

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR  
ORREGO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO**



**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL  
DE ABOGADA**

---

**“EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADO Y LA LESIÓN AL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD DE LA PENA”**

---

**Área de Investigación:**

Derecho Sustantivo Penal

**Autora:**

Br. Amaya Castillo, María Alejandra.

**Jurado Evaluador:**

**Presidente:** Ortecho Aguirre, Roció.

**Secretario:** Rincón Martínez, Angela María.

**Vocal:** Albornozo Verde, Miguel.

**Asesor:**

Cruz Vegas, Guillermo Alexander.

**Código Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

**PIURA – PERÚ**

**2023**

**Fecha de sustentación:** 23 de noviembre del 2023

## “EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADO Y LA LESIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

### INFORME DE ORIGINALIDAD

<b>3%</b>	<b>3%</b>	<b>0%</b>	<b>0%</b>
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

### FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>repositorio.upao.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>2</b>	<b>dokumen.pub</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>3</b>	<b>cybertesis.unmsm.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>4</b>	<b>qdoc.tips</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>5</b>	<b>idoc.pub</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>6</b>	<b>repositorio.unasam.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>7</b>	<b>derecho.usmp.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>8</b>	<b>repositorio.unjfsc.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>9</b>	<b>www.repositorioacademico.usmp.edu.pe</b> Fuente de Internet	

		<1 %
10	<a href="https://dspace.unitru.edu.pe">dspace.unitru.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
11	<a href="https://repositorio.pucp.edu.pe">repositorio.pucp.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
12	<a href="https://www.scribd.com">www.scribd.com</a> Fuente de Internet	<1 %
13	<a href="https://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Fuente de Internet	<1 %
14	<a href="https://repositorio.unp.edu.pe">repositorio.unp.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %
15	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 32 (2016)", Brill, 2018 Publicación	<1 %
16	<a href="https://archive.org">archive.org</a> Fuente de Internet	<1 %
17	<a href="https://repositorio.upt.edu.pe">repositorio.upt.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1 %

Excluir citas      Activo

Excluir coincidencias      Apagado

Excluir bibliografía      Activo

### **Declaración de Originalidad**

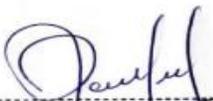
*Yo, Guillermo Alexander Cruz Vegas, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada “El tráfico de influencias simulado y la lesión al principio de proporcionalidad de la pena”, autora: María Alejandra Amaya Castillo, dejo constancia de lo siguiente:*

- *El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 03 %. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 12 de diciembre de 2023.*
- *He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.*
- *Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.*

*Piura, 12 de diciembre de 2023*

Guillermo Alexander Cruz Vegas  
DNI: 434146579  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>  
ID: 000008295

María Alejandra Amaya Castillo  
DNI: 72950018



Guillermo A. Cruz Vegas



## DEDICATORIA

Mi tesis se la dedico a mis padres Jaime y Milagros, quienes han sido mi soporte en este largo camino de estudio, quienes me brindaron la oportunidad de poder llevar una carrera y que confiaron y siguen confiando plenamente en mi futuro.

A mis abuelos, quienes siempre estuvieron presentes con sus preguntas y consejos constantes en mi camino universitario, deseándome siempre lo mejor y dándome fuerzas para seguir adelante.

A mis compañeros presentes y pasados, de quienes siempre tuve algo que aprender y por hacerme más amena la vida universitaria.

## **AGRADECIMIENTO**

Le agradezco a Dios, por brindarme salud y la capacidad para poder culminar mis estudios, a mi pequeña y gran familia por siempre celebrar mis logros por más pequeños que sean, brindarme su paciencia y depositar en mí su confianza en cada paso dado, agradezco a mi compañera de universidad, Katherin por siempre estar a mi lado para superación mutua y por las risas compartidas hasta el día de hoy.

Por último, pero no menos importante, me doy gracias a Mí, por saber aprovechar todas las oportunidades brindadas y trazarme metas, de las cuales esta es una que he cumplido.

## PRESENTACIÓN

### Señores Miembros del Jurado:

En estricta obediencia con lo que prescriben las normas internas de la universidad, así como la reglamentación referida a los trabajos de investigación: tesis, es que pongo a su consideración la investigación bajo el título: **“EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADO Y LA LESIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA”**, para con ello poder obtener el título profesional de abogada por esta prestigiosa casa superior de estudios.

Con la investigación se ha hecho un análisis del tipo penal especialmente en su modalidad de influencias simuladas para que en relación al principio de proporcionalidad se examine un aspecto poco tratado por la doctrina a pesar de su visibilidad. Se ha logrado, con los métodos empleados comprobar que son dos modalidades con distinta dañosidad que debieran tener penas distintas en función al principio ya aludido.

La temática es controvertida y además puede originar diversas posiciones, por lo que esperamos la apertura al debate y el gran criterio que los caracteriza como jurados.

## RESUMEN

Los tipos penales deben ser elaborados por los legisladores con total observancia de todos los principios, pues ahí donde se olvida o se inobserva alguno de ellos, su aplicación puede ser cuestionada desde el punto de vista Constitucional, pues no olvidemos que en un Estado Constitucional de Derecho la actividad del legislador debe estar ordenada y regida por la Constitución y el respeto de los principios orientadores y los derechos fundamentales, en este contexto se desarrolló la tesis intitulada: **“EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS SIMULADO Y LA LESIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA”**.

Contextualizado el tema es que se tomó el principio constitucional de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad referido a la pena en cuanto al delito de tráfico de influencias simuladas, para ello se formuló la siguiente pregunta de investigación o enunciado del problema: “¿De qué manera la regulación del delito de “tráfico de influencias simulado” vulnera el principio de proporcionalidad de la pena? Y se tuvo como objetivo general para alcanzar en la tesis académica el siguiente: “Determinar de qué manera la regulación del delito de “tráfico de influencias simulado” vulnera el principio de proporcionalidad de la pena

En función de la problemática planteada se hizo uso de los principales métodos como el hermenéutico, el doctrinario o el comparativo con el cual se puedo comprobar la hipótesis planteada, así como arribas a las conclusiones. Se hizo, pues una investigación básica, explicativa y propositiva ya que se propuso una reforma legal del tipo penal analizado en la investigación.

**Palabras clave:** delito, función pública, proporcionalidad, tráfico de influencias.

## ABSTRACT

The criminal types must be elaborated by the legislators with full observance of all the principles, because where any of them is forgotten or not observed, their application can be questioned from the Constitutional point of view, because let us not forget that in a Constitutional State of Law, the activity of the legislator must be ordered and governed by the Constitution and respect for the guiding principles and fundamental rights, in this context the thesis entitled: "THE SIMULATED INFLUENCE TRAFFICKING AND THE INJURY TO THE PRINCIPLE OF PROPORTIONAL PENALTY" was developed. ”.

Contextualized the subject is that the constitutional principle of proportionality was taken to evaluate the constitutionality referred to the penalty in relation to the crime of simulated influence peddling, for this the following research question or statement of the problem was formulated: "How does the Regulation of the crime of "simulated influence peddling" violates the principle of proportionality of the penalty? And the general objective was to achieve the following in the academic thesis: "Determine how the regulation of the crime of" simulated influence peddling "violates the principle of proportionality of the penalty

Depending on the problem raised, use was made of the main methods such as the hermeneutic, the doctrinaire or the comparative with which the proposed hypothesis can be verified, as well as conclusions reached. A basic, explanatory and purposeful investigation was carried out, since a legal reform of the criminal offense analyzed in the investigation was proposed.

**Keywords:** crime, public function, proportionality, influence peddling

## **INDICE**

<b><i>DEDICATORIA</i></b>	<b><i>i</i></b>
<b><i>AGRADECIMIENTO</i></b>	<b><i>ii</i></b>
<b><i>PRESENTACIÓN</i></b>	<b><i>iii</i></b>
<b><i>RESUMEN</i></b>	<b><i>iv</i></b>
<b><i>ABSTRACT</i></b>	<b><i>v</i></b>
<b><i>CAPÍTULO I</i></b>	<b><i>1</i></b>
<b><i>EL PROBLEMA</i></b>	<b><i>1</i></b>
1. 1	
2. 3	
3. 3	
4. OBJETIVOS:	<b>3</b>
4.1. Objetivo general:	<b>3</b>
4.2. Objetivos específicos:	<b>3</b>
5. VARIABLES:	<b>4</b>
5.1. Variable Independiente:	<b>4</b>
5.2. Variable dependiente:	<b>4</b>
<b><i>CAPÍTULO II</i></b>	<b><i>5</i></b>
<b><i>MARCO TEÓRICO</i></b>	<b><i>5</i></b>
Sub Capítulo I	<b>5</b>
El derecho Penal: fundamento y fin	<b>5</b>
1. El Derecho Penal como Instrumento de control social	<b>5</b>
2. Función del Derecho Penal	<b>8</b>
2.1. Definición de Derecho Penal:	<b>8</b>
2.2. El Derecho Penal y la Protección de bienes Jurídicos:	<b>9</b>

<b>3. Las Penas:</b>	<b>11</b>
<b>3.1. Definición</b>	<b>11</b>
<b>3.2. Fines de la Pena:</b>	<b>12</b>
<b>3.2.1. Teorías Absolutas</b>	<b>13</b>
<b>3.2.2. Teorías Relativas</b>	<b>16</b>
<b>3.2.2.1 Prevención general</b>	<b>16</b>
<b>3.2.2.2. Prevención especial:</b>	<b>18</b>
<b>3.2.3. Teorías Mixtas</b>	<b>20</b>
<b>Sub Capítulo II</b>	<b>21</b>
<b>Delitos contra la administración pública</b>	<b>21</b>
<b>1. El concepto administración pública:</b>	<b>21</b>
<b>2. El bien jurídico “general” administración pública”.</b>	<b>22</b>
<b>3. El funcionario y servidor público:</b>	<b>23</b>
<b>4. El concepto funcionario público desde el ámbito penal:</b>	<b>24</b>
<b>5. Intervención delictiva en los delitos contra la administración pública</b>	<b>25</b>
<b>6. La prescripción en los delitos contra la administración pública:</b>	<b>27</b>
<b>7. Prohibición de pena suspendida en varios delitos contra la administración pública.</b>	<b>29</b>
<b>Sub Capítulo III</b>	<b>33</b>
<b>Los delitos de infracción de deber: especial referencia a los delitos contra la administración Pública</b>	<b>33</b>
<b>1. Los Delitos de Dominio</b>	<b>33</b>
<b>1.1. Definición</b>	<b>33</b>
<b>1.2. La teoría de dominio del hecho</b>	<b>33</b>
<b>1.3. La autoría en los delitos de dominio</b>	<b>34</b>
<b>1.4. La 366</b>	
<b>2. La 377</b>	
<b>2.3. Las instituciones positivas</b>	<b>4</b>

2.4. La intervención delictiva en los delitos de infracción de deber	41
2.5. La teoría de la unidad del título de la imputación	41
2.6. La teoría de la ruptura del título de la imputación	42
3. Diferencias entre los delitos de dominio y los delitos de 433	
<b>Sub Capítulo III</b>	<b>44</b>
<b>Análisis del Tipo penal de Tráfico de influencias</b>	<b>44</b>
1. Denominación:	44
2. Antecedentes:	45
3. Análisis de tipicidad objetiva:	47
3.1. Comportamiento típico:	78
3.2. Elementos de la tipicidad objetiva:	50
3.2.1. Sujetos del delito	50
3.2.1.1. Sujeto activo	50
3.2.1.2. Sujeto pasivo	51
3.2.1.3. El tercero interesado	52
3.2.2. Invocar o tener influencias reales	52
3.2.3. Invocar o tener influencias simuladas	53
3.2.4. Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero	54
3.2.5. Donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio	56
3.2.6. Ofrecimiento de interceder ante funcionario 576	
3.2.7. Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo haya conocido un caso Judicial o administrativo	57
3.3. Tipicidad subjetiva	58
3.4. Sanción penal	59
<b>Sub Capítulo V</b>	<b>59</b>
<b>El principio de proporcionalidad penal</b>	<b>59</b>
1. Definición	59

2. Alcances del principio de proporcionalidad de la pena: relación con los fines de la pena	60
3. 633	
<b><i>CAPÍTULO III</i></b>	<b>66</b>
<b><i>MARCO METODOLÓGICO</i></b>	<b>66</b>
1. MATERIAL	66
2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	66
2.1. Métodos Lógicos	66
2.2. Métodos Jurídicos	67
3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:	67
3.1. Fichaje	67
3.2. Análisis de Contenido	68
<b><i>CAPÍTULO IV</i></b>	<b>69</b>
<b><i>RESULTADO Y DISCUSIÓN</i></b>	<b>69</b>
<b><i>CAPÍTULO V</i></b>	<b>77</b>
<b><i>CONCLUSIONES</i></b>	<b>77</b>
<b><i>CAPÍTULO VI</i></b>	<b>79</b>
<b><i>RECOMENDACIÓN</i></b>	<b>79</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>80</b>

# **CAPÍTULO I**

## **EL PROBLEMA**

### **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**

El legislador tiene la obligación de diseñar los tipos penales bajo la estricta observancia de los principios básicos y fundamentadores del derecho penal sustantivo, principios que no solo tienen respaldo legal sino sobre todo son abarcados en el texto constitucional y en el derecho convencional. Así pues, cuando se configura un tipo penal, el principio de legalidad, el de lesividad, el de culpabilidad o el de responsabilidad penal, deben respetarse debido a que el poder punitivo del Estado no puede ser ejercido de forma ilimitada sino debe encontrar límites formales (procesales) pero sobre todo materiales (sustantivos), estos últimos recogidos en el título preliminar del Código Penal. Si un tipo penal es contrario a alguno de los principios sustanciales del derecho penal, el Estado no puede intervenir sancionando la conducta, pues hacerlo implica una abierta contradicción al Estado Constitucional de Derecho.

Los principios antes señalados generalmente se aplican a los tipos penales, pero también inciden en el señalamiento de la pena que el legislador decida que debe adscribirse al delito, esto es, los principios de legalidad, lesividad y hasta el de culpabilidad se deben tomar en cuenta para la regulación de la pena abstracta. Sin embargo, aunado a estos existe un principio que es básico en la medición de la pena tanto a nivel estricto como a nivel concreto, este principio es el de proporcionalidad, regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, por el cual "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho", ello quiere decir que tanto el legislador como el juez deben tener en cuenta la estricta relación de correspondencia exacta que debe existir entre el hecho delictivo que se comete y la sanción penal que se establece o se aplica, según sea el caso.

Como ya se ha dicho, la proporcionalidad en el derecho penal, está referido a la pena, es por ello que se debe enfocar en dos aspectos, el primero es la proporcionalidad abstracta por la que el legislador debe señalar penas que sean coherentes con la gravedad de la conducta y siempre en función del bien jurídico que se protege, además de nunc a perdiendo de vista los fines de la pena que a saber se adscriben a la teoría relativa, es decir, conforme el Código Penal y la Constitución, se tiene que siempre tener a la vista el fin resocializador de la pena dentro de un fin preventivo. Por otro lado, la proporcionalidad concreta impone el deber de aplicar las penas en un proceso determinado teniendo en cuenta la gravedad de la conducta, pues si la lesión al bien jurídico es relevante no podría aplicarse pena de menor severidad en comparación a una lesión de menor entidad.

La proporcionalidad abstracta como deber del legislador de que haya estricta congruencia y coherencia entre la entidad del injusto y la sanción penal que se establece de forma expresa, implica que por ejemplo no se sancione con mayor pena las conductas que representen lesiones a bienes jurídicos de menor trascendencia, o que, por ejemplo en relación al desarrollo del delito no se sancione con mayor severidad una tentativa que un delito consumado; o que se imponga legislativamente una sanción más grave a una conducta culposa en comparación con una dolosa, entre otros ejemplos.

Dentro de esos ejemplos de quebrantamiento al principio de proporcionalidad de la pena, sin duda alguna se encuentra el de la lesión al bien jurídico más trascendente, así pues, no se puede penar con más severidad a la conducta que afecta un bien jurídico de menor relevancia en relación a aquella que lesiona un bien jurídico de mayor relevancia, o en todo caso no se puede punir con la misma pena a conductas cuya afectación a los bienes jurídicos es distinta, eso además de no ser proporcional, desdeña la noción de igualdad y justicia como valor supremo dentro de la sociedad. Es ello lo que justamente sucede con el tráfico de influencias, donde tanto la modalidad de

tráfico simulado de influencias a pesar que no es verdaderamente dañino para la administración pública en comparación con el tráfico de influencias reales, tiene la misma pena.

## **2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:**

¿De qué manera la regulación del delito de “tráfico de influencias simulado” vulnera el principio de proporcionalidad de la pena?

## **3. HIPÓTESIS:**

La regulación del delito de “tráfico de influencias simulado” vulnera el principio de proporcionalidad de la pena, debido a que se castiga con la misma sanción penal que el “tráfico de influencias reales”, aun cuando aquella genera menor lesividad.

## **4. OBJETIVOS:**

### **4.1. Objetivo general:**

- Determinar de qué manera la regulación del delito de “tráfico de influencias simulado” vulnera el principio de proporcionalidad de la pena.

### **4.2. Objetivos específicos:**

- Describir los alcances del delito de tráfico de influencias.
- Señalar la distinción en relación del bien jurídico protegido de las dos formas de tráfico de influencias.
- Establecer los alcances del principio de proporcionalidad penal.
- Explicar la lesión del principio de proporcionalidad ante el tipo penal de “tráfico de influencias simulado”

## **5. VARIABLES:**

### **5.1. Variable Independiente:**

- Tráfico de influencias

### **5.2. Variable dependiente:**

- Principio de proporcionalidad.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **Sub Capítulo I**

#### **El derecho Penal: fundamento y fin**

##### **1. El Derecho Penal como Instrumento de control social**

EL control social comprende aquellos mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen, a fin de asegurar su estabilidad y supervivencia (Villavicencio, 2014, p. 7). El control social busca garantizar que las personas se sometan a las normas de convivencia, dirigiendo satisfactoriamente los procesos de socialización (García Pablos, 2000, p.2). En nuestra sociedad podemos diferenciar dos formas de control social, el control social informal y el control social formal. El primero, también denominado control social secundario, comprende la disciplina social, la familia, la educación las normas sociales, religión medios masivos de comunicación, la actividad policía, la actividad artística, investigación, etc., en esta forma de control social, el sistema normativo está conformado por los usos, costumbres, tradiciones y, con frecuencia, apelaciones a un código moral no escrito y también a la reciprocidad (Bustos, 2004, pp. 492-493). El control formal es el sistema penal (Villavicencio, 2014, p. 7), esto es, el sistema penal, es el control social punitivo institucionalizado o formalizado (Zaffaroni, 1984, p, 7).

El Derecho penal es un medio de control de la conducta de la sociedad, aunque no es el único. Existen otros, que deben actuar preliminarmente, dejando al Derecho Penal como la última instancia; esto es, el fenómeno delictivo no se va a erradicar con el Derecho Penal, así nos enseña el Profesor Villa Stein, al sostener que pretender que la criminalidad, como ocurrencia disfuncional social, pueda ser controlada con la sola adopción de

determinado sistema punitivo, y sus correspondiente sistema de contingencia aversiva con fines de prevención general, es caer en un pretencioso, abusivo y autoritario reduccionismo jurídico que pasa por alto la decidida importancia de los otros sistemas e instituciones de control: la familia, la educación y la economía, la organización político democrática, entre otras.(Villa, 2010, p. 551).

De allí que, el Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia" (Mir Puig, 2003, p 24), es así, que este surge como un medio de control social, comprendido como un conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados. Con ellos, se trata de superar las tensiones sociales: generales, de grupo y/o de individuos (Hurtado, 2005, p. 33).

En palabras de Bramot- Arias, el Derecho Penal como parte del derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común (Bramont Arias, 2000, p. 227), explicando la idea diremos, siguiendo a Hurtado Pozo que el derecho penal como parte del derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común. Mediante él, se determinan y definen ciertos comportamientos, los cuales no deben ser realizados (art. 150 C.P.) o, queridos o no, deben ser ejecutados (art. 183 C.P.). A fin de conseguir que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten, según el caso, tales actos, se recurre a la amenaza de una sanción. El Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos a realizarlos de cierta manera, para así lograr la aplicación de "ciertos esquemas de vida social". Sólo cuando fracasa su tarea de evitar la realización de los actos no deseados, interviene el funcionario judicial para hacer efectiva la sanción penal (Hurtado, 1987, p. 36).

Continúa Hurtado Pozo desarrollando la idea del Derecho Penal como medio de control social formal, señalando que la actividad punitiva constituye uno de los dominios en que el Estado ejerce su poder, con el fin de establecer o conservar las condiciones necesarias para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria. (Hurtado, 1987, p. 36). La orientación que dé a su actividad penal, está determinada por las opciones sociopolíticas que haya adoptado en relación a la organización de la comunidad, en general.

Por ello, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general. El ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado, comporta una grave afectación de derechos fundamentales de la persona. En relación con la pena, el art. 1 C.P., se refiere a la "privación y restricción de derechos". Debido a la naturaleza de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación de establecer límites al poder estatal. Este esfuerzo se ha orientado a la búsqueda de la justificación de la pena, y a la determinación de un criterio suficientemente claro que permita discernir las acciones que deben ser prohibidas, para la fijación de las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción; y la especificación de los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva. (Hurtado, 1987, p. 38).

Como se puede ver el Derecho penal actúa a través de las sanciones que regula su normatividad en cuanto y en tanto se respeten los derechos fundamentales o principios básicos del mismo Derecho Penal, entonces se utiliza la pena para poder adecuar la vida en sociedad; sin embargo, las penas han ido evolucionando con el tiempo, en ese sentido, siguiendo a Villa Stein, nos comenta que el Derecho penal moderno ha humanizado sus penas, desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las penas infrahumanas como la de la picota (el rollo) del sentenciado, y reemplazando este tipo de penas, por la de «privación de la libertad personal», para, delitos graves y fórmulas

alternativas de punición a las de privación de libertad, como multas u otras privativas de variados derechos, para los delitos menores o faltas (Villa, 2010, p. 549).

Debemos concluir siguiendo la doctrina extranjera que la cuestión del tratamiento que por el estado y la sociedad se dé a la persona que delinque es frecuentemente decisiva para su suerte futura (Jescheck, 1993, p, 667).

## **2. Función del Derecho Penal**

### **2.1. Definición de Derecho Penal:**

Partir este acápite de la investigación sobre la concepción que se tiene de Derecho Penal, es de suma importancia porque nos brinda el marco general para luego desarrollar las sanciones penales, posteriormente a la imposición de estas y la forma de ejecución de las condenas impuesta; así pues, la idea de un Derecho Penal, como aquella rama del Derecho que estudia los delitos y las penas ha sido de general recojo por la doctrina nacional e internacional, así tenemos:

Muñoz Conde, lo conceptúa como aquel conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos, y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica (Muñoz, 1996, p. 11)

Jiménez de Azua define el Derecho Penal, como un “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora” (Jiménez De Azua, 2005, p. 18).

Desde el ángulo jurídico, Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que define ciertas conductas como delitos y establece la imposición de penas o medidas de seguridad a los infractores. (Villavicencio, 2014, p. 9).

## **2.2. El Derecho Penal y la Protección de bienes Jurídicos:**

En la actualidad, es mayoritario el criterio que sostiene que el Derecho penal se encarga de la protección de bienes jurídicos (Jakobs, 2001, pp. 28-29), dicho de otro modo, es fundamental considerar que la función del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos (Villavicencio, 2014, p. 9). La norma penal intenta cumplir, en definitiva, una función protectora, más concretamente, protectora de esas condiciones elementales de la convivencia social. Esto es, lo que se denomina función de protección de bienes jurídicos. (Muñoz, 2000, p. 61).

En sentido amplio, un bien es una situación material o ideal a la cual se atribuye un valor. Tal valoración tiene como base el hecho que la existencia de un bien en la realidad social posibilita la satisfacción de una necesidad humana (Cobo Del Rosal y Vives Antón, 1999, p. 788), es decir, son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social (Villavicencio, 2014, p. 11).

Cobo y Vives al referirse al tema, precisan “la función del Derecho Penal, no es la realización de la justicia por medio del castigo. El orden jurídico ha de adaptarse, desde luego, a determinadas exigencias de justicia, pero no puede ni debe pretender realizar la justicia en la tierra, la función primordial es la tutela jurídica, esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el derecho en virtud de su propia naturaleza de orden de la coexistencia” (Cobo Del Rosal y Vives Antón, 1999, p.p. 800, 801).

En sentido amplio, un bien es una situación material o ideal a la cual se atribuye un valor. Tal valoración tiene como base el hecho que la existencia de un bien en la realidad social posibilita la satisfacción de una necesidad humana

Así las cosas, en un Estado social y Democrático, sólo deberá ampararse como bienes jurídicos aquellas condiciones que afecten las posibilidades de participación de individuos en el sistema social, lo cual implica sine qua non, que están revestidos de una importancia fundamental. En un estado social y democrático, sólo deberá ampararse como bienes jurídicos aquellas condiciones que afecten las posibilidades de participación de individuos en el sistema social, lo cual implica sine qua non, que están revestidos de una importancia fundamental (Mir Puig, 2008, p. 88).

La Corte Constitucional de Colombia resume, en unas líneas la importancia del bien Jurídico como la función que tiene el Derecho penal y además destaca su importancia como un límite al poder punitivo estatal, así la citada Corte enseña que: “El bien jurídico establece parámetros para la política-criminal, es decir, limita la acción del legislador cuando define conductas como delitos, materializándose de esta forma, un Derecho Penal garantista que ofrece barreras al uso desmedido del *ius puniendi*, en cuanto no sometido al *ius poenale*, límite que no posibilita la creación legislativa de delitos carentes de bien jurídico, en cuanto no pueden elevarse a la categoría de delito conductas que solamente atenten contra intereses políticos o ideológicos” (Corte Constitucional de Colombia, Caso N° - 365 del año 2012, J. Pretelt).

En suma, los bienes jurídicos son intereses o derechos que se expresan normativamente como valores o principios en nuestra Carta

Magna y normatividad penal, sirven como elemento limitador a la potestad punitiva del Estado colombiano o *ius puniendi*, propendiendo por un derecho penal mínimo, donde la expedición de las normas esté precedida de especial cuidado en la protección de los principios de proporcionalidad, necesidad, adecuación, idoneidad, donde se encarguen de castigar lo estrictamente necesario y se dé preferencia a la concepción restringida de bien jurídico con lo cual se quiere que la expedición de leyes tenga una carga argumentativa que dé legitimidad a la norma y garantías fundamentales que permitan el efectivo desarrollo de un debido proceso. (Mir Puig, 2008, p. 103).

### **3. Las Penas:**

#### **3.1. Definición**

Prado Saldarriaga, califica el concepto sobre la pena “como concepto operativo”, afirma “que la pena es una consecuencia jurídica del delito que se materializa en la privación o restricción de bienes jurídicos del delincuente, y que se aplica en las formas y dimensiones que establece la ley y que decide en una sentencia condenatoria la Autoridad Judicial (Prado, 2000, p.17). Por su parte, Hurtado Pozo, conceptúa la pena como: “La sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o privación de derechos fundamentales” (Hurtado Pozo, 1991, p.15)

El profesor Muñoz Conde, dice “pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo. (Muñoz, 2000, p. 61). Jescheck conceptúa la pena como la compensación de una violación del Derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, que expresa la reprobación pública del hecho y consigue, de este modo, la afirmación del derecho” (Jescheck, 1981, p.18).

Jakobs al definir la pena nos explica que “es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada” (Jakobs, 1999, p.9).

Por otro lado Cobo Del Rosales y Vives Antón, señalan que “la pena debe ser entendida como la consecuencia y la consecuencia jurídica más precisamente del delito, y son infinitas las definiciones que, en su dimensión material, se han formulado acogiendo el concepto de pena, no solo por el Derecho Penal, sino incluso en un ámbito mucho más generalizado” y agregan “podemos definir la pena como el castigo consistente en privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinado quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción” (Cobo y Vives, 1999, p.395).

### **3.2. Fines de la Pena:**

En doctrina, al estudiarse las funciones de la pena (o del sistema penal), se contraponen, tradicionalmente, dos corrientes: una, designada como teoría absoluta de la pena, y cuyos defensores sostienen que la pena no tiene un fin específico, sino que es impuesta como retribución o expiación del mal causado (se señala como sus más altos representantes a Kant y a Hegel); la otra es la denominada teoría relativa de la pena. Sus propugnadores afirman que el fin de la pena es evitar la comisión de futuros delitos, mediante la intimidación de terceros (prevención especial). Como representantes principales y clásico de esta corriente se señala a Feuerbach y Franz von Liszt. La oposición de estos dos grandes grupos ha tratado de ser superada por los propugnadores de la denominada teoría unitaria, quienes afirman que la pena es retribución y que sus fines deben ser alcanzados dentro

de los límites que ésta establece. Se puede sostener que esta posición es la dominante, hoy en día, entre los penalistas (Hurtado Pozo, 1987, p. 122).

No debemos perder de vista como Bacigalupo indica “toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal” (Bacigalupo, 1996, p. 29)

### **3.2.1. Teorías Absolutas**

El surgimiento de las teorías absolutas puede explicarse, históricamente, como una reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre –como tal y en sí mismo– y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración (García Caverro, 2008, p. 38)

Como se sabe, estas teorías se fundamentaban ya sea en las exigencias de Justicia (Kant) o en la necesidad de restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico (Hegel). Kant rechazaba cualquier intento de justificar la pena en razones de utilidad social ya que si el hombre es un “fin en sí mismo” no era lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad. De ahí que la pena debiera ser impuesta aun cuando no fuese útil o necesaria para la sociedad. La pena se imponía entonces sólo por el hecho de haber delinquido, con independencia de cualquier otra consideración. Hegel, a su vez, desarrolla una fundamentación dialéctica bien conocida: si el delito cometido es la negación del Derecho, la pena vendría a representar la negación del delito y, por tanto —como negación de la negación—, la afirmación del Derecho. Como

señala Mir Puig, esta construcción se concibe sólo como reacción que mira al pasado y no como instrumento de fines utilitarios posteriores (Mir Puig, 2004, p. 88). Es por ello, que se concibe a la pena como aquella que atiende o mira al pasado, al hecho que se cometió (Villavicencio, 2104, p. 47)

Las teorías absolutas sostienen, según García Caveró, que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor justicia, por lo que no se encontrarían informadas por criterios de utilidad social. Dentro de estas teorías destacan especialmente las llamadas teorías retributivas de la pena, las cuales definen la sanción penal como retribución por una lesión culpable (García Caveró, 2008, p. 42).

Con esta teoría se concibe a la pena como acto de retribución o castigo por el mal delictivo que se ha producido, no encontrándose el sentido de la pena en la persecución de algún fin socialmente útil (Alcácer, 2014. p. 19).

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha rechazado completamente una teoría absoluta de la pena, señalando no solamente que carece de sustento científico, sino que llega a constituir una negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana reconocido en la Constitución (STC recaída en el expediente N° 0019-2005-PI/TC).

No obstante, el Tribunal Constitucional reconoce que esta afirmación no conlleva que desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo, negando solamente que la función de la pena se agote en generar un mal en el penado. Con independencia de que esta afirmación del máximo Tribunal nacional denota una discutible comprensión de las teorías

retributivas de la pena, lo más llamativo es que en su STC N° 0014-2006-PI/TC señala que el análisis de la constitucionalidad de las leyes no se puede apoyar en doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por el Derecho, sino en mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícita o implícitamente. Lo que no queda claro es cuando se está ante una postura doctrinal supuestamente consagrada y cuando ante un mandato o principio previsto en la Constitución. Al final, parece que se sigue una fórmula que lo único que garantiza es que el Tribunal Constitucional pueda tener amplios márgenes de discrecionalidad en su labor de interpretación (García Caveró, 2008, p. 45).

Estas teorías no pueden ser acogidas en la actualidad ya que la consideración de un orden social “racional” que puede ser restaurado con la pena, o la idea de Justicia fundada en razones morales o religiosas, no se concilian con una realidad histórica que ha superado las bases del liberalismo decimonónico y con una concepción de Estado que marca las distancias entre la moral y el Derecho (Quintero, 2002, p. 121-122)

La pena, cuando se la entiende como forma de expiación de las culpas, no puede encontrar terreno en el plano jurídico. Como señala Roxin (1976, p. 14): “la idea misma de la retribución compensatoria sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena”

Con Jescheck (1993, p. 3), se puede decir que a pesar de que la imposición de la pena “mira hacia el pasado” —en el sentido de que tiene como presupuesto “una infracción jurídica ya producida”—, el Derecho penal “sirve a la finalidad de prevenir

infracciones jurídicas en el futuro”, con lo cual, sus fundamentos no pueden encontrarse en las ideas retributivas de mal por mal.

### **3.2.2. Teorías Relativas**

Según las tesis preventivistas, la pena tiene por función evitar nuevos delitos. Puesto que la pena adquiere sentido por relación a los efectos de prevención, se habla de tesis relativas; podría también hablarse en muchos casos de posiciones «utilitaristas», por cuanto son estos efectos perceptibles y evaluables socialmente los que darían razón de la pena de (Jescheck, 1993). Estas teorías están fundamentadas en razones ideológicas de índole humanitaria, utilitaria, racional y social debido a que apuestan por el hombre que ha delinquido, en la búsqueda de su capacitación y educación por medio de una apropiada actuación pedagógica-social, hacia él. (Villavicencio, 2014, p. 55).

#### **3.2.2.1 Prevención general**

Debemos reconocer que, a la pena, por ser un mal, no la podremos despojar de ese carácter intimidatorio. La pena intimida, y lo hará siempre, a unos más, a otros menos. (Silva Sánchez, 1992, p. 219). No obstante, una cosa es decir que la pena intimide y otra, bien distinta, que necesariamente disuada. García-Pablos rechaza una imagen intelectualizada del infractor, un equivocado estereotipo del delincuente previsor, en quien la opción criminal es entendida como el producto de un balance de costes y beneficios. En su lugar, señala que el efecto disuasivo no sólo depende de la gravedad y duración de la pena, sino también de la naturaleza del delito, del tipo de infractor, de la prontitud de la respuesta, del modo en

que la sociedad y el delincuente perciben el castigo, etc. (García Pablos, 1992, pp. 90-91)

Para Luzón Peña (1991, p. 266), la prevención general intimidatoria —que en lo posible debe ser conciliada con exigencias de prevención especial— no tiene por qué desembocar necesariamente en la aplicación de penas ilimitadas en atención a los fines preventivos, ya que la finalidad preventiva general debe vincularse con las exigencias de eficacia e idoneidad, las mismas que se conectan con exigencias de proporcionalidad y necesidad de la pena.

La prevención general presenta dos variantes: la negativa y la positiva. En su vertiente negativa, encabezada por FEUERBACH, se presentaba a la pena como una amenaza (intimidación) dirigida a todos los ciudadanos. Se buscó que la conminación legal del delito ejerza inhibitorio dirigido a la generalidad a fin de evitar la criminalidad. En otras palabras, la pena, según esta teoría, sirve para intimidar a todos los individuos con la finalidad de que no cometan delitos, de acuerdo a ello, la prevención actúa frente a la colectividad amenazando a sus integrantes (Alcocer, 2014. p. 24).

Se afirma que el fin preventivo general negativo intimidatorio, basado en la coacción psicológica y dirigido al delincuente como sujeto racional es criticable pues supondría aceptar la teoría del Derecho Penal asentada en la utilidad subjetiva que cada delito reporta al que lo comete y no sobre la magnitud objetiva del daño que dicho delito causa, abriendo el camino hacia el

incremento desmedido de la pena a fin de aminorar la expectativa del beneficio que pudiera tener el delincuente con la conducta criminal (Villavicencio, 2014, p. 55).

En su variante de positiva la pena, sostiene Roxin, la prevención general positiva, cumple una misión ético social, afirmando la moral en la comunidad para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad. Ya que, por medio de la pena, se logra la internalización y fortalecimiento de los valores concretados en normas jurídicas penales, en la conciencia de cada uno de los ciudadanos. Esto se logra gracias al significado pedagógico atribuible a la pena, pues su poder configurador de costumbres confirma el juicio moral de la sociedad (Roxin, 1997, p. 92).

#### **3.2.2.2. Prevención especial:**

Como es fácil de apreciar, las consideraciones preventivas especiales, llevadas hasta el extremo, podían suponer el abandono de un Derecho penal de hecho para enarbolar un Derecho penal de autor, es decir, uno que atienda exclusivamente a la peligrosidad del autor. Lo que es advertido por Luzón (1991, p. 305), al evocar el Derecho penal del nacional socialismo: “lo fundamental es la peligrosidad por su modo de conducta o de vida en general, lo que se llamó culpabilidad por la conducción de vida, o por el modo de comportarse el sujeto a lo largo de su vida, y no tanto por lo que hace”.

De otro lado, Roxin (1976, p. 17), señala que la idea de corrección como un fin de la pena no contiene en sí misma la justificación de dicho fin, preguntándose por ello cuáles son las razones que justifican la sanción y corrección de quienes no se adaptan a la forma de vivir de la mayoría, de los que viven al margen de la sociedad, de los que resultan molestos o incómodos; en fin, donde se puede perseguir y sancionar lo distinto o discrepante.

Sin embargo, no se puede prescindir de los criterios preventivos especiales, pues la propia Constitución reconoce, en el artículo 139 inc. 22, que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. De esto, seguimos a Carbonell Mateu —para quien la reinserción social del individuo no constituye un fin de la pena, sino una tendencia a la que debe dirigirse la ejecución de ésta— cuando considera que con la readaptación se trata de conseguir que el ciudadano se mantenga en el respeto al deber ser ideal, no a que lo asuma como propio. (Carbonell, 1995, p. 67), según esta teoría, afirma Silva Sánchez (1992, p. 230), la pena, contribuye a formar la conciencia ética y valorativa de la sociedad, derivándose su gran connotación educativa.

En suma, sostiene el maestro Bustos Ramírez, a la prevención general positiva, se le puede atribuir la finalidad de integración social. Según esta concepción, con la pena se logra estabilizar la conciencia jurídica y la paz social, restableciendo de este modo el clima emocional, el equilibrio afectivo alterado por el delito y el

ansia de venganza generado en la colectividad, por la ejecución del mismo (Bustos, 1997, p. 92).

### **3.2.3. Teorías Mixtas**

Conforme lo explica el jurista Miguel Polaino Navarrete, un punto intermedio entre las teorías absolutas y relativas se sitúan las teorías mixtas, de la unión o de la unidad: se trata de un conjunto de doctrinas eclécticas, que conjugan varios aspectos o componentes diversos para la legitimación del Derecho penal. Pueden destacarse varias formulaciones de estas teorías. Una primera teoría mixta es la retributiva-preventiva, que defiende que la pena cumple al mismo tiempo la función de castigar y de prevenir, esto es, de retribuir el delito y de evitar la comisión de futuros delitos. Esta teoría, sostenida por varios autores, ejerció gran influjo en la jurisprudencia penal de diversos países, y todavía hoy continúa siendo punto de referencia de determinadas concepciones en cuanto a la justificación material de la pena (Polaino, 2008, P.79).

En las teorías mixtas, Mir Puig (2004, p. 89), afirma que es común rescatar de la teoría retributiva el criterio de proporcionalidad, según la cual la pena debe ser adecuada a la gravedad del delito cometido. No obstante, debe quedar claro que la proporcionalidad sirve como límite, mas no como fundamento de la pena.

El Derecho penal se configura y legitima por constituir un límite a la potestad punitiva del Estado. De esto, la pena se justifica en atención a los fines del Derecho penal a los que sirve y siempre que se encuadre dentro del más estricto respeto a los principios y garantías propios de un Estado social y democrático de Derecho. Fuera de aquellos límites, como señala Mir Puig, la prevención penal perderá su legitimación (ibidem).

## **Sub Capítulo II**

### **Delitos contra la administración pública**

#### **1. El concepto administración pública:**

El profesor Ferreyra Delgado señala que cuando nos referidos a administración pública debe entenderse a ésta como “toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles y roles o funciones en todos sus órganos o entidades” (Ferreira, 1995). De ahí que como señala el maestro peruano Fidel Rojas Vargas (2002) esta debe ser entendida en un doble baremo o doble dimensión, “Objetivamente, como el conjunto de actividades o trabajos realizados por los agentes o sujetos públicos y que constituye el desarrollo, el movimiento o la dinámica de la función misma. Y, subjetivamente, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos, funciones, roles y oficios delimitados en sus competencias”.

Claro está como señala Salinas Siccha (2019), que los niveles, jerarquías, cargos, funciones o roles de los sujetos públicos en las instituciones públicas están debidamente delimitados por la ley desde la constitución hasta los reglamentos e incluso directivas, pues no hay que olvidar que de ahí surgen los deberes especiales para los funcionarios o servidores públicos que ostentan esas cualidades que los diferentes tipos penales, en el Perú, exigen. De esta forma el mismo sistema jurídico dispone expresamente que el quebrantamiento o no acatamiento de aquellas normas que protegen determinados principios y deberes que sirven de sustento a la dinámica misma de la administración, acarrea responsabilidad administrativa, civil o -

dependiendo de la magnitud- hasta penal por parte del sujeto público (Salinas, 2019).

En suma, señala Salinas Siccha (2019) “La Administración pública en un Estado Democrático de Derecho está debidamente organizada por nuestro sistema jurídico que lo forman la Constitución, las leyes, reglamentos y directivas que deben ser observados y cumplidos por los funcionarios o servidores públicos en el desempeño de sus labores y actividades en el interior de la administración” de ahí que, el normativismo en esta clase de delitos suele apreciarse a partir de que las fuentes generadoras de deberes especiales se encuentran reguladas expresamente en diversos dispositivos de nivel jerárquico distinto, por ende, para analizar si una conducta merece un tratamiento y una sanción penal, se debe determinar el ámbito de actuación, conforme a la norma, del funcionario o servidor público a fin de determinar si estos han infraccionado su rol especial, obviamente, siempre y cuando la lesión al bien jurídico se trascendente, ya que si ello no es así, resultará aplicable la responsabilidad de tipo administrativa, ello en relación al principio de derecho penal de “ultima ratio”.

## **2. El bien jurídico “general” administración pública”.**

En lo delitos contra la administración pública se ha discutido cual es el bien jurídico, y se ha llegado al consenso de establecer que cada delito tiene un bien jurídico específico que se tutela penalmente, sin embargo, existe un bien jurídico general, es decir, un radio de protección en todos los delitos por igual, este es “el correcto funcionamiento de la administración pública”, ello porque “la Administración pública constituye un elemento básico de la configuración actual de la sociedad y, por lo tanto, merecedor de protección penal” (Suarez, 2001). El buen y adecuado desenvolvimiento de la función pública, se protege como bien jurídico, porque lo que se busca como fin último es el bien

común, lo que, sin duda, depende de una buena administración y manejo de la cosa pública.

De lo dicho se desprende lo que apunta el maestro Salinas Siccha, que “la lesión o puesta en peligro del normal o correcto funcionamiento de la Administración pública pone en directo peligro la organización misma del Estado. De esa forma, se constituye en bien o interés jurídico preponderante que corresponde al Estado mismo cautelar y proteger por medio de las normas penales, cuyo centro de atención es el bien jurídico preponderante o relevante que pretenden proteger” (Salinas, 2019).

### **3. El funcionario y servidor público:**

Como apunta Fidel Rojas (2002) “El funcionario público es quien ejerce autoridad en la gestión pública de la administración, y como persona física encarna un determinado órgano o ente del Estado, o aquellas personas cuyas decisiones representan la voluntad de un órgano o ente administrativo”. De esta forma, como señala Reyna Alfaro (2013) se debe entender al funcionario público como aquella persona natural o física con poder de planificación y decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última. El funcionario público planifica y decide los objetivos y metas de la institución pública donde trabaja”. De otro lado el concepto de servidor público que está recogido en casi todos los delitos contra la administración pública, debe ser conceptualizado como “aquella persona natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de planificación y decisión sobre la institución en la cual labora. Es un trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de

la que realizan los funcionarios públicos en el cumplimiento del objetivo de la Administración pública: lograr el bien común. El servidor o empleado público siempre está en una relación de subordinación frente a los funcionarios”.

#### **4. El concepto funcionario público desde el ámbito penal:**

Como bien afirma el profesor Salinas (2019), “para constituirse en autor de la mayoría de delitos contra la Administración pública, el agente debe tener la condición especial de funcionario o servidor público, pero no en la medida del Derecho administrativo, sino de acuerdo con el artículo 425 del Código Penal”, pero el concepto de funcionario no es el mismo desde el ámbito del derecho administrativo y del derecho penal, de ahí que es claro que el profesor Fidel Rojas Vargas (2002) señale que “en el ámbito penal, la concepción de funcionario o servidor público es mucho más amplia que en el ámbito del Derecho administrativo o laboral, donde solo se considera la elección y la designación por autoridad competente como fuentes del mismo. De modo que para saber desde cuándo un ciudadano peruano tiene la condición de funcionario o servidor público para efectos del Derecho penal, los parámetros del Derecho administrativo no son de utilidad. Igual, para efectos penales, no sirven los parámetros del Derecho laboral”.

Es importante apuntar que, si bien es cierto la determinación para la existencia de funcionario público en el derecho penal tiene que resolverse recurriendo a lo prescrito en el artículo 425 del Código Penal, o inclusive al derecho internacional y echar mano de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigencia desde el 14 de diciembre de 2005”; el momento en el que se adquiere esta calidad especial fue de ardua discusión en el tiempo, pues se ponía en discusión, si el funcionario público, tiene esta calidad desde que existe un título habilitante (elección, designación o nombramiento) o a partir del ejercicio efectivo del cargo; sin embargo, es correcto lo señalado por Salinas Siccha (2019) sobre que “con la modificación

introducida por la Ley N° 30124, para efectos penales, la condición de funcionario o servidor público se inicia o comienza desde el momento en que el ciudadano peruano es designado por autoridad competente para un cargo público; también desde que se es elegido para ejercer un cargo público, o desde que es proclamado por autoridad competente luego de ser elegido para ejercer un cargo público. No es necesario que asuma realmente el cargo o que jure previamente”, con ello se consagró en el país, lo que doctrinariamente se denominaba concepto anticipado o adelantado de funcionario público.

## **5. Intervención delictiva en los delitos contra la administración pública**

Como señala el profesor Salinas Siccha (2019) “Si se responde de acuerdo a la teoría del dominio sobre qué título de imputación debe tener el particular (extranei), seguramente, llegaremos a sostener que los particulares serán autores directos; y los sujetos obligados, autores mediatos. La respuesta no resulta razonable, toda vez que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público que exige el tipo penal, y por lo tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por el tipo penal, de modo alguno pueden ser autores de un delito especial. En consecuencia, se opone frontalmente el principio de legalidad fuente del derecho penal.

De ahí que como señala Fidel Rojas (2002) “para determinar las cuestiones de autoría y participación en los delitos especiales como son la mayoría de los delitos contra la Administración pública, sirve la teoría del dominio del hecho, puesto que, si en el hecho delictivo participan personas con cualidades diferentes a las indicadas en el tipo penal, así estos tengan el dominio del hecho no pueden ser autores del delito. Caso contrario resultaría una extensión de la punibilidad en clara lesión o afectación al principio de legalidad”. A estos delitos en los que la autoría no decana en la forma y

contenido de su intervención sino a la existencia sobre él, de deber específicos impuestos por la ley: delitos de infracción de deber.

En suma, en los delitos de infracción de deber, como señala Sánchez Vera (2003), “el especialmente obligado habrá de responder, en principio, como autor. La incumbencia del obligado respecto del suceso no viene delimitada por la regla de sí dominó o no el hecho, sino que se determina en virtud del especial estatus del sujeto”. El fundamento de esta teoría no es la infracción del deber general que atañe a todos los ciudadanos y que surge en forma abstracta del tipo penal, como, por ejemplo, el no dañar o lesionar el patrimonio del Estado, sino deberes especiales impuestos por la ley penal. Por ejemplo, en los delitos contra la Administración pública, los sujetos calificados tienen el deber especial impuesto por la ley de lealtad, honestidad, veracidad, de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la Administración pública. En efecto, si el sujeto calificado con su conducta afecta alguno de estos deberes especiales es posible que se convierta en autor de un delito funcional, siempre claro está que tal conducta esté tipificada como delito en el Código Penal o en una ley penal especial de acuerdo al principio de legalidad, fundamento último del derecho penal; esto es, como señala José Antonio Caro John (2010) “en todos "los supuestos, el intraneus responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor: (autoría única”).

Ahora bien, dejando en claro que con respecto al funcionario esté siempre tendrá la condición de autor directo y único, no pudiendo existir la figura de la coautoría ni tampoco la autoría mediata; es necesario señalar que, conforme la aceptada teoría de infracción de deber, el extraneus o el particular extraño a la administración pública, como señala Pariona Arana

(2011) “el tercero o extraño a la administración que ejecuta el hecho por disposición del sujeto público obligado, tan solo será cómplice, aunque únicamente él hubiera tenido el dominio del hecho”, es decir “partícipe es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial (...) fundamentador de la autoría” (Roxin, 2016). El extraneus es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial (no trabaja para el Estado) y, por lo tanto, no puede lesionar ni ponerlo en peligro

## **6. La prescripción en los delitos contra la administración pública:**

Uno de los grandes problemas en cuanto a los delitos contra la administración pública es la prescripción de la acción penal, ello porque, el Código Penal, establece que en estos casos los plazos se duplican, ello en relación al mayor grado de reproche que se le hace a quien teniendo sobre sus hombros un gran deber institucional de protección del correcto funcionamiento de la administración pública, defrauda esas expectativas y afecta con su actuación el fin último: el bien común. Sin embargo, el problema se presentaba cuando, en la comisión de los delitos intervienen como partícipes (cómplices o instigadores) particulares (los llamados extranei); en esos casos la pregunta era si a estas personas que no tienen el especial deber de velar por el correcto funcionamiento de la administración pública, también se les extendía la dúplica de los plazos de prescripción de la acción penal.

La discusión señalada en el párrafo precedente, mereció que la Corte Suprema se pronuncie mediante el acuerdo plenario N° 2- 2011 CJ/116, aquí el máximo tribunal de justicia ordinaria del país, señaló que “el Código Penal, al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80 CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta

punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste. De modo que es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el intraneus y extraneus derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los extranei se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores”.

Esta discusión ha sido cerrada por la reforma de la Constitución y en específico del artículo 41 mediante la Ley de reforma N° 30650 de fecha 20 de agosto del año 2017, donde se estableció, entre otras cosas, que la duplica de los plazos de prescripción de la acción penal también se extienden a los particulares, por lo que en una suerte de modificación tácita y en función del principio de jerarquía normativa, prima el artículo 41 de la Constitución sobre lo que señala el artículo 80 del Código Penal. La reforma expresamente señaló: “El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad”

No se considera correcto lo apuntado por Salinas (2019) en relación que es necesario que se modifique expresamente el artículo 80 del Código Penal,

sino que se debe entender que, por jerarquía de normas, e incluso, por temporalidad, prima el reformado artículo 41 del texto constitucional, por lo que actualmente la dúplica se aplica a los particulares al igual que a los funcionarios y servidores públicos. Si es necesaria una modificación expresa del texto del Código Penal, para determinar cuáles son los delitos que se consideren más graves a efectos de la imprescriptibilidad, pues el texto Constitucional sólo se limita a señalar que la imprescriptibilidad se aplica a los “delitos más graves contra la administración pública”, pero es la ley (Código Penal) quien debe encargarse de señalar a qué delitos tendrían esta calidad.

Cabe destacar que conforme la reforma del texto Constitucional, la dúplica de los plazos de prescripción ya no solo se aplica a los delitos contra la administración pública que lesionen el patrimonio del Estado, sino que está duplica de plazos prescriptorios se aplica cuando se comete un delito contra la administración pública o se afecte el patrimonio del Estado, es decir, ahora se aplica esta duplicidad cuando se cometa delito contra la administración pública, siendo irrelevante si se lesiona o no el patrimonio del Estado.

## **7. Prohibición de pena suspendida en varios delitos contra la administración pública.**

Como se sabe la pena privativa de la libertad se puede ejecutar de forma efectiva, es decir, con internamiento o, de forma suspendida mediante la imposición por parte del juez del juicio oral de reglas de conducta, en esta forma de ejecución no existe internamiento en el centro penitenciario, sino que, si se cumplen las condiciones que señala el artículo 57 del Código Penal, el juez ordena el sometimiento del imputado a reglas de conducta, las mismas que si no se cumplen, en el plazo señalado- mínimo de un año y máximo de tres-, originan que la sanción suspendida se pueda tornar en efectiva, a ello se le denomina la revocatoria, la misma que como se sabe

puede ser inmediata, sin necesidad de transitar por las otras dos opciones: la prórroga o la amonestación.

Una vez entendido esto, es necesario señalar que Ley N° 30304, publicada en El Peruano el 28 febrero de 2015, modificó el artículo 57 del Código Penal y se incorporó un último párrafo y se dispuso que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384° y 387, catálogo que se amplió con la ley N° 30710 el 28 de noviembre de 2017 a los delitos tipificados en los artículos: 389, 395, 396, 399, y 401 del Código.

Como puede advertirse de forma fácil aparte de los acusados por los delitos de colusión y peculado, si un acusado de haber cometido en forma dolosa el delito de malversación de fondos agravado o cohecho pasivo específico o corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales o negociación incompatible o finalmente, el delito de enriquecimiento ilícito, estos últimos en cualquiera de sus modalidades dolosas, es encontrado responsable luego del debido proceso y, por lo tanto, el juez considera que es merecedor de pena, de modo alguno podrá imponer una pena condicional.

Esta reforma permitió reflexionar sobre su necesidad y constitucionalidad, así pues, como señala Hasssemer, en una cita que hace el gran profesor Silva Sánchez (2012), “este proceder pone en evidencia una política criminal inconsciente e instintiva que se ha implantado en el Congreso de la República, de recurrir al Derecho penal en su función netamente simbólica o retórica que se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución o solución directa de los problemas jurídico-penales (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, señala el mismo autor que “, es un proceder básicamente simbólico, y que en principio no garantiza una

mayor protección de los bienes jurídicos fundamentales afectados, incorporar al Código Penal normas parciales, solo por el mayor efecto retórico que ello tiene. O la creación de nuevos tipos penales o el incremento de las penalidades existentes, cuando los anteriores son ya suficientes, en todo caso, los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora” (Silva, 2012).

Esta, y es importante mencionarlo, ha sido defendida por algunos doctrinarios, entre los que destaca Salinas Siccha (2019), quien de forma categórica señala que “que ponen en cuestionamiento a la existencia misma del propio Estado, es la consideración que el agente siempre sujeto público, aparte de actuar en la comisión de determinado delito afectando uno o varios bienes jurídicos fundamentales debidamente individualizados, actúa infringiendo un deber especial de carácter penal impuesto por la ley penal.

Es decir, el sujeto público cuando comete un acto de corrupción, además de actuar conociendo en forma general que está prohibida su conducta, conoce que tiene el deber específico de no afectar los principios sobre los cuales se organiza la Administración pública. Desde nuestra perspectiva, los actos de corrupción son más reprochables penalmente que otros delitos que ponen en peligro bienes jurídicos individuales”. Por otro lado, autores como Peña Cabrera Freyre (2015), se muestran contrarios a la reforma debido a que sostiene que “no somos partidarios de esta reforma normativa, que por un lado coarta los espacios de discrecionalidad del juez, al momento de la determinación e individualización de la pena y, por el otro, hace prevalecer la naturaleza retributiva de la pena, por sobre el fin rehabilitador de la misma”.

En esa misma línea se muestra contrario y critica la modificación del artículo 57, el profesor Torres Tiberio expresando que “prohibiciones de este tipo, al igual que el incremento injustificado de penas para algunos delitos, no van a hacer que la delincuencia desaparezca o que se disminuyan los porcentajes

de comisión de dichos delitos, sino por el contrario al tratarse de una medida tan drástica que no admite discrecionalidad judicial alguna, las consecuencias inmediatas serían condenas efectivas de corta duración que además del daño personal y familiar que ocasionan en los internos primarios, agravan el problema de sobrepoblación carcelaria que padece nuestro sistema penitenciario"

Desde aquí, se considera que la reforma, obedece a lo que la doctrina se denomina "derecho penal populista", pues no se ha tenido en cuenta que el sistema penitenciario no permite la resocialización del condenado, por lo que, la imposición de penas siempre efectivas, lo único que revelan es el abandono del fin preventivo de la pena y el ingreso inconstitucional de las tesis retribuciones, que ven al derecho penal como un medio que no mediante la pena no busca un a finalidad, sino que es un castigo en sí mismo un "mal por mal", función de la pena que es contrario a lo que ha señalado nuestro Tribunal Constitucional en diversas sentencias (0019- 2005 AI/TC; 00003- 2005 AI/TC; 010- 2002 AI/TC entre otras). Además de lo dicho, con esta reforma se rompe el principio de autonomía del juez, y su deber constitucional de determinar la forma de ejecución de la sanción y se somete a lo que el legislador, desconociendo, el principio de división de poderes, señale.

Con igual razonamiento, con el que el acuerdo plenario 2- 2011 CJ/2011, señaló que, no se podía establecer la dúplica de los plazos de prescripción para los extranei (particulares o funcionarios sin relación funcional), se entiende que, a los particulares, no se les aplica la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena, de ahí que Salinas señale que "...si bien los extraños de la Administración pública, se rigen por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, también es cierto que, para los efectos de aplicar la pena en forma efectiva o condicional, la excepción planteada en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal no alcanza a

los cómplices. En cuanto a los cómplices, dependiendo de la gravedad, forma y circunstancias en que haya participado en la comisión del delito doloso de peculado o colusión o malversación de fondos agravado o cohecho pasivo específico o corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales o negociación incompatible o enriquecimiento ilícito, es posible que el juez les aplique una pena privativa de libertad condicional”

### **Sub Capítulo III**

## **Los delitos de infracción de deber: especial referencia a los delitos contra la administración Pública**

### **1. Los Delitos de Dominio:**

#### **1.1. Definición**

En los delitos especiales “como lo constituyen la mayor parte de los delitos contra la administración pública, se tiene como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber formulada desde la óptica de Roxin”. (Roxin C. , 1997)

#### **1.2. La teoría de dominio del hecho**

Según la teoría del dominio del hecho, es el autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que, si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho, la contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. (Roxin C. , 1997).

Claus Roxin fue quien propuso la teoría de dominio del hecho, haciéndola florecer a tal grado de que, por unanimidad, se reconoce como teoría dominante de la autoría y la participación, pues “ni una teoría puramente objetiva ni otra puramente subjetiva resultan, pues, apropiadas para fundamentar de forma convincente la esencia de la autoría y, al mismo

tiempo, para delimitar acertadamente entre sí autoría y participación” (García Caverro, 2008).

Roxin superó esta controversia, redefiniendo el concepto de acción típica sobre la base de la dirección final del suceso. (Bacigalupo E. , 2004), según este criterio, “será considerado autor quien ostente el dominio del hecho, quien a su vez, según Roxin, es considerado como la figura central en la realización de la acción ejecutiva típica, quien domina el acontecer que conduce a la realización del ilícito, mientras que los partícipes, sin bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo no configuran de manera decisiva o determinante su ejecución (Roxin C. , 2016) Así, en los delitos de dominio, o delitos comunes, que pueden ser cometidos por cualquiera, como el hurto, homicidio, lesiones, etc. será considerado la figura central del suceso quien por sí solo, o con otros ostente el dominio del hecho”.

### **1.3. La autoría en los delitos de dominio:**

Roxin, distingue tres formas de autoría, que se materializan a través del dominio sobre la acción, el dominio sobre la voluntad y el dominio del hecho funcional, en todos los supuestos imaginables tienen el dominio del hecho.

Respecto al dominio de la voluntad, (Roxin C. , 2016) señala que: quien para cometer un delito tiene el dominio sobre la voluntad de alguien, aquel que tuvo el dominio sobre la voluntad del otro es apreciado como autor mediato, atendiendo a que ocupó al otro para la comisión del hecho prohibido” y, respecto al dominio del hecho funcional (Roxin C. , 2016) señala que: “ lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás, para Roxin, las tres formas de aparición de la autoría, son solo distintas manifestaciones de la figura central de la acción de ejecución.

Günter Jakobs, respecto a los tipos de autoría en los delitos de dominio, en primer lugar, refiriéndose a la autoría directa señala que “Autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción activa dolosamente y sin sufrir error y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito” (Jakobs G. , 2010) en segundo lugar, respecto a la coautoría Jakobs (1998), señala que: La coautoría concurre cuando, según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución.

En tercer lugar, respecto a la comisión por medio de otro o autoría mediata, (Jakobs G. , 2010) señala que: “Lo característico de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión, quiere decir: al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato”. (Roxin C. , 2016).

La doctrina mayoritaria ha clasificado los diversos conceptos de autoría en tres grupos que son: el concepto de autor unitario, el concepto extensivo de autor y el concepto restrictivo de la autoría, los cuales se desarrollan a continuación:

### **1.3.1. El concepto unitario de autor:**

Cabría la posibilidad de hacer alguna distinción entre autoría y participación, ello debido a que el Von Litz, tuvo como fundamento la *teoría de la conditio sine qua non* Según el concepto unitario de autor, no es posible conveniente distinguir entre la autoría de un delito y su participación en el mismo. Toda intervención causal en el delito debería ser considerada, por tanto, una intervención de autoría. De acuerdo con

esta clase de concepto de autor, la determinación de la responsabilidad penal de cada interviniente en el hecho debería realizarse con independencia de las intervenciones de los restantes sujetos.

#### **1.3.2. El concepto extensivo de autor:**

El concepto extensivo de autor y el concepto unitario de autor, comparten criterios básicos que las cimientan, es por ello que, un sector de la doctrina considera que existe un concepto extensivo de autor en sentido amplio y otro en sentido estricto; en ese orden de ideas consideran que el concepto unitario de autor, se encuentra incorporado dentro del primero, y en virtud a ello, no sería correcto confundir ambos conceptos (Gomez, 2006) .

#### **1.3.4. El concepto restrictivo de autor:**

Como ya se vio con anterioridad, en relación al concepto unitario y extensivo de autor, se ha podido determinar que, ambas posiciones son inidóneas, para efectos de determinar la autoría y la participación, especialmente en los delitos especiales; motivo por el cual se hace necesaria mantener posición de un concepto restrictivo de autor, especialmente en referencia a la codelinuencia en los delitos especiales, tal es el caso del instrumento doloso no cualificado, en ese sentido pasaremos a exponer las principales teorías, que se ha desarrollado en base al criterio restrictivo de autoría. (Gomez, 2006)

### **1.4. La participación en los delitos de dominio**

El partícipe es todo aquel que interviene en el ilícito sin ser autor, debido a su actuación dentro de su ámbito de organización, su aporte en el hecho es atenuada, pues no tiene el dominio del hecho, o no ostenta los requisitos de la autoría de acuerdo a la naturaleza del delito, el fundamento del injusto de la participación, se deriva del fundamento de la

responsabilidad del autor, sin embargo el fundamento de la responsabilidad del partícipe se determina de modo distinto al de la autoría (Jakobs G. , 1997). “La participación es un ataque autónomo al bien jurídico mediante colaboración dolosa no constitutiva de autoría en un hecho típicamente antijurídico cometido con dolo típico” (Roxin C. , 2016).

En los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención es indiferente; basta cualquier “causa” de la índole que sea, de manera que, en lo que se refiere a la irrelevancia de las formas externas de conducta, cabe advertir una concordancia con el concepto extensivo de autor. El fundamento de punición reside aquí, como en todos los demás tipos en la lesión del bien jurídico, si fuera de otro modo no podría haber en absoluto partícipes no cualificados. Al concepto de autor de los delitos de infracción de deber, obtenido primariamente del análisis del tipo, le sigue secundariamente una concepción de la participación que se desvincula totalmente de los conceptos de subordinación de la voluntad y del dominio del hecho.

De ahí que, es “perfectamente posible la participación en hechos principales no dolosos, porque aquí no es el dolo, sino el deber el elemento distintivo determinante entre autoría y participación” (Roxin C. , 2016). Asimismo, en los delitos de infracción de deber no se hace la distinción entre complicidad primaria y complicidad secundaria como en la teoría del dominio del hecho” (Salinas Siccha, 2018)

## **2. La teoría de infracción de deber:**

### **2.1 Concepto de Roxin**

En cambio, como dice Gómez, “la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concreta en el criterio de la infracción del deber. Ejemplo de ellos son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de delitos contra la administración

pública, en los cuales autores aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no les alcanza a todas las personas. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será quien lesione el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión”.

Roxin considera que el dominio del hecho no bastaría para determinar la autoría en todos los delitos (Gomez, 2006).

Según Roxin, “aparte de los delitos de propia mano, era necesaria realizar una distinción entre dos tipos de delitos, estos son, los delitos comunes o de dominio y los especiales o de infracción de deber. Se debe tener en cuenta que en un primer momento Roxin consideró dentro del grupo de delitos especiales a los delitos culposos, los delitos de omisión, los delitos de propia mano y los delitos de deber. En los delitos comunes, la fundamentación de la autoría, se realiza a través, del criterio del dominio del hecho, y la ausencia de ésta determina, la inexistencia de una conducta de participación; mientras que, en los delitos de infracción de deber, el criterio del dominio del hecho resulta siendo inoperativo; siendo el criterio a tomar en cuenta, la lesión de un deber específico extrapenal”. (Reaño, 2014).

Estos dos criterios que fundamentan la autoría, son para Roxin, completamente autónomos entre sí; el criterio del dominio del hecho, resultaría de las singularidades del curso concreto del suceso. Por el contrario, en los delitos infracción de deber, la fenomenalización externa que manifieste la intervención resulta siendo irrelevante; por esta razón, al igual que en los delitos de dominio, el único criterio que debiera ser aplicado sería el dominio del hecho, en los delitos de infracción de deber, el único criterio aplicable viene a ser la infracción de un deber jurídico extrapenal (Gomez, 2006). Ese criterio, al que hace mención Roxin, según él, no sólo tiene validez a efectos de fundamentar la autoría en los

delitos especiales, sino también es aplicable en la determinación de la coautoría y autoría mediata, entre tanto, la jurisprudencia se adhiere a ella de manera progresiva, ya que su construcción teórica brinda soluciones a los problemas de autoría y participación en los delitos que contienen deberes especiales en el tipo (Pariona, 2013)

## **2.2 Concepto de Jakobs**

Jakobs, propone un sistema de la teoría del delito, que no se basa en la teoría del delito “post finalista”, que era dominante en el ámbito doctrinario, y que hacía la distinción entre acción y omisión, entre dolo e imprudencia, analizando cada elemento dentro de la tipicidad (Bacigalupo E. , 2004). “Para Jakobs debe distinguirse, desde el principio, entre dos clases de delitos: los delitos de “responsabilidad por competencia por organización” y los “delitos por competencia institucional” (Gomez, 2006) En el primero de ellos, el deber prescrito en la norma regula toda la relación entre el objeto de protección y el autor; en los segundos, el deber sólo se limitaría a asegurar penalmente una relación ya existente con prescindencia del deber (Gómez, 2006).

Para Jakobs, el criterio de dominio del hecho, solo debe limitarse, a efectos de fundamentar la autoría en los delitos comunes, es decir, delitos cometidos por cualquiera, en los que, según él, se configura una competencia organizacional, que consiste en organizar la esfera organizacional, de tal manera que no sea dañosa para los demás. Una aproximación al concepto de autor en los delitos de infracción de deber, que nos brinda, (Jakobs G. , 2010)

Sin embargo, también hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no solo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber). En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en

absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión, y, en caso, de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido en los delitos de infracción de deber, los autores se encuentran en una posición de garantes, esto es, tutelar el bien jurídico institucionalmente asegurado, en ese sentido (Jakobs G. , 1997) nos brinda un ejemplo: “el tutor, a quien un tercero le da el consejo, que resulta exitoso, de cómo esa tercera persona puede sustraer el patrimonio del pupilo confiado a su cuidado, es autor del delito de administración desleal (...)” en el supuesto planteado el tutor será autor, aunque le falte el dominio del hecho, que en este caso lo ostenta el tercero. Continúa Jakobs, en relaciona a la posición de garante que configura el deber institucional, señalando que: incluso los delitos comisibles por cualquiera se convierten en delitos de infracción de deber, hasta en caso de comisión; así pues, la participación decae en favor de una autoría más amplia. Ejemplo: la muerte de su hijo menor de edad es delito de infracción de deber para los padres, de modo que siempre se da la autoría, sin tener en cuenta si se da o no intervención, y en qué medida; si la muerte sobreviene mediante entrega de un medio para suicidarse, a la responsabilidad por el delito de infracción de deber se añade la responsabilidad por autoría mediata. (Jakobs G. , 1997)

### **2.3. Las instituciones positivas**

Las teorías del dominio del hecho tradicionales, utilizan los criterios de la autoría y participación de los delitos comunes para fundamentar la imputación penal del *extraneus*, cuando interviene en un delito de infracción de deber, los defensores de estas teorías clásicas y/o tradicionales coinciden en señalar que el *extraneus* podrá intervenir en calidad de autor o cómplice, dependiendo a si tuvo o no el dominio del hecho; esto es, si el *intraneus* es quien ostente el dominio del hecho, le será imputado el delito de infracción de deber a título de autor, mientras que al *extaneus* que coadyuva material o psíquicamente a menoscabar

las instituciones positivas, se le imputará a título de partícipe (Sanchez, 2002) sin embargo si el *extraneus* es el que tiene el dominio del hecho, será autor del delito, debido a su organización defectuosa, lo que conlleva una creación de riesgos dentro de su competencia (Mir, 2015) En ese orden de ideas, el *extraneus* que interviene en un delito de infracción de deber, será considerado partícipe cuando haya infringido un deber organizacional, esto es, el *neminem laedere* negativo de forma directa; por otro lado, si del dominio del hecho, se tiene que tratándose de delitos comunes, la creación riesgos típicos a las instituciones positivas, a través de la infracción directa del *neminem laedere* negativo, con dominio del hecho, configura la imputación a título de autoría en ese sentido, la doctrina ha desarrollado dos teorías, para tratar de fundamentar la intervención del *extraneus* en un delito de infracción de deber, los cuales son, las teorías individualizadoras y las teorías unificadoras

#### **2.4. La intervención delictiva en los delitos de infracción de deber**

Al tratarse de un “delito de infracción de deber, no es posible que dos o más sujetos públicos que participan en el pacto colusorio con los terceros interesados respondan a título de coautoría, pues cada sujeto público al actuar de esa forma habría infringido el deber especial personal que le impone la ley penal y, por tanto, sólo responderán como autores. Recuérdese que en este tipo de delitos, el dominio del hecho ya no es relevante para la determinación de la autoría y las otras formas de intervención delictiva. En el mismo sentido, no es posible la materialización de autoría mediata, pues cuando el sujeto público instrumentaliza a otro mediante (engaño o coacción) para que participe en el acto mismo de la concertación, responde como autor simplemente, pues con su proceder está infringiendo directamente sus deberes especiales impuestos por la ley penal” (Salinas S., 2009)

#### **2.5. La teoría de la unidad del título de la imputación**

De acuerdo con esta teoría, si bien, no podría imputarse la intervención del *extraneus* a título de autor, debido a que no concurre en él los elementos personales intrínsecos de la autoría, en cambio sí podría responder como partícipe; ello en virtud a los principios de la teoría del dominio del hecho, que sostiene que será partícipe todo aquel que colabore con el autor, situación que es aplicable también al caso del *extraneus* que interviene con un *intraneus* en la realización de un delito especial, en ese orden de ideas, los *intraneus* y *extraneus* responderían ya sea por un delito especial o común, ello dependerá de cuál de ellos) tuvo el dominio del hecho, pero no podrán responder por delitos distintos (Perez, 1999) Los partidarios de esta posición sostienen que la incomunicabilidad de las circunstancias, fundamentan la participación del *extraneus* en un delito especial, en sentido contrario a lo sostenido a la teoría de la ruptura del título de imputación (Abanto, 2004). La ventaja de esta teoría, es que políticamente subsana las deficiencias de la teoría la ruptura del título de imputación, pues la intervención del *extraneus* en un delito especial no podrá quedar impune, en ese sentido en los denominados delitos especiales propios o en sentido estricto, la conducta del *extraneus* podrá imputársele a título de cómplice, y en los denominados especiales impropios, de igual manera serían considerados partícipes del delito especial si no tuvo el dominio del hecho, mientras que si tuvo el dominio del hecho será autor del delito común; también se tiene que, desde un punto de vista dogmático respeta el principio de accesoriadad, pues parte del concepto de autoría como *conditio sine quanon* para la existencia de la participación.

## **2.6. La teoría de la ruptura del título de la imputación**

Según esta teoría, cuando en los delitos de infracción de deber intervengan un *intraneus* y un *extraneus*, cada uno de ellos responderá por distintos títulos de imputación (Rueda, 2001). Esto quiere decir que, el *intraneus* responderá como autor del delito especial (peculado por

ejemplo), si es que tuvo el dominio del hecho; mientras que si fue el *extraneus* quien tuvo el dominio responderá como autor; pero no de un delito especial, sino de un delito común subyacente (apropiación ilícita por ejemplo); en ese orden de ideas, en el primer supuesto el *extraneus* responderá como partícipe del delito común subyacente (apropiación ilícita) y respecto al segundo supuesto el *intraneus* responderá como partícipe del delito especial (peculado). (García Cavero, 2008).

Así mismo el fundamento de la ruptura del título de imputación se encuentra en la incomunicabilidad de las circunstancias personales, el mismo que se encuentra previsto en el artículo 26° del código penal peruano, y en el artículo 65° del código penal español, criterio que según los defensores de esta teoría impediría que se le pueda imputar un delito de infracción de deber ya sea a título de autor o partícipe a un *extraneus* que interviene concretamente en la comisión de un delito contra la administración pública, sino solo se le podrá imputar un delito común (Salazar, 2011) cabe decir que consideran que solo los funcionarios y servidores públicos podrán responder como autores o partícipes de un delito especial (Gimbernat, 1997). Esta posición ha tenido acogida en nuestra jurisprudencia nacional en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006-Ucayali, y la Casación N° 782-2015-Del Santa

### **3. Diferencias entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber**

Los delitos de infracción de deber o más propiamente, los delitos en virtud a una relación de corte institucional, han sido diferenciados de los delitos especiales por Jakobs: en los delitos especiales siempre se limitará el círculo de posibles autores mediante la exigencia en el tipo penal de ciertas cualidades o condiciones respecto al sujeto activo que modifican la responsabilidad penal. En este sentido, la imputación jurídico penal no se basa en una responsabilidad penal. En este sentido, la imputación jurídico penal no se basa en una responsabilidad en virtud a una institución positiva, sino, en

cambio, en una responsabilidad por la organización de la esfera de libertad, esto significa que la cualificación servirá, a lo sumo como factor de autoría, pero no como fundamento de responsabilidad penal, por el contrario, en los delitos de infracción de deber, la responsabilidad penal se fundamenta en los deberes especiales que nacen de una institución positiva determinada por la configuración social y que es garantizada por una norma penal. Si bien ambas clasificaciones están referidas a la órbita de sujetos idóneos para ser autores, la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación como delito de infracción de deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación. (Reaño, 2014), este autor afirma que también es posible que los delitos de infracción de deber puedan revestir una estructura formal de un delito de dominio y por tanto que las expectativas normativas de carácter institucional sean dirigidas a cualquier persona.

- **Visión formal:** Por la sola restricción formal del círculo de autores tenemos; Delitos común y delitos especiales.
- **Visión material:** por los fundamentos materiales de la restricción o no de autores tenemos: delitos de dominio de delitos en virtud de la competencia por organización y delitos de infracción de deber o en virtud a una competencia institucional.
- **Visión forma y material:** Delito especial de dominio y delito especial, (formal propiamente dicho o de infracción de deber (material).

## **Sub Capítulo IV**

### **Análisis del Tipo penal de Tráfico de influencias**

#### **1. Denominación:**

Este delito se denomina también a nivel dogmático doctrinario como delito de “venta de humo”, en palabras del maestro Hurtado Pozo (2006) esta “Denominación oficiosa que como bien afirma Hurtado Pozo si bien no

concuera con todas las formas en que puede materializarse el delito previsto en el artículo 400, también es cierto que por tradición legislativa y jurisprudencial su uso no afecta la interpretación del contenido del tipo penal 400° del Código Penal. Por lo demás, en el Derecho penal, parte especial, es difícil encontrar que alguna denominación o etiqueta dé cuenta de todos los supuestos delictivos que determinado artículo del Código Penal tipifica”.

La explicación que hace Abanto (2014) sobre la curiosa denominación es que “Esta frase insinúa ya el origen romano de esta figura (vendido fumi): un amigo del emperador Alejandro Severo vendía secretamente la influencia que él supuestamente tenía (pero que no era cierta) y, tras ser descubierto, fue condenado a muerte por asfixia con humo”

## **2. Antecedentes:**

Si nos remontamos al código de 1924, que es el antecesor a nuestro catálogo penal actual, se puede señalar de forma original, este tipo penal no se encontraba regulado, su incorporación recién se dio en nuestro ordenamiento jurídico penal el 12 de julio del año 1981 a través de la puesta en vigencia en esa fecha mediante el decreto legislativo N° 121, mediante esta norma con rango de ley se incorporó al Código de Mauritua el delito de tráfico de influencias en el artículo 353-A. al respecto Salinas Siccha (2019) hace una severa crítica sobre este tipo penal, debido que fue introducido en el texto final del mencionado decreto legislativo, pero no estuvo inicialmente en el proyecto del decreto legislativo, así el conocido magistrado nacional explica que a consecuencia de ello “no se discutió académicamente por los entendidos en materia penal las razones sustantivas y de política criminal para tipificarlo. Constituyó una expresión de la idea políticamente dominante de entonces, que apuntaba a reprimir de manera eficaz a los funcionarios que durante el gobierno militar habían cometido delitos contra los intereses del Estado”. Señala Hurtado Pozo que “Como fuente extranjera de este delito cabe citarse,

sólo como fuente indirecta, el artículo 147 del Código Penal colombiano, ¡pero antes de la dación del Código de! 2000, pues en este texto, se tipifica en el artículo 411 de modo diferente” (Hurtado, 2006)

Ya con la vigencia del Código Penal de 1991 se puso en vigencia este delito en el artículo 400 aunque, claro está, ha sufrido modificaciones legales que es necesario señalar: la primera modificación se dio con la ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004. Luego se hizo una reforma, que eliminó el tráfico de influencias simuladas, mediante la ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, sin embargo, fue reincorporada esa modalidad delictiva, en un poco más de un mes mediante ley N ° 29758, del 21 de julio de 2011. Luego sufrió una nueva modificación en su texto legal mediante la ley N° 28355, de forma posterior se reformó nuevamente el tipo penal con la ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013; por último, el texto vigente en la actualidad se reguló mediante la modificación dada en octubre de 2016 mediante decreto legislativo N° 1243.

Todas estas reformas han desembocado en la prescripción final del artículo 400 del Código penal que a la letra señala:

“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 u n funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el agente es u n 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”

### **3. Análisis de tipicidad objetiva:**

#### **3.1. Comportamiento típico:**

Como afirma Salazar Sánchez (2003) “el comportamiento típico del delito está dado por el núcleo rector principal 'invocar con el ofrecimiento de interceder', los verbos rectores complementarios 'recibir', 'hacer dar' o 'hacer prometer'; los medios corruptores por los sustantivos 'donativo', 'promesa' o 'cualquier otra ventaja' y el elemento finalístico 'con el ofrecimiento de’”.

Salinas Siccha señala que con los elementos señalados previamente se puede establecer las modalidades siguientes:

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

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

- El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace dar para sí o para un tercero, promesa con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.
- El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace prometer para sí o para un tercero, promesa con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.
- El agente, invocando o teniendo influencias reales, recibe para sí o para un tercero cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.
- El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace dar para sí o para un tercero cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.
- El sujeto activo o agente, invocando o teniendo influencias reales, hace prometer para sí o para un tercero cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.
- El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, recibe para sí o para un tercero donativo con el ofrecimiento

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

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

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

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

### **3.2. Elementos de la tipicidad objetiva:**

#### **3.2.1. Sujetos del delito**

##### **3.2.1.1. Sujeto activo**

Surge aquí un problema y es que al poder ser cualquier sujeto el autor del delito, pues la calidad de funcionario o servidor solo fundamenta un agravante del segundo párrafo del artículo 400, existe un sector de la doctrina que señala que se trata de un delito de dominio y no de uno de infracción de deber, por lo que su ubicación no es correcta dentro del capítulo de delitos contra la administración pública. De ahí que como sostiene Salinas Siccha “al tratarse de un delito común, para identificar quién es autor o coautor y quiénes pueden ser partícipes del grave delito, sirve la teoría del dominio del hecho. De modo que la teoría

de la infracción del deber desde la óptica de Roxin no resulta aplicable, toda vez que su aplicación tendría como resultados prácticos decisiones tanto arbitrarias como absurdas”, lo cual es más que discutible de cara a lo que se ha señalado en la jurisprudencia donde se señala que es el buen funcionamiento de la administración pública el bien jurídico que se protege de manera general, y por tanto si debe ubicarse dentro del catálogo de delitos contra la administración pública.

#### **3.2.1.2. Sujeto pasivo**

Respecto a ello existe una gran controversia debido a que, autores como Fidel Rojas (2002) y Abanto (2014) consideran que el tercero a quien se le hace la oferta, o el funcionario a quien se dirige la influencia, son víctimas de delito. Casi de igual opinión es el profesor Hurtado Pozo (2006), para quien cuando el tercero es engañado mediante un ofrecimiento de una simulación simulada, puede considerarse víctima del delito.

En posición disímil se encuentra Salinas Siccha (2019) para quien, “El sujeto pasivo solo es el Estado como único titular del bien jurídico protegido. El tercero a quien es ofertada la influencia por el traficante, el funcionario o servidor público, a quien va dirigida la influencia que invoca el vendedor de humo, de modo alguno se constituyen en sujetos pasivos del delito”.

### **3.2.1.3. El tercero interesado**

Conforme el Acuerdo Plenario N° 03- 2015 CJ/116, se ha señalado que “el comprador solicitante de influencias, es decir, el interesado en el delito de tráfico de influencias, sólo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el Vendedor de influencias mediante un influjo psíquico en este. Deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por lo tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente”

Añade el fundamento 9 del citado acuerdo que “aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias”

### **3.2.2. Invocar o tener influencias reales**

Como afirma Fidel Rojas (2002), esto se puede dar “cuando el traficante ante un tercero interesado, invoca, cita, alega o

aduce tener influencias dentro de la administración de justicia para lograr que sus funcionarios o servidores públicos se pronuncien en un sentido determinado en los procesos judiciales o administrativos que el tercero interesado eventualmente tiene. El traficante se puede valer de su superioridad jerárquica o de cualquier relación de la que se derive una posición de ascendencia como por ejemplo amistad cercana o familiar, a cambio de recibir una ventaja efectiva o potencial”; o cuando “cuando el traficante -el sujeto activo- de modo objetivo, y ante cualquier persona, evidencia en forma automática tener influencias. En este supuesto no aduce o alega tener influencia, el tercero interesado la deduce por el cargo que desempeña y es el tercero interesado el que se acerca o aborda al traficante quien le señala simplemente que, si tiene influencias con tal o cual funcionario y por lo tanto podría influenciar, pero a cambio de una ventaja indebida”

Al respecto apunta Salinas (2019) que “no es necesario verificar si el traficante cumplió su palabra de llegar al funcionario e influenciar; menos es trascendente verificar si el funcionario o servidor público de la administración jurisdiccional o administrativa realiza lo prometido por el traficante”

### **3.2.3. Invocar o tener influencias simuladas**

En palabras de San Martín Castro, Caro Coria y Reaño (2002), esta se da cuando “el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma ni capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada. La doctrina

peruana en forma mayoritaria considera que esta modalidad no posee entidad lesiva para el bien jurídico que se pretende proteger, debiéndose optar por la descriminalización, al no configurarse las exigencias de antijuridicidad material”, esta postura permitió despenalizar en el año 2011 esa figura, ya que ello se podría, en todo caso, resolver, como señala Abanto (2014), como la aplicación del delito de estafa.

En posición contraria, Salinas Siccha (2019) señala que “es pertinente en nuestro sistema jurídico desde la perspectiva del bien jurídico específico que se pretende proteger, esto es, el prestigio y buen nombre que tiene, debe tener y mantener la Administración pública en todos sus ámbitos incluido el de la justicia jurisdiccional y administrativa”

A nivel jurisprudencial la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 03- 2015 CJ/116, ha sido enfático en señalar que “...en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la Administración pública, que se ve dañada por el agente que lucra a costa de ella. Siendo así se cumple el principio de lesividad. De modo que el invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad por lo que su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva ex ante en el caso concreto la conducta es objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la Administración pública, que en buena cuenta garantiza su credibilidad” (Fundamento jurídico 16)

#### **3.2.4. Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero**

Muy explícito es el profesor Hurtado Pozo (2006) cuando nos explica que “El recibir significa que el agente acepta, acoge, admite, embolsa o toma el donativo u otra ventaja o beneficio que el tercero interesado le entrega a cambio de las influencias que ofrece aquel. El tercero interesado ya está predispuesto a hacer la entrega a cambio de la promesa de influenciar. Mediante el uso del verbo recibir, el legislador ha pensado, en primer lugar, que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja. Mediante el acto de entregar -en caso de no existir pedido de parte de quien recibe- se da empuje al agente a aceptar y recibir la ventaja, ocasión en que este último ofrece interceder para hacer lo que le pide el tercero”

Por “hacer dar” Fidel Rojas (2002) señala que “se traduce en el hecho que el agente traficante, invocando tener influencias, logra que el tercero interesado le dé o facilite un donativo u otra ventaja o beneficio. El agente no se limita a recibir, sino a hacer nacer en el tercero interesado la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el traficante”; en cambio, “prometer”, señala Abanto (2014) implica “que el agente, invocando tener influencias, logra que el tercero interesado le ofrezca, proponga, pacte o prometa la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole en un futuro cercano. Mayormente aparece cuando el agente logra que el tercero interesado le ofrezca entregar donativo una vez que el funcionario o servidor de la administración de justicia se pronuncie en un determinado sentido”

### **3.2.5. Donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio**

Precisa Hurtado Pozo (2016) que “promesa”, aunque el término es mal utilizado debe ser entendido como “un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del delito. El delito se consume con la verificación de la simple promesa”

Donativo, aunque Hurtado Pozo (2016), critica la inexactitud del término por cuanto, el donativo debe carecer de fin lucrativo, sino más bien posee una naturaleza humanitaria o benéficos; debe ser entendido en el contexto del desarrollo del tipo penal de tráfico de influencias como “aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete” (Salinas, 2019)

Cuando se refiere a “otra ventaja económica”, se hace alusión según Salinas (2019) de “comprende tanto cualquier beneficio patrimonial como no patrimonial, pero que implique una utilidad apropiada para que el agente convenga en recibirla o aceptarla como objeto de la promesa de parte del tercero interesado”, en sentido contrario, Rodríguez Delgado

(2014) “el contenido de la ventaja no puede ser otro que aquello que tenga un contenido económico o haya por lo menos un contenido patrimonial, pues de lo contrario un grupo de comportamientos socialmente adecuados podrían incluirse como punibles, orientando al Derecho Penal a una sobrecriminalización innecesaria”

### **3.2.6. Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público**

Como señala Abanto (2014), interceder se verifica cuando se aboga, se hace labor de terciar, de ser intermediario, de recomendar o de interceder, ante un funcionario o servidor público. Ahora bien, hay que tener en cuenta siguiendo a Fidel Rojas (2002) que “El contenido de esta intermediación puede versar sobre un petitorio lícito o ilícito, justo o injusto, pero deberá tratarse de un efecto que favorezca al interesado o allegado o no le perjudique, o que perjudique a terceros”

### **3.2.7. Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo haya conocido un caso Judicial o administrativo**

Como señala Fidel Rojas (2002) “solo es relevante la conducta cuando el funcionario o servidor público se halle en vinculación funcional con cualquiera de los dos procesos de dilucidación de conflictos señalados en el tipo -jurisdiccional o administrativo- y solo con relación a ello, excluyendo taxativamente a cualquier otro funcionario o servidor y a cualquier otro proceso”. Es relevante como lo ha señalado la jurisprudencia nacional que, cuando se habla de funcionario o servidor en el contexto de este tipo penal “indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o

administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas -jueces- o amplias -fiscales- respecto del caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo” (R.N. N° 11-2003-Lima del 23 de julio de 2003,)

### **3.3. Tipicidad subjetiva:**

Como señala Hurtado Pozo (2006) “el agente actúa con conocimiento y voluntad de invocar influencias, luego de ofertar al tercero interesado influir sobre determinado funcionario o servidor público de la administración de justicia a cambio de un provecho indebido para sí o para un tercero allegado. El dolo, sin duda, se extiende a los instigadores y cómplices”. Es ahí que como señala Abanto (2014) “el dolo abarca no solamente el acto mismo de vender la influencia, sino también el compromiso de interceder en el futuro ante un funcionario público; por eso se trata de un caso de dolo trascendente o de intención”.

Según el tipo de dolo, la doctrina ha expresado de forma unánime que “solo se perfecciona por dolo directo, ya que el agente -al atribuirse capacidad de influencia sobre el funcionario o servidor público de la administración de justicia, así como el ofrecer interceder- está dirigiendo intencionalmente su accionar hasta la puesta en peligro del bien jurídico y a la obtención de provecho indebido. El agente en todo momento actúa movido o motivado por el objetivo de obtener un provecho o ventaja de cualquier naturaleza, puede ser patrimonial, sexual, laboral, etc. Actúa con ánimo de obtener ventaja” (Rojas, 2002). No es posible por tanto admitir la existencia de un dolo eventual.

### **3.4. Sanción penal:**

Salinas Siccha (2019) siguiendo en estricto lo que señala el Código expresa que “Si el acusado es encontrado responsable penalmente del delito que se le atribuye, luego del debido proceso penal, aquel será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”. Ahora si se trata de la agravante señalada en el Código Penal, la sanción es mayor por lo que la norma señala que “Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2, artículo 36 del Código Penal, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

## **Sub Capítulo V**

### **El principio de proporcionalidad penal**

#### **1. Definición:**

Nuestro Código Penal regula el principio de proporcionalidad en relación al hecho y su gravedad con el tipo de sanción que se establece para cada figura penal de la parte especial, así como, la dosificación e imposición que debe hacer el juez al momento de imponer una sentencia condenatoria. No debemos olvidar que la proporcionalidad de la sanción no solo alcanza al que hacer del juez quien impone una condena y debe determinar el tipo de pena y la medición cuántica de esa sanción, sino que este principio tiene su punto de origen en la pena legal, tipo o pena conminada que el legislador penal le adscribe a cada modalidad delictiva.

En ese sentido, no le falta razón al profesor Prado Saldarriaga (2002) cuando afirma que: “este principio, que en sede penal afecta al injusto del hecho – no a la atribuibilidad del injusto al autor, propio del principio de culpabilidad, - es decir, a la relación del injusto y la de la pena, se expresa en una triple dimensión: la intervención restrictiva de los poderes públicos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada. Ello significa que la proporcionalidad se mide en abstracto y en concreto; la primera, referida al establecimiento de conminación legales, y la segunda circunscrita a la imposición de penas, y en ambos casos exige, como común denominador, que guarde relación valorativa con el hecho cometido, contemplado este en su significado global”

Espitz Beteta, señala que, “principio de proporcionalidad debiera cobrar mayor importancia al momento de que los jueces [conocedores del derecho] se encuentran ante la inminente amenaza que pretende limitar el ejercicio de derechos fundamentales, y no únicamente para fundamentar una pena o medida de seguridad, sino también para fundamentar cualquier decisión que tenga como consecuencia el límite a un derecho fundamental”, sin embargo, el mayor grado de ponderación y análisis entre la gravedad o dañosidad del injusto y la reacción penal que se espera como consecuencia de la realización de esa conducta cobra vital importancia cuando se decide la imposición de las penas por parte del juez, tomando como baremo el marco punitivo que, se supone, haciendo ya un previo ejercicio de proporcionalidad abstracta, ha señalado el legislador.

## **2. Alcances del principio de proporcionalidad de la pena: relación con los fines de la pena**

El principio de proporcionalidad en relación a las conductas y las sanciones penales que se imponen en el marco de un debido proceso penal, nos dice Mir Puig “implica en general, (...) el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial

(proporcionalidad concreta)” (Mir Puig, 2005). De ahí que como sostiene Quintero Olivares (1982) “ el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi”

Como bien sostiene Silva Sánchez (2007), con respecto a la proporcionalidad en sentido abstracto implica “el balance de valores que debe tener en cuenta el legislador en el momento de la conminación penal, para que se pueda cumplir eficazmente dicha finalidad. Lo que se pone en dicha balanza es, por un lado, el aprecio que siente el legislador por los valores que quiere proteger, y por el otro, el aprecio que el eventual delincuente siente por los bienes de los cuales se le amenaza con privarlo”.

Cabe mencionar que los alcances de la sanción incorporada a los delitos y faltas en el Código Penal y en las leyes especiales tiene que tener estricta relación con los fines de la pena, pues ahí donde la pena es muy excesiva o cuando esta es muy reducida entonces no podrá alcanzar el fin resocializador de la penas, es decir, que si la sanción es diminuta y efectiva no alcanza sus fines, y cuando esta es extremadamente excesiva o se incrementa de forma injustificada, se deslegitima una finalidad resocializadora y, en su lugar, se daría paso a un sistema inconstitucional de la pena entendida como mera instrumento de venganza: fin retribucionista. Es por ello que le asiste la razón a Silva Sánchez al indicar que “el ideal jurídico es que la pena llene en el más alto grado de su función y sus fines inherentes, con el mínimo de mal para el delincuente. Solamente así se logra un régimen sancionatorio que sea, al mismo tiempo, eficiente y respetuoso de la persona humana”

Es más que explicativo y extremadamente claro, lo que nos dice el profesor Juan Bustos Ramírez, pues explica que no es constitucional y el contrario a lo jurídicamente válido que ante supuestos delictivos de igualdad gravedad o dañosidad se establezcan sanciones iguales pues ello, implica una desobediencia al principio de igualdad, por el que no hay que dar un trato igual cuando estamos en situaciones o condiciones distintas. De esta forma explica el profesor que “la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo. Esto significa la exclusión de penas iguales para hechos diferentes, puesto que esto implicaría una discriminación. Así, un ataque a la vida nunca podría tener la misma pena que un ataque al patrimonio. Por ello, dice Bustos, hay que ir desmontando todo el sinnúmero de desigualdades y discriminaciones que se encuentran en la ley penal, y ello dado que el derecho penal es *última ratio* y por tanto su eficacia es muy relativa para la superación de la cuestión criminal, y más bien, es el derecho el que la define políticamente” (Bustos, 1997)

Lo dicho en el párrafo anterior implica que la creación legislativa de la sanción que acompaña como consecuencia jurídica al delito debe guardar estricta coherencia con los fines que de ese castigo se esperan, de lo contrario, la sanción será desproporcionada. La idea la resume Silva Sánchez (2007) de la siguiente forma: “La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y, sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político criminales)”. En relación a ello y como resultado dinámico de lo que de manera abstracta implica la proporcionalidad penal, se tiene que, como dice Quintero “que dicho principio exige que la actuación dolosa se califique como más grave que la imprudente, que la reacción penal a la tentativa sea de menor entidad que la aplicada a la consumación, etc. Pero también se invoca para argumentar el distinto tratamiento penal dirigido a los

infractores adolescentes en relación con el que corresponde a los sujetos adultos. En fin, sin tener el mismo contenido del principio de igualdad se trata de aplicar desigualmente un tratamiento a lo desigual en el marco de una valoración material y político criminal”

### **3. Proporcionalidad y determinación de las penas**

Como bien afirma Castillo Córdova (2004), “en materia penal, el poder punitivo del Estado (ius puniendi) se manifiesta a través del establecimiento de sanciones de las conductas previamente definidas como delictivas. De ahí que en el ámbito penal se suela hablar del principio de proporcionalidad de las penas”. De ello puede dar cuenta el Tribunal Constitucional del Perú, señala que la proporcionalidad se relaciona con la determinación judicial, y además con la administrativa en la dosificación de la sanción penal que se espera imponer producto de un debido proceso penal. De ahí que el Tribunal ha señalado que “el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena” (Exp. 0010–2002–AI/TC, FJ N° 139). Nos explica el mismo autor que “Cuando se hable del principio de proporcionalidad de las penas, por tanto, hay que considerar la eficacia en tres ámbitos: la determinación legal de las penas (son las penas que de modo abstracto y general el legislador prevé para los diferentes tipos penales); la determinación judicial de la pena (son las concreciones que en cada caso hace el juez al sancionar con una pena determinada al que incurre en conducta delictiva); la determinación administrativa de la pena (que se manifiesta en la ejecución de la pena y está muy relacionada con la aplicación de los beneficios penitenciarios que pueda decretar el juez de ejecución penal)”.

Ahora bien, para efectos de entender la proporcionalidad que se debe usar en la determinación legal o abstracta de la pena, es preciso señalar que nuestro Tribunal Constitucional ha expresado que “indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma” (Exp. 0010–2002–AI/TC, FJ N° 139).

El principio de proporcionalidad implica, para la determinación de la pena, que primero se persiga un fin constitucionalmente legítimo, así pues, el propio Tribunal ha expresado que “el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución” (Exp. 0010–2002–AI/TC, FJ N° 139), ello acompañado al fin de protección del bien jurídico y a la lesión o entidad de daño a ese bien jurídico. Como apunta Castillo (2004) “La idoneidad de una ley penal, por ejemplo, no sólo se definirá a partir de que la medida sea apta para conseguir la protección de un bien jurídico en particular, sino que su idoneidad se definirá también con respecto a su eficacia para lograr “la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

Con respecto al sub test de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto nos dice el mismo autor que “para que la medida cuya proporcionalidad se examina supere el juicio de necesidad, debe ser una medida que se ajuste a las exigencias de dos principios de derecho penal: el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima” y para que haya proporcionalidad propiamente dicha, se analiza en dos ámbito “en el de la

previsión legislativa; y en el de la aplicación judicial”. La primera se le denomina proporcionalidad abstracta, es decir, aquí se “exige que exista un equilibrio entre la gravedad de la pena dispuesta legislativamente para un delito (marco penal), la relevancia del bien jurídico que se protege con la previsión del delito, la forma (gravedad) del modo como se ha afectado el bien jurídico, y las propiedades subjetivas con las que actuó el delincuente. Estas consideraciones deberán ser examinadas conjuntamente a efectos de determinar si supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. De manera que es una exigencia del principio de proporcionalidad el que las penas más graves deberán ser reservadas para las afectaciones más graves de bienes jurídicos especialmente importantes para la sociedad a través de conductas dolosas” (Castillo, 2004). El segundo, se refiere a la proporcionalidad concreta en cuanto a la determinación de la pena. Primero hay que tener en consideración el principio de legalidad porque no puede imponerse pena proporcional si esta no se encuentra prevista en la ley para reprimir un delito, de ahí que el principio de legalidad también se relaciona con el de proporcionalidad, o se puede manifestar que es su condición previa, pues la pena debe estar prevista en la ley de forma escrita, de forma expresa, así como de forma previa para punir una conducta delictiva. Castillo Córdova (2004). Al respecto señala que “se deberá tener en cuenta que la proporcionalidad que se exige en el ámbito penal es una proporcionalidad en sentido garantista, es decir, que ha de servir para determinar los grados máximos de penalidad y no para definir grados mínimos irreductibles. Esto significa que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto está pensado para impedir que se condene a un sujeto a una pena mayor a la que resulte de la relación de adecuación entre la importancia del bien jurídico lesionado, la gravedad en su afectación, la gravedad de la conducta y las calidades subjetivas del imputado”.

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **1. MATERIAL:**

- Textos bibliográficos referidos a las variables de investigación.
- Revistas especializadas de procesal penal.
- Código Penal de 1991 y sus modificatorias.
- Constitución Política de 1993.
- Jurisprudencia nacional referida a la temática de investigación.
- Fuentes informativas desmaterializadas

#### **2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:**

##### **2.1. Métodos Lógicos:**

- **Método Deductivo**

En esta investigación se usó este método, con la finalidad de llegar a probar la hipótesis formulada (particular) a razón de la información que se acumulará de las diferentes fuentes académicas referidos al tema objeto de la presente investigación.

- **Método Analítico- sintético:**

Dicho método está referido a desentrañar los alcances de las disposiciones para poder determinar aciertos, desventajas, con respecto a las normas legales en función al aporte de la doctrina, la jurisprudencia y la casuística, por tanto, en la presente investigación dogmática-jurídica, se utilizó este método para que, partiendo del aporte de la doctrina, demostrar la hipótesis y validarla.

- **Método Comparativo:**

Este método permite hacer una comparación entre la legislación de un determinado país con el resto de normatividad vigente en otros países. Asimismo, con este método se hizo una pertinente comparación de la regulación del delito de “tráfico de influencias”.

## **2.2. Métodos Jurídicos:**

- **Método Hermenéutico:**

Este método consiste en hacer una exhaustiva interpretación del contenido de las disposiciones normativas que recogen las instituciones jurídicas en las distintas áreas del derecho. De ahí que, este método jurídico permitió determinar los alcances y contenido de las variables objeto de la presente investigación para posteriormente poder comprobar la hipótesis planteada.

- **Método Doctrinario:**

La investigación que se propuso se usó este método para trabajar un marco teórico que pueda responder de forma adecuada a las conclusiones que se propondrán, así como, poder comprobar la respuesta tentativa al planteamiento del problema que se ha formulado en la presente investigación.

- **Método Histórico:**

Este método de investigación, busca un análisis sobre las figuras jurídicas de acuerdo a su origen a nivel de la historia del derecho ya sea en el ámbito mundial o a nivel interno. Se hizo uso de este método con la finalidad de determinar, la evolución legislativa del “tráfico de influencias” en los Códigos Penales y leyes nacionales.

## **3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:**

### **3.1. Fichaje:**

Mediante esta técnica lo que se hizo es recoger de forma sintética y de manera resumida la información que se recolectará conforme a los materiales que se utilizarán, luego se organizará para, finalmente poder digitalarla en el informe final de tesis. El instrumento que es propio para ejecución de la técnica aludida es: **la ficha.**

### **3.2. Análisis de Contenido:**

A través de esta técnica se extrajo los pronunciamientos de la doctrina, respecto a la temática abordada, para luego poder ordenarla en cuadros que sirvan de soporte para fortalecer la teoría que nutre a la investigación. El instrumento que es propio de la técnica antes referida es **la guía de observación.**

## CAPÍTULO IV

### RESULTADO Y DISCUSIÓN

Los delitos en el Código Penal peruano al igual que sucede en gran parte del derecho comparado se organizan en función del bien jurídico protegido. Así tenemos: los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, que abarca delitos como el homicidio simple, el sicariato, lesiones, el aborto y otros; delitos contra el patrimonio, en cuyo seno podemos encontrar al tipo penal de hurto, al robo, estafa, entre otros; o, los delitos contra libertad sexual o indemnidad sexual: violación sexual, violación en incapacidad de resistir, violación por engaño y muchos delitos más. En ese contexto, cobra vital importancia los “delitos contra la administración pública”, entendidos como aquel conjunto de conductas que lesionan, en general, el correcto funcionamiento de la administración pública. Los tipos penales que describen conductas que afectan este bien jurídico son muchos: Peculado, colusión, malversación, concusión, modalidades de corrupción de funcionarios (cohecho), enriquecimiento ilícito, y, por supuesto, el tráfico de influencias.

Es sobre el último de los delitos señalados en el párrafo precedente – tráfico de influencias- sobre el que se avocará la investigación. El tipo penal de tráfico de influencias se regula en nuestro Código Penal, específicamente en el artículo 400 de la siguiente forma:

“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” (texto del tipo penal).

“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” (texto del tipo penal).

Como se advierte, este es un delito que puede ser cometido por cualquier persona, y solo la calidad de funcionario o servidor público servirá para fundamentar la agravante del segundo párrafo. Además, el sujeto pasivo, como sostiene Fidel Rojas Vargas, es la administración pública y no la tercera persona que resulte perjudicada, pues esta deberá asumir los pasivos de involucrarse en la “compra-venta de influencias” (Rojas, 2016). Lo que se protege con este tipo penal es que no se afecte la “credibilidad sobre la imparcialidad y objetividad de la administración pública” (Reaño, 2009). Este delito, como puede fácilmente advertirse, para su configuración necesita la intervención de forma obligatoria y necesaria de dos sujetos: el “vendedor de influencias”, quien las ofrece, y, el que las compra: “el comprador de influencias”, es por ello que este es un delito de encuentro. El tráfico de influencias, se llegará a perfeccionar con la mera realización del “pacto de intercesión”, vale decir, cuando quien compra las influencias (el interesado) manifiesta su aceptación al ofrecimiento que le formula “el vendedor” de interceder ante el funcionario que corresponda, obviamente a cambio de otorgar la ventaja o beneficio al que hace alusión la ley. No se requiere, por tanto, la efectiva intercesión ante el funcionario público que ejerce, ejerció o ejercerá competencia en una asunto administrativo o judicial, sino basta únicamente con el acuerdo entre el “vendedor” y el “comprador” de influencias.

Pero como puede apreciarse, el tipo penal señala “influencias reales o simuladas”, por lo que, a decir de la doctrina y la jurisprudencia, este delito desdobra su tipología en: “tráfico de influencias reales” y “el tráfico de influencias simuladas”. En el primero, el sujeto activo ostenta una verdadera

capacidad de poder orientar las decisiones del funcionario público que haya sustanciado, vaya a sustanciar o este sustanciando una causa de índole judicial o administrativa; en el segundo, el sujeto agente carece de una real capacidad para poder incidir en las decisiones del funcionario, sin embargo, de manera falsa alega tenerla. En otros términos, habrá influencias reales, como sostiene James Reátegui (2014) cuando “efectivamente existen y se dan los supuestos en los que el sujeto activo realmente tiene el poder sobre la voluntad del funcionario”; por el contrario, las influencias serán simuladas cuando “el sujeto activo no tiene en realidad el poder para direccionar las decisiones del funcionario” (Salinas, 2019).

Ahora bien, de las modalidades del delito de “tráfico de influencias” es la simulada la que presenta serios cuestionamientos, dentro de los que se destaca aquel que tiene que ver con la notoria vulneración al principio de proporcionalidad de las penas, debido a que esta clase de tráfico de influencias tiene la misma pena abstracta que el tráfico de influencias reales, aun cuando definitivamente el grado de dañosidad no es el mismo. Es más, se ha cuestionado, inclusive, que haya un bien jurídico que respalde la existencia de esta modalidad del tráfico de influencias, pues, como se ha dicho, en líneas generales, no hay un verdadero detrimento de la administración pública, sin embargo, coincidimos con Torres Pachas, en el sentido que la institucionalidad de la administración pública fundamenta la existencia de las influencias no reales, pues en cierta medida, lo que se busca es evitar que haya una percepción de la administración pública como “endeble” donde se prepondera por sobre la capacidad de investigación y sanción, la existencia de influencias (Torres, 2012); sin embargo, no es menos cierto, que en el caso de las influencias reales, si se podrá poner en riesgo concretamente la imparcialidad y objetividad de la actuación de los entes públicos, lo cual no sucederá, por falta de idoneidad, en el caso de las influencias simuladas. Lo que, en todo caso, reitero podría lesionarse es la institucionalidad, o el “buen nombre y prestigio de la administración pública” (Salinas, 2019).

A pesar que existe un sector de la doctrina nacional -Reaño, San Martín, Abanto, entre otros- que señala que no se debe criminalizar la llamada “venta de humo”, es innegable que es un tipo penal que se encuentra regulado como delito en nuestra legislación penal nacional, y que se sustenta en la “institucionalidad”, como bien lo ha señalado la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 3-2015 CJ/116 y en la Casación 374- 2015 Lima: “De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que proteja la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento” (FJ 15); sin embargo, al ser “las influencias simuladas” menos lesivas en comparación de las reales, que, si efectivamente lesionan la objetividad e imparcialidad de la función pública, no deben tener la misma consecuencia jurídica, sino que, en función del principio de proporcionalidad, el tráfico de influencias simuladas debe tener una pena legal mucho más reducida.

Se afirma ello en relación a que como afirma Ignacio Berdugo (2010) “el derecho penal (...) debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico”. Ello implica entonces que el legislador al momento de señalar el extremo mínimo y máximo de la pena conminada “no debe olvidarse que penas desproporcionadas sólo pueden generar la desobediencia de la norma penal” ello se explica en que como señala Mir Puig “la exigencia de proporcionalidad no es solamente de orden jurídico, sino también requisito material de la prevención, pues sólo penas proporcionadas a la gravedad de los delitos y a su violación social están en condiciones de motivar a los ciudadanos al respeto a las normas”.

La proporcionalidad como muy bien explica el profesor José Luis Castillo Alva (2002), implica que “una medida legislativa, por ejemplo, podría llegar a ser inconstitucional por desproporcionada por no superar el juicio que se comenta ahora (proporcionalidad), si sanciona con la misma pena la

consumación y la tentativa de un delito; o si sanciona con la misma pena las conductas dolosas y las culposas”, a ello, agregaríamos que cuando las conductas reguladas en un mismo artículo, pero que no contienen igual grado de dañosidad no podrían tener penas iguales, pues ello, transgrediría de forma flagrante el principio de proporcionalidad abstracta, pues, no se podría condenar igual el peculado doloso que el peculado culposo, pues ello no es correcto en términos constitucionales en relación a la lesión al principio de proporcionalidad.

También representaría una lesión al principio antes aludido si es que se sancionara con la misma sanción a la colusión simple y a la colusión agravada, a pesar de que se encuentran en el mismo artículo pues supone, como bien indica Salinas (2019) un grado distinto de afectación al bien jurídico general correcto funcionamiento de la administración pública, además porque como lo ha apuntado la jurisprudencia en la colusión simple, lo que existe es la puesta en riesgo del patrimonio del Estado, en cambio en la colusión agravada, debe existir un real y efectivo perjuicio para el Estado, para lo cual se requiere una pericia contable (Casación N° 661- 2016 Piura). Es decir, que mientras que “el delito de colusión agravada importa defraudar a través de la concertación con el particular generando con ello un efectivo perjuicio patrimonial al erario público” (Casación 1678-2022 Piura), ello no es necesario en la colusión simple, es por ello, que se explica de cara al principio de proporcionalidad la diferencia de penas entre ambas formas de colusión. Lamentablemente ello, que debiera haberse tomado en cuenta para el delito de tráfico de influencias ha sido pasado por alto por el legislador penal.

La legalidad es imprescindible como presupuesto previo de la proporcionalidad, pues no se puede analizar la proporcionalidad de la sanción sin que esta esté de forma expresa, y de forma previa adecuadamente determinada en el Código Penal o en alguna ley como consecuencia de la comisión de un delito. Ello que parece muy simple y hasta obvio, no lo es tanto, porque la legalidad que va atada inescindiblemente con

la proporcionalidad, al menos en el ámbito de la proporcionalidad abstracta impone que el legislador declare “una prohibición de exceso que constituye uno de los principales derivados del principio de proporcionalidad” como afirma Castillo Alva (2002). Prohibición de exceso que no se cumple o no se observa en el caso del tráfico de influencias simulado, al que como ya se ha dicho, a pesar de no lesionar el mismo bien jurídico y contener una prescripción penal de menor entidad de daño de injusto, tiene la misma pena que la modalidad de tráfico de influencias reales.

En suma, el tipo penal de tráfico de influencias simulado tiene la misma reacción penal que el delito de tráfico de influencias reales, a pesar que el segundo reviste mayor dañosidad y lesiona en mayor grado que el primero, por lo que el principio de proporcionalidad abstracta que “impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer” se ve quebrantado, y con ello, se convierte en un tipo penal viciado de inconstitucionalidad, que deberá ser advertida por el juez al momento de la determinación concreta, ya que desde el punto de vista de la pena abstracta, el legislador inobservó esta máxima garantía del derecho penal. De no ser así, más conviene una reforma de lege ferenda al respecto. Ello, porque desde el punto de vista legislativo, o de pena conminada o pena tipo, se rompió la prescripción que contiene el Código Penal en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”

Está claro entonces que, como se ha señalado en el famoso caso Aurelio Pastor, si existe base suficiente para la existencia de un delito de tráfico de influencias simulado, pues lo que se busca es proteger la imagen de la administración pública (Casación N° 374-2015-Lima), no es menos cierto, que como señala Vives Antón (1996) la vaguedad, oscuridad y casi nula concreción para determinar el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias simulado, debió traer como consecuencia su no criminalización

“más aún, cuando los supuestos, efectivamente cercenadores de la función pública u otros bienes jurídicos, pueden quedar adecuadamente resueltos con la aplicación de otras figuras delictivas”.

Es claro que como afirma el maestro Muñoz Conde (2001) “el prestigio y el buen nombre de la Administración, es un concepto, en todo caso, ciertamente etéreo y difícilmente aprehensible”. No es posible que en el tráfico de influencias simuladas se ponga en riesgo el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública”, pues como bien dice Peña Cabrera “el agente no goza de la condición (cercanía) para llegar al funcionario público y, de esta forma, alterar la actividad regular del acceso a la administración de justicia”. En cambio, ello si es posible en el tráfico de influencias real, en donde se exige que como señala Reátegui Sánchez, que el sujeto activo “tenga una influencia real e inminente sobre el funcionario o servidor público competente a fin de determinar su voluntad”. De ahí entonces que la conducta de tráfico de influencias simuladas existe y se ha encontrado su justificación, sin embargo, tal conducta no reviste la gravedad que si tienen las reales en donde se lesiona o por lo menos se pone en riesgo el funcionamiento de la administración pública, razón por la cual, en el derecho comparado países como Colombia y Argentina en Sudamérica y España e Italia, en Europa, no han criminalizado tal conducta. Esto revela la mayor gravedad de la influencia real en comparación con la simulada, argumento no valorado por el legislador imponiéndose penas iguales a pesar que son injusto don diferente entidad de daño, como ya se dijo.

En ese orden de ideas es necesario que se regule mediante una modificación en la consecuencia jurídica de este delito, de la siguiente forma:

**Artículo 400: Tráfico de influencias:**

“El que, invocando o teniendo influencias reales, 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” (texto del tipo penal).

“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” (texto del tipo penal).

**Si las influencias son simuladas, la pena será no mayor de tres años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con noventa a ciento ochenta días-multa”** (texto de reforma).

“Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco 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” (texto de reforma)

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES**

1. El delito de tráfico de influencias es un delito que se encuentra en el capítulo de delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios, sin embargo, este no podría ser considerado un delito contra la administración pública, es decir, un delito de infracción de deber sino un delito de dominio pues puede ser cometido por cualquiera, además de ello, encuentra problemas para la determinación de la responsabilidad penal de los intervinientes en su configuración y el título de imputación que deben tener. Además de ello este delito en su regulación típica no sólo sanciona el tráfico de influencias cuando este es real sino cuando lo que se ofertan y se compran son influencias simuladas.
  
2. Este delito ha sido regulado en el Perú a partir de su modalidad real y su modalidad no real o simulada, a pesar de que en un momento en el devenir histórico de su evolución se despenalizó la última de las modalidades expresadas. En el primer tipo de tráfico de influencias, es decir, en la real, si se protege el correcto funcionamiento de la administración pública, ello no ocurre con la modalidad simulada, en la que según la jurisprudencia y a pesar del cuestionamiento y posturas disímiles y encontradas de la doctrina, lo que se busca proteger es el buen nombre y prestigio de la administración pública.
  
3. El principio de proporcionalidad de la pena tiene como presupuesto el principio de legalidad de la pena, pues no se puede hacer un análisis del mismo si la sanción no ha sido prevista por el legislador. La proporcionalidad puede ser abstracta o concreta, la primera es la labor del legislador de otorgar, al momento de señalar las penas en el Código Penal o las leyes especiales, una estricta coherencia entre la dañosidad del bien jurídico y la entidad de su lesión o puesta en riesgo que con la conducta se producen y

la sanción conminada que se impone; ello relacionado con la finalidad o fin que se espera con dicha sanción: la resocialización. En cambio, en la proporcionalidad concreta esa coherencia debe ser observada por el juez al imponer la condena en el caso concreto.

4. En el tráfico de influencias simuladas no se puede lesionar el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública como sí puede suceder en el caso de la modalidad de influencias reales, donde se ejerce una real e inminente y seria influencia sobre el funcionario que posee competencia con la finalidad de determinar su voluntad. Si bien es cierto, la jurisprudencia ha justificado la existencia de esta modalidad de tráfico de influencias, no es menos cierto que la doctrina ha cuestionado severamente su criminalización, y la legislación comparada, en no pocos casos ha despenalizado esa figura, ello debido a que su lesividad o dañosidad no es comparable a la modalidad de tráfico real de influencias, no siendo coherente una pena conminada igual para ambos supuestos. No se puede criminalizar con la misma sanción conductas con distinta entidad de injusto.

## CAPÍTULO VI

### RECOMENDACIÓN

1. Se recomienda que el legislador tipifique el delito de tráfico de influencias simulado de la siguiente forma:

#### **Artículo 400: Tráfico de influencias:**

“El que, invocando o teniendo influencias reales, 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” (texto del tipo penal).

“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” (texto del tipo penal).

**Si las influencias son simuladas, la pena será no mayor de tres años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con noventa a ciento ochenta días-multa**” (texto de reforma).

“Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa” (texto de reforma)

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Sentencia del Tribunal Constitucional , I Exp\_0019\_2005\_PI\_TC ( Tribunal Constitucional 21 de julio de 2005).

Abanto, M. (2004). *La autoría y participación en los delitos de infracción de deber*. Lima: Revista penal.

Alberto, B. (2002). *Iniciación al procesal penal acusatorio* . lima: Alternativa.

Alberto, M. (1992). *Nulidades procesales*. . buenos aires,: Tercera reimpresión, astrea.

Arbulú, V. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. lima: Gaceta Jurídica,.

Armenta, T. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*,. Madrid- España.: Marcial Pons.

Bacigalupo, E. (2004). *Derecho penal* . Lima: Aras.

Bacigalupo, E. (2005). *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammburabi.

Bovino, A. (2004). *Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho Penal*, . Argentina: Del Puerto.

Canotilho, G. (2006). *Direito Constitucional*.

De Llera, E. (1997). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Duce J., M. (2004). *“la reforma procesal penal chilena: gestación y estado de avance de un proceso de trans-formación en marcha”*. Chile.

Eguiguren, F. (2004). *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal*. . Lima: Palestra.

Elguera, T. (2005). *Inducción al nuevo proceso penal*. Lima: IDEMSA.

Ferrajoli, L. (2002). Positivismo crítico, derechos y democracia,. *Revista Isonomía* N° 16,, 7.

- García Cavero, P. (2008). *Lecciones de derecho penal*. Lima: Grijley.
- Jimeno, V. (2011). *Lecciones de Derecho Procesal Penal. 2a edición*. Madrid-España: Edición Madrid.
- Gomez, V. (2006). *Los Delitos Especiales*. Madrid: Edisofer S.L.
- Gregorio, P. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Hasbert, B. (2011). *“La audiencia de tutela de derechos del imputado”*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Juridicas S.A.
- Jakobs, G. (2010). *Estudios de derecho*. Madrid: Civitas.
- Juan, M. C. (2005). *“Libertad de tránsito y residencia”*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mir, S. (2015). *Derecho Penal- Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Montero, J. (1999). *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Lima: Estrella.
- Moreno, V. (2008). *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Omar, D. s. (2006). *Importancia de la aplicación de la etapa intermedia en el proceso penal*. Lima: Gaceta jurídica.
- orbaneja, G. (1950). *“la prueba preconstituida”*. Madrid : Centro de estudios judiciales .
- Oré, A. (2016). *Derecho Procesal Penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pariona, R. (2013). *La teoría de los delitos de infracción de deber*. Lima: Idemsa.
- Peña C., A. (2018). *Derecho penal parte general*,. Lima: Legales.
- Peña, a. (2009). *exegesis del nuevo código procesal penal*. Lima: Rodhas.
- Perez, M. (1999). *Autoría y participación imprudente en el Código Penal*. Madrid: Civitas.

- Reaño, j. (2014). *La administraciòn pùblica*. Lima: Grijley.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, parte general* . Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2016). *Autoria y Dominio del Hecho* . Madrid: Marcial Pons.
- Rueda, M. A. (2001). *reflexiones sobre la participacion de los extraneus en los delitos contra la dministracion publica* . Lima: Revista de Derecho penal y criminologia.
- Salazar, N. (2011). *Imputacion objetiva y participacion*. Lima: Revista peruana de ciencias penales.
- Salinas S., R. (2009). *Delitos contra la administraciòn pùblica*. Lima: Editorial Iustita.
- Salinas Siccha, R. (2018). *Derecho Penal*. lima: USTITIA.
- San Martín, C. (1999). *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley.
- Sanchez, J. (2002). *Delito de infraccion de deber y participacion delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Sentencia del Tribunal Constitucional , Exp\_3330\_2004\_AA\_TC ( Tribunal Constitucional 11 de julio de 2005).
- Sentencia del Tribunal Constitucional , exp\_0976\_2001\_AA\_TC (Tribunal Constitucional 13 de marzo de 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp\_7039\_2005\_PHC\_TC ( Tribunal Constitucional 17 de octubre de 2005).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp\_0791\_2002\_HC\_TC (Tribunal Constitucional 21 de junio de 2022).
- Shluchter, E. (1999). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Valle, J. (2005). *Hábeas corpus*. Lima: eds. Jurídicas.