendo una consecuencia del desarrollo de la misma.

Así pues, la modalidad delictiva no posee entidad lesiva para el bien jurídico que se pretende proteger, al no configurarse las exigencias de antijuridicidad material, pues como señala Fidel Rojas Vargas (2007),

Ofrece algún nivel de debate llegar a un consenso sobre cuál sea el bien jurídico protegido mediante esta figura 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 del tráfico de influencias en el del 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 llega incluso a colisionar con la ubicación del tráfico de influencias dentro del capítulo de “los Delitos Cometidos por funcionarios públicos”. (p. 782)

B. Inexistente afectación al principio de proporcionalidad en el tráfico de influencias.

Conforme señala Villavicencio (2006) este principio también conocido como prohibición en exceso, consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el *ius puniendi* estatal, la sociedad y el

imputado, pues con este principio toda intervención gravosa a un bien jurídico tutelado, busca su correlato en cuanto a la lesión o puesta en peligro del mismo, pues recordemos que el merecimiento de pena tiene un correlato con la lesión generada, ello desde el punto de vista del fundamento filosófico – político del garantismo.

En nuestro ordenamiento se ha establecido que “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes” (artículo VIII del Título Preliminar, Código Penal). por lo que se considera que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el imputado, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado, siendo que de no existir este perjuicio no será relevante el merecimiento de una pena.

Desde este entendido, el merecimiento de pena debe ser proporcional al daño causado por el agente, en el presente caso del traficante de influencias al bien jurídico, en tal sentido, al no existir bien jurídico que se proteja en el tráfico de influencias no existiría proporcionalidad ni con la pena establecida como consecuencia de la comisión del delito, ni mucho menos con la pena concreta a imponer al imputado de este delito, más aún, si dentro de la sistematización del código penal el delito de tráfico de influencias se ha ubicado como un delito cometido por funcionario público.

C. Inexistente afectación al principio de mínima intervención en el tráfico de influencias.

El derecho penal debe intervenir cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, es decir, para mantener el orden democrático social establecido (artículo 43, Constitución Política). En un Estado democrático de derecho, el derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, o cuando las otras formas de control social no sean adecuadas o han fallado en su rol protector de bienes jurídicos.

Este principio conduce a la exigencia de utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de Derecho. Solo la extrema necesidad podría, bajo las circunstancias señaladas, volver legítimo un castigo violento en concreto y nunca el castigo en general. Siempre que podamos, claro está, demostrar esa necesidad. Este principio de la necesidad de intervención estatal es, pues, un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias. La ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder penal, sino que las leyes penales, dentro de un estado social y democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal (Villavicencio. 2006).

Siendo ello, no existe justificación alguna para la inclusión del delito de tráfico de influencia en el código penal peruano, pues el bien jurídico administración pública, entendido como el correcto funcionamiento de la administración, se encuentra protegido útilmente por otros tipos penales de corrupción de funcionarios, tales como, el cohecho en sus diferentes modalidades, concusión, la colusión; más aún, si como ha propuesto la doctrina hispana tráfico de influencias es subsumible como conducta de ejecución imperfecta del delito de cohecho.

Por otro lado, es importante resaltar que la doctrina penal distingue dos ámbitos en la relación entre funcionario y la administración pública, siendo el ámbito externo aquella que dota de relevancia penal, ámbito donde el funcionario entra en relación con los administrados realizando acciones funcionariales institucionales que la constitución atribuye a la administración pública, hecho por el cual, se afecta el principio de mínima intervención pues como se ha señalado la sistematización no es acorde ya que el delito puede ser cometido por un tercero indeterminado, y de ser el caso de encontrarnos dentro de la agravante, esto es cuando el traficante es un funcionario público este tiene que ser ajeno a las funciones que se pretenderían comprar.

3.2. ADELANTAMIENTO DE LAS BARRERAS DE PUNIBILIDAD CONFORME A LA TEORIA DE DELITO

Conforme se señaló en el marco teórico, dentro de la teoría del delito no solamente se centra en establecer que una conducta es constitutiva de delito cuando nos encontramos frente a una acción, típica, antijurídica, culpable y punible, sino que también se tiene que desarrollar las etapas constitutivas de este, esto es, el camino que sigue determinado sujeto para poder ver realizado el hecho punible. Siendo ello, en el desarrollo delictivo nos encontramos frente a diversas fases que generan un reproche penal, siendo sancionables conforme al desarrollo logrado.

Respecto a estas fases tenemos, una fase interna y una fase externa de realización, es así, que este camino del delito comprenderá en la fase interna lo referido a una ideación, deliberación, resolución y actos preparatorios de la conducta delictiva - fase interna que conforme a la doctrina no es sancionable penalmente-, la cual será materializada en una fase externa, comenzando por actos ejecutivos, la consumación del delito y el agotamiento del mismo -es la fase externa aquella que genera reprochabilidad penal-.

Así pues, al analizar la ejecución del delito de tráfico de influencias, y conforme se ha explicado en el acápite anterior, se denota que la estructura típica del delito se encuentra inmersa como modalidad de ejecución imperfecta del delito de cohecho, siendo que, al realizar el análisis dogmático del tipo penal contenido en el artículo 400 del Código Penal Peruano, el reproche en el primer supuesto regulado en el tráfico de influencias,

únicamente se da entre particulares, donde el traficante oferta sus influencias (reales o simuladas) a fin de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, por lo que, en un primer momento no existiría afectación alguna al bien jurídico administración pública, más aún si nos encontramos en el momento de actos preparatorios respecto a que un funcionario o servidor público realice un acto en violación u omisión de sus obligaciones, o que realice un acto propio de ellos, lo que constituiría afectación a la administración pública encuadrable en el delito de cohecho, corrupción de funcionarios por antonomasia.

Así pues, recordemos que el tráfico de influencias no protege al patrimonio del comprador de las influencias, ya que sistemáticamente este delito se encuentra dentro de los delitos contra la administración pública, específicamente dentro título de delitos cometidos por funcionarios públicos, la mismas que como se ha señalado debe ser entendida como el correcto funcionamiento de la administración.

De igual manera, si nos encontramos frente a la modalidad agravada del tráfico de influencias, en el cual el traficante tiene la calidad de funcionario o servidor público, debemos resaltar que también nos encontramos frente a actos preparatorios de corrupción, pues el funcionario o servidor público traficante intercederá ante otro funcionario (destinatario de la influencia) o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, pues de ser el caso de que la compraventa

sean con el propio funcionario público nos encontraremos indefectiblemente ante un delito consumado de cohecho.

En este sentido, pues lo que se ha tipificado en la disposición normativa del artículo 400 del Código Penal, no es otra cosa que actos preparatorios de corrupción de funcionarios, más aún si, del propio análisis se desprende que el legislador tan solo ha descrito la conducta punible del vendedor de las influencias, pero nada ha dicho respecto de la contribución del vendedor.

3.3. LA PROTECCIÓN DEL COMPRADOR DE INFLUENCIAS ESCAPA AL AMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA JURIDICO PENAL.

Conforme se ha señalado precedentemente el delito de tráfico de influencias no genera una afectación al bien jurídico administración pública, por ello es que doctrinarios como Alberto Donna (2002), Manuel Abanto (2003), Francisco Muñoz (2017), Miguel Diaz y García Collendo (1997), dudan por la necesidad de pena, sin embargo, existen propuestas que indican que nos encontramos frente a un «delito de encuentro» o «delito de intervención necesaria» respecto al comprador de las influencias, pues, la configuración del comportamiento típico exige no solo conductas del sujeto activo, sino también de un tercero interviniente, quienes las despliegan desde posiciones distintas y de manera complementaria.

Sin perjuicio de lo indicado en el punto precedente en cuanto a que el legislador en el tráfico de influencias solo ha descrito la conducta punible del vendedor de las influencias, pero nada ha dicho respecto de la contribución

del vendedor, resalta la pregunta si el comprador de dichas influencias (reales o simuladas) resulta afectado o no, pues el momento de la compraventa de la influencia entre particulares todavía no se ha producido un pacto injusto respecto del funcionario.

Entonces, para autores como los antes mencionados el desprendimiento patrimonial generado como consecuencia de la compraventa de influencias generaría una lesión en el patrimonio del comprador, por lo que si este desprendimiento se generó como consecuencia de la inducción a error por parte del traficante, quien manifiesta tener las influencias para interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, sin que efectiva se interceda (aun teniendo influencias reales) ante este, nos encontraríamos frente al delito de estafa.

A partir de ello, diríamos pues, que el tráfico de influencia es un «delito de encuentro» pues la configuración del comportamiento típico exige que el sujeto activo ofrezca su intercesión ante funcionario o servidor público, a cambio de la entrega o promesa de beneficio o ventaja por parte del interesado en la influencia. El traficante persigue la ventaja o beneficio, mientras que el interesado pretende la influencia.

No obstante, debemos recordar que el tráfico de influencias no protege al patrimonio del comprador de las influencias, ya que sistemáticamente este delito se encuentra dentro de los delitos contra la administración pública, la mismas que como se ha señalado debe ser entendida como el correcto

funcionamiento de esta, es claro que no es sostenible que el interesado sea víctima del delito de estafa.

Aún encontrarnos en el supuesto señalado de que la finalidad de ofertar las influencias únicamente se deba a generar una ganancia patrimonial para el ofertante, en desmedro del patrimonio del comprador de las influencias quien ha sido inducido a error, esta conducta no sería sancionable penalmente, pues la vertiente de la imputación objetiva del resultado, específicamente la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida, esta escaparía a este ámbito de protección de la norma jurídica penal por la que fue creada. Pues según el ámbito de protección de la norma jurídico penal, se debe tener en cuenta al momento de calificar una conducta como delito e imponer la respectiva sanción, si la conducta cometida por el imputado coincide con aquella que el legislador pretendía sancionar al momento de promulgar la ley.

3.4. ANALISIS COMPARATIVO DEL DELITO TRÁFICO DE INFLUENCIAS PERUANO CON LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

Del estudio realizado a la legislación comparadas podemos señalar que, conforme a lo detallado en el marco teórico (Capítulo II) en el acápite 2.2.6. concerniente a la legislación comparada, se ha evidenciado que el antecedente legislativo del delito de tráfico de influencias peruano lo encontramos en el código penal colombiano de 1980, sin embargo, la inclusión de esta modalidad delictiva en nuestro código penal de 1924 no tuvo una exposición de motivos clara que justifique la inclusión de este como delito autónomo.

Asimismo, debemos resaltar que la autonomía de este delito en cuanto a la legislación comparada no es unánime, pues, respecto de la estructura típica del delito de tráfico de influencias, se ha llegado a denotar que incluso la Convención Interamericana Contra la Corrupción (UNCAC) no impone obligatoriamente su tipificación a los países miembros como mecanismo de lucha contra la corrupción, y ello debido a la amplitud y ambigüedad de la estructura típica que se ha denotado en los diversos códigos que se han inclinado por tipificar este delito, muestra de ello, Código Penal Italiano, El código penal Colombiano, El código penal Argentino.

Así pues, respecto al Código penal italiano en el cual se regula el *Millantato* de crédito es de denotar que lo que se castiga es el alarde de crédito que cualquier persona pueda tener respecto a un funcionario o empleado público, estructura típica que es diferente a la redacción de la disposición normativa del artículo 400 del Código Penal Peruano.

Por su parte el delito de tráfico de influencias regulado en el artículo 256 del Código Penal Argentino es disímil a lo prescrito en el 400 del Código Penal Peruano, pudiendo incluso encuadrar dicha conducta en el delito de patrocinio ilegal que se encuentra regulado en el artículo 385 del catálogo penal peruano.

De igual manera cabe denotar que en Portugal se tiene una particular sistematización ya que el delito de tráfico de influencias está dentro de los crímenes contra el Estado de Derecho, que a diferencia de la legislación peruana que está ubicada dentro de los delitos contra la administración

pública; esta connotación nos daría a entender un bien jurídico mucho más amplio, que nos llevaría entender la afectación a una comunidad política sostenida por principios democráticos.

Por otro lado, es manifiesto que países comprometidos indefectiblemente en la lucha anticorrupción como Estados Unidos y Alemania (sobre todo en este último cuyo desarrollo en la dogmática penal es base fundamental de nuestro ordenamiento) no han incluido en su catálogo penal el delito de tráfico de influencias o en su defecto figura semejante a esta, por su parte la legislación Suiza ha hecho pública su consideración de incluir en su catálogo penal la figura del tráfico de influencias según a la definición dada por la Convención Interamericana Contra la Corrupción (UNCAC), sin embargo, a la fecha dicha inclusión no ha sido materializada.

De esto podemos concluir que la incorporación del delito de tráfico de influencias en el código penal peruano no obedece a obligaciones convencionales debido a la ambigüedad y asistematización del mismo, no encontrando sustento alguno por parte de los lineamientos internacionales en la lucha contra la corrupción, lineamientos que han dado prioridad en delitos como la corrupción privada.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

En el presente capítulo se plantea una propuesta de *lege ferenda*, la misma que se fundamenta, en el análisis del delito de tráfico de influencias contenido en la disposición normativa del artículo 400 del código penal peruano, análisis crítico del que se realizó en atención a las bases teóricas indicadas en el marco teórico de la investigación, así también, la *lege ferenda* que deriva del análisis crítico propuesto en la contratación de la hipótesis.

En atención a ello, debemos resaltar que la Convención Interamericana Contra la Corrupción (UNCAC) en la sexta edición adoptó la propuesta que consagraba el carácter no vinculante respecto a la tipificación del delito de tráfico de influencias, ello debido a la gran problemática que se presenta respecto a la ambigüedad en la estructura típica de la disposición normativa, aunado a ello, los problemas que se generan frente al análisis de los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi* estatal.

En este sentido, habiendo demostrado en la contrastación de la hipótesis que la disposición normativa contenida en el artículo 400 del Código Penal Peruano adolece de invalidez material, debido a que afecta el pensamiento garantista y a los principios que lo rigen, que su estructura típica se presenta como un desmedido adelantamiento de las barreras de punibilidad, y, que además no es factible tratar de dar una protección a la persona compradora de las influencias quienes sufran de un desprendimiento patrimonial, pues, conforme a las reglas de la imputación objetiva, dicha conducta escapa del ámbito de protección de la norma jurídico penal.

Siendo ello, es necesario brindar la siguiente propuesta de *lege ferenda*:

4.1. Propuesta de *lege ferenda* derivada del análisis del de disposición normativa que regula el delito de tráfico de influencias.

Conforme al análisis desarrollado en la investigación referente al delito de tráfico de influencias, proponemos la derogación total por las siguientes razones:

- A.** El delito de tráfico de influencias regulado en la disposición normativa del artículo 400 del código penal peruano, pues, este delito no tutela bien jurídico alguno, descartando la idea de que el bien jurídico protegido con este delito es el buen prestigio de la administración pública, toda vez que el buen prestigio de la administración en una consecuencia necesaria del correcto funcionamiento de esta, no debiendo ser considerado como bien jurídico específico.
- B.** La tipificación del delito de tráfico de influencias atenta con los principios sobre los que se cimienta el derecho penal, tales como, el principio de lesividad, proporcionalidad, mínima intervención.
- C.** Debido a la sistematización del delito de tráfico de Influencias, lo que el legislador pretende proteger, es la administración pública entendida como el correcto funcionamiento de esta, no protegiendo el patrimonio del comprador de las influencias, conducta esta que aún en el hecho de poder encontrarse en un delito de encuentro con la estafa, esto escapa

de la esfera de protección de la norma jurídico penal, en debida aplicación de las reglas de la imputación objetiva.

D. En la ejecución del delito de tráfico de influencias en caso de existir una puesta en peligro concreta del bien jurídico administración pública, esta puede ser concebida como una forma imperfecta de ejecución (tentativa) del delito de cohecho, resultando innecesario tipificar y sancionar conductas preparatorias.

4.2. Exposición de motivos sobre la derogación del artículo 400 del Código Penal.

Se justifica la derogación por la siguiente razón: a la redacción vigente de la disposición normativa contenida en el artículo 400 del C.P., se la puede cuestionar debido a que no se demuestra de qué manera se puede lesionar o poner en peligro el bien jurídico administración pública entendida de manera general como el correcto funcionamiento, asimismo, no existe consenso en determinar cuál es el bien jurídico específico que se tutela.

Con la derogación se protege la sistematicidad del Código Penal pues la disposición normativa contenida en el artículo 400 del C.P. se ubica dentro del Capítulo II – delitos cometidos por funcionarios públicos - del Título XVIII – delitos contra la administración pública – del Código Penal, puesto que como se ha señalado en la presente investigación dicho delito no puede ser cometido por un funcionario público, ya que de ser así nos encontraríamos frente al delito de Cohecho.

4.3. Cuadro resumen

Código Penal

| Texto vigente | Texto modificado |
|--|----------------------------------|
| <p>Artículo 400.- El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.</p> <p>Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."</p> | <p>Artículo 400.- "Derogado"</p> |

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

1. Se logró demostrar que con el delito de tráfico de influencias conforme a su estructura típica adolece de invalidez material, en cuanto entra en conflicto con los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi* estatal, específicamente el principio de legalidad, mínima intervención, lesividad y proporcionalidad, los mismos que sirven de directrices al momento de crear las conductas delictivas, asimismo, estos principios fundan el derecho penal liberal y pensamiento garantista.
2. Al realizar el análisis dogmático del tipo penal descrito en la disposición normativa del artículo 400 del C.P., se logró demostrar que con el delito de tráfico de influencias no se lesiona, ni pone en peligro del bien jurídico administración pública, toda vez que no se afecta el correcto funcionamiento de esta, aunado a ello, no se puede apreciar de manera objetiva cual es el bien jurídico específico que se lesionaría.
3. Se demostró que la conducta típica del delito de tráfico de influencias adelanta las barreras de punibilidad, puesto que, para que exista afectación concreta del bien jurídico administración pública, esta conducta ya se encuadraría dentro de los actos ejecutivos del delito de cohecho.

4. La convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC) no impone como obligación vinculante la tipificación del delito de tráfico de influencias, hecho resaltante por el cual diversas legislaciones no regulan dicho delito, siendo las más resaltantes Alemania, Estados Unidos, Suiza, Canadá, Francia, y, de aquellas legislaciones que se han decantado por regular dicho delito se aprecia que no existe unanimidad en la tipificación de la conducta, lo que genera ambigüedad en cuanto a su regulación.

5. Se demostró que el delito de tráfico de influencias no puede proteger al patrimonio del comprador de las influencias, ello en el sentido que la sistematización del artículo 400 del C.P. se encuentra inmersa dentro del acápite correspondiente a delitos contra la administración pública, y en el supuesto de que se trate de brindar protección al patrimonio del comprador, esto escapa al ámbito de protección de la norma jurídico penal, ya que no se podría proteger conducta que se encuentren inmersas en actos de corrupción.

6. Con la derogación de la disposición normativa que regula el delito de tráfico de influencias se evitaría las discusiones que giran en torno a la protección del bien jurídico específico, asimismo, se evitaría los cuestionamientos respecto a la afectación de los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi* del Estado, reafirmando con ello el pensamiento del derecho penal liberal y el pensamiento garantista.

5.2. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los investigadores que, siguiendo los fundamentos esbozados en la presente investigación, se desarrolle un estudio referente a la aplicación del tráfico de influencia, en los casos concretos a nivel de investigación, así como, en los distintos órganos jurisdiccionales anticorrupción.
2. Se recomienda a los investigadores que, siguiendo los lineamientos de la presente investigación, se aborden estudios en distintos tipos penales, en los cuales se sancionan actos preparatorios de diversos delitos, que pueden quebrantar los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi* estatal.
3. Se recomienda a los órganos persecutores del delito, tener en cuenta los lineamientos esbozados en la presente investigación, en cuanto al análisis del delito de tráfico de influencias en la casuística concreta.
4. Se recomienda al legislador tener presente los alcances de la investigación a efectos de proteger adecuadamente el bien jurídico administración pública, en respeto de los principios que limitan y legitiman el *ius puniendi* estatal.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra Editores S.R.L.
- Binder, A. M. (2004). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bramont - Arias Torres, L. M. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (3° ed.). Lima: Eddili.
- Casell López, Magaly (2004). “*Nueva Dogmática y Política Criminal en Perspectiva comparada*”, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Tomo 39, Fascículo I.
- De La Cuesta Aguado, P. M. (1996). *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Madrid: Colex.
- Díaz y García Conlledo, Miguel (1997). *El delito de tráfico de influencias*, en Delitos Contra la Administración Pública. Bilbao: instituto Vasco de Administración Pública.
- Donna, Alberto (2002). *Delitos Contra la Administración Pública*. Buenos Aires.
- Donnini, M. (2011). Principios Constitucionales y Sistema Penal. Modelo y Programa. En Y. Montoya , *Criticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho Penal* (págs. 37 - 58). Lima : Palestra Editores SAC.
- Dworkin, R. (1980). *La filosofía del Derecho*. Londres: Fondo de Cultura económica - México.

- Echandía, A. R. (1989). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta S.A.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris teoría del derecho y la democracia. tomo I teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Ferrajoli, L. (2016). *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. Nápoles: Editorial Trotta S.A.
- Frisancho Aparicio, M., y, Peña Cabrera , R. (2002). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Fecat.
- García Amado, Juan Antonio. Validez, vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas. recuperado el 20 de febrero de 2022 de: Validez, vigencia y aplicabilidad de las normas jurídicas - Sílex Centro de Formación (silex.es)
- García Caveró, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Juristas Editores.
- García Máynez, E. (1993). *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Editorial Fontamara S.A.
- García-Pablos de Molina, A. (2000). *Derecho Penal. Introducción*. Madrid: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

- Gimbernat Ordeig, E. (1981). *Estudios de Derecho Penal* (2da ed. ampliada ed.). Madrid: Civitas.
- Gómez Benítez, J. M. (1987). *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Hart, H. (1958). El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral. *Harvard Law Review*(71).
- Hart, H. L. (1961). *El concepto de derecho*. Oxford: AbeledoPerrot S.A.
- Hassemer, Winfried (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Hoerster, N. (1992). *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, España: Gedisa.
- Hurtado Pozo, José (2016). *El sistema de control penal. Derecho Penal Parte General y especial, política criminal y sanciones penales*. Lima, Instituto pacífico.
- Hugo Álvarez, J. B., & Huarcaya Ramos, B. S. (2018). *Delitos Contra la Administración Pública Análisis Dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. (J. C. Faira, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Editorial B de f.
- Muñoz Conde, F. y. (2000). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Tirant .
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant to Blanch.

Páucar Chappa, M. E. (2016). *El Delito de Organización Criminal*. Lima: ADEE S.A.C.

Pérez Luño, A. E. (2005). *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*. Lima, Perú: Palestra.

Quintero Oliva, G. (2000). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Navarra: Aranzadi.

Recurso de Nulidad N.º 4097-2008-Santa (Corte Suprema de Justicia 28 de enero de 2010).

Recurso de Nulidad N.º 4218-2009-Piura (Corte Suprema de Justicia 20 de abril de 2010).

Revelles Carrasco, M. (s.f.). *Constitución y Derecho Penal*. Recuperado el 14 de diciembre de 2018, de introducción al Derecho Penal:
https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1420/mod_resource/content/1/Constitucion_y_Derecho_penal.pdf

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L.

Roxin, C. (1992). *Política Criminal y Estructura del Delito (elementos del delito en base a la política criminal)*. Barcelona: PPU. S.A.

Roxin, C. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. (2 da. ed., Vol. T. I). (D. M. Luzón Peña, Trad.) Madrid: Civitas.

Roxin, C. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (Quinta ed., Vol. I). Madrid, España: Civitas.

Salinas Siccha, Ramiro (2016). *Delitos Contra la Administración Pública*. 4ta ed., Lima: Grijley.

Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 0010-2002-AI/TC

Tello Villanueva, J. C. (2016). *Siete ensayos de derecho penal especial*. Lima.

Tello Villanueva, J. C. (2019). *Naturaleza jurídica de la "constancia expresa de falta de abono" y del "requerimiento de pago" en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondo*. Cajamarca, Perú: Repositorio Posgrado UNC.

Velásquez Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis.

Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1989). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar

Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (quinta ed., Vol. I). Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.