

DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS ¿DERECHO PENAL DE AUTOR?

Delia Milagros Espinoza Valenzuela¹

«El hombre no delinque en cuanto
es, sino en cuanto obra»
Antón Oneca (+)

ESPINOZA VALENZUELA, Delia Milagros: DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS ¿DERECHO PENAL DE AUTOR?. En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año XVI N° 81, Setiembre 2020, pps. del 105 al 124.

Print ISSN: 2308- 5401 / Line ISSN: 2617- 0566
La revista indexada en LATINDEX (folio 22495)
www.latindex.org.unam.mx

RESUMEN

La autora analiza la regulación del delito de Tráfico de Influencias en nuestra legislación. Previo a adentrarse al tema realiza comparaciones entre el Código Penal de 1924 y Código Penal de 1991 -vigente a la fecha-, así como a la Constitución Política de 1979 y 1993 -vigente a la fecha-, para identificar cuáles son los postulados que orientan nuestro sistema de justicia penal, estableciendo que se reconoce de forma implícita y/o explícita entre otros, los Principios de Legalidad y Culpabilidad, que evidencian la adhesión al Derecho Penal de Hecho, más no al Derecho Penal del Autor. Luego, examinará la introducción del delito de Tráfico de Influencias a nuestra legislación nacional, y realizará comparaciones y análisis de las distintas modificaciones que este ha tenido. Finalmente evaluará si la redacción del delito de Tráfico de Influencias en su modalidad agravada, es compatible con los principios orientadores de nuestro sistema de justicia penal o si por el contrario este constituye una manifestación del denominado Derecho Penal de Autor, para corroborar ello, presentará un caso práctico, producto de su experiencia profesional, laboral y académica.

ABSTRACT

The author analyzes the regulation of the crime of Trading in Influence in our legislation. Before going into the subject, he made comparisons between the 1924 Penal Code and the 1991 Penal Code, which is in force to date, and the 1979 and 1993 Constitution, in force to date, to identify the postulates that guide our criminal justice system, establishing that implicitly and/or explicitly recognized among others, the Principles of Legality and Guilt, which demonstrate adherence to De Facto Criminal Law, but not to the Author's criminal law. It will then examine the introduction of the crime of Trading in Influence into our national legislation, and make comparisons and analyses of the various modifications that this has had. Finally, it

¹ Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de maestría en Ciencias Penales por la Universidad San Martín de Porres y de maestría en Gestión Pública por la Universidad César Vallejo. Fiscal Superior Titular en lo Penal de Lima.

will assess whether the wording of the crime of Trading in Influence, in its aggravated form, is compatible with the guiding principles of our criminal justice system or whether, on the contrary, it constitutes a manifestation of the so-called Author's Criminal Law, to corroborate this, it will present a case study, based on its professional, work and academic experience.

PALABRAS CLAVES

Tráfico de influencias, tráfico de influencias reales, tráfico de influencias simuladas, tráfico de influencias agravado, derecho penal del hecho, derecho penal del acto, derecho penal de autor, Código penal del Perú de 1924, Código penal del Perú de 1991, Constitución política del Perú de 1979, Constitución política del Perú de 1993, Pena de inhabilitación, Pena de multa, Código Penal de Colombia 1936, Derecho comparado, agravación de sanciones.

KEYWORDS

Influence Peddling, Real Influence Peddling, Simulated Influence Peddling, Aggravated Influence Peddling, Factual Criminal Law, Act Criminal Law, Copyright, Penal Code of Peru of 1924, Penal Code of Peru of 1991, Political Constitution of Peru of 1979, Political Constitution of Peru of 1993, Penalty of disqualification, Penalty of fine, Penal Code of Colombia 1936, Comparative law, aggravation of sanctions.

Fecha de recepción de originales: 05 de Agosto de 2020.

Fecha de aceptación de originales: 28 de Agosto de 2020.

SUMARIO.

1. Introducción.- **2.** Derecho Penal del acto y del autor.- **2.1.** Aproximación.- **2.2.** Derecho Penal del hecho y del autor en la Legislación Nacional.- **2.2.a.** El Código Penal de 1924 (*Ley N.º 4868 de fecha 11/01/1924*).- **2.2.b.** La Constitución Política de 1979.- **2.2.c.** El Código Penal de 1991 (*Decreto Legislativo N.º 635 de fecha 03/04/1991*).- **2.2.d.** La Constitución Política de 1993.- **3.** El delito de Tráfico de Influencias en la Legislación Nacional.- **3.1.** Código Penal de 1924 (*Ley N.º 4868 de fecha 11/01/1924*).- **3.1.a.** Redacción Inicial.- **3.2.** Código Penal de 1991 (*Decreto Legislativo N.º 635 de fecha 03/04/1991*).- **3.2.a.** Redacción Inicial.- **3.2.b.** Ley N.º 28355, de fecha 06/10/2004.- **3.2.c.** Ley N.º 29703, de fecha 10/06/2011.- **3.2.d.** Ley N.º 29758, de fecha 21/07/2011.- **3.2.e.** Ley N.º 30111, de fecha 26/11/2013.- **3.2.f.** Decreto Legislativo N.º 1243, de fecha 22/10/2016.- **4.** Situación Problemática.- **5.** Toma de postura.- **6.** Conclusiones.- **7.** Bibliografía.-

1. Introducción.-

En el presente trabajo de investigación, realizaré un análisis sobre el delito de Tráfico de influencias en nuestra legislación, desde su primera aparición el día 12 de junio de 1981, cuando mediante la emisión del Decreto Legislativo N.º 121, se incorporó al Código Penal de 1924 -vigente en ese momento- el artículo 353-A, pasando por su regulación en el artículo 400º del Código Penal de 1991-vigente a la fecha- y sus distintas modificaciones, siendo la última la introducida a través del Decreto Legislativo N.º 1243 de fecha 22 de octubre de 2016; y evaluaré su compatibilidad con los principios que orientan nuestro sistema de justicia penal.

Sin embargo, previo a avocarme al análisis del ilícito antes mencionado, examinaré el Código Penal de 1924, la Constitución Política de 1979, Código Penal de 1991, y Carta Política de 1993 -vigente a la fecha-, para identificar cuáles son los principios que sostienen nuestro sistema de justicia penal y verificar si estos se adhieren al denominado Derecho Penal del Hecho o del Acto, o si por el contrario se inclinan hacia el denominado Derecho de Autor, esto es de suma importancia, puesto que solo así podremos entender cuál fue el apoyo del legislador para tipificar nuevos ilícitos, así como para incrementar o agravar sanciones.

Luego de establecida la orientación de nuestro sistema de justicia penal, examinaré la regulación del delito de Tráfico de influencias -conforme mencioné en un inicio-, realizando distintas comparaciones, entre el Código Penal de 1924 -Ley N.º 4868 de fecha 11 de enero de 1924-, el mencionado Decreto Legislativo N.º 121, que lo modificó; así como el posterior Código Penal de 1991 -Decreto Legislativo N.º 03/04/1991-, y entre las múltiples modificaciones que este ha sufrido hasta la fecha, por medio de la Ley N.º 28355 06 de octubre de 2004 -Ley que modifica diversos artículos del Código Penal

y de la ley penal contra el Lavado de activos-; Ley N.º 29703 de fecha 10 de junio de 2011 -Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública-; Ley N.º 29758 de fecha 21 de julio de 2011 -Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública-; Ley N.º 30111 de fecha 26 de noviembre de 2013 -Ley que incorpora la Pena de Multa en los delitos cometidos por Funcionarios Públicos-; y finalmente el antes referido Decreto Legislativo N.º 1243 de fecha 22 de octubre de 2016 -Decreto Legislativo que modifica el Código Penal y de Ejecución Penal respecto de la Pena de Multa-.

Finalmente, teniendo en consideración lo desarrollado, precisaré la problemática existente en torno al delito de Tráfico de Influencias en su modalidad agravada, contrastaré esta en un caso práctico y plantearé una propuesta de solución, con la finalidad que la incompatibilidad existente entre mencionado tipo penal y los postulados de nuestro sistema de justicia, no dé lugar a lagunas de impunidad de quienes se involucran en la comisión de estos actos ilícitos.

2. Derecho Penal del acto y del autor.-

2.1. Aproximación.-

Uno de los aportes más importantes del denominado Derecho Penal Moderno, es sin dudas la introducción del Principio del hecho o también conocido como el Principio del Acto, el cual se ha encargado de limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal, ya que este evita que al momento de tipificar conductas y establecerse las sanciones a imponerse, se tenga como referencia condiciones o cualidades propias del autor; dejando de lado las acciones u omisiones ejecutadas. Asimismo, es importante recalcar que el mencionado principio no solo establece pautas para la tipificación de nuevos ilícitos, sino que también impide que las condiciones

o cualidades del autor sean consideradas como presupuesto de las circunstancias que comportan una agravación de la pena (Velásquez Velásquez, 1987).

2.2. Derecho Penal del hecho y del autor en la Legislación Nacional.-

2.2.a. El Código Penal de 1924 (Ley N.º 4868 de fecha 11/01/1924).-

El Código Penal de 1924 -en adelante C. Pen. de 1924- o también conocido como Ley N.º 4868 de fecha 11 de enero de 1924, fue el segundo cuerpo normativo de esta naturaleza en nuestra república -su antecesor fue el Código Penal de 1862-, este fue bien recibido en los más exigentes círculos académicos europeos e incluso «fue considerado por la crítica como la ley más avanzada de América» (Zavala Loayza, 2016, p. 62). Este cuerpo normativo tuvo una conformación distinta a la de nuestro Código Penal vigente, estuvo conformado por cuatro libros, el primero de estos se tituló **Disposiciones Generales**, el mismo se encontró conformado por dieciocho títulos, siendo el primero de estos denominado **Garantías de la ley penal**, en el cual se establecieron los principios que regían a nuestro sistema de justicia penal, conforme detallo a continuación:

Artículo 1.- La privación o la restricción de derechos, a título de pena, sólo podrán ser impuestas en virtud de una condenación.

Artículo 2.- Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley, ni a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada.

Artículo 3.- Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieren calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles. (Código Penal, 1924).

Como puede advertirse de la redacción de los artículos antes mencionados, estos desarrollan las bases de los **Principios de Legalidad y Culpabilidad**; los mismos que son de larga data, considero que de las distintas fuentes históricas en las cuales se han inspirado estos principios, una de las más importantes la encontramos en la obra *De los delitos y las penas*, de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, en la que precisó:

Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unidad por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar á su voluntad penas contra el individuo de la misma sociedad. [Sic] (2016, p. 23).

Pese a que el C. Pen. de 1924, no lo señala de forma expresa, considero que, al contener los Principios de Legalidad y Culpabilidad, este se decanta por un Derecho Penal del Hecho -en adelante DPH- por sobre el Derecho Penal del Autor -en adelante DPA-.

2.2.b. La Constitución Política de 1979.-

La Constitución Política de 1979 -en adelante C. Pol. de 1979- fue la undécima en nuestra historia, su principal aporte fue la introducción del término *persona*, lo que se denota en la redacción de sus distintos postulados, los mismos que sitúan a esta como «el centro y término del derecho» (Fernández Sessarego, 1982, p. 89); este cuerpo normativo se encontró conformado por ocho títulos, el primero de estos denominado **Derechos y deberes fundamentales de la persona**, estuvo compuesto por ocho capítulos, el inicial **De la persona**, recalcó los derechos de la persona, los mismos que establecen límites a nuestro sistema jurídico en general, en especial al sistema penal, considero que uno

de los más importantes, es el recogido en el literal d), del numeral 20, de su artículo 2, como detallo a continuación:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

...

20.A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

....

d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado por pena no prevista en la ley. (Constitución Política, 1979).

La redacción de este artículo fue similar a la de los artículos 1, 2 y 3 de nuestro C. Pen. de 1924, el mismo que sentó las bases de nuestro sistema de justicia de penal, por ello pese a que nuestra Carta Política tampoco lo señale de forma taxativa, considero que esta reconoce el Principio de Legalidad y Culpabilidad, como limite del *ius puniendi*, y por lo tanto acepta que los fundamentos de nuestro sistema son del DPH, más no del DPA.

2.2.c. El Código Penal de 1991 (Decreto Legislativo N.º 635 de fecha 03/04/1991).-

El C. Pen. de 1924, estuvo vigente por aproximadamente 67 años; por el transcurso del tiempo y cambios sociales, para inicios de los años 90, este ya resultaba inapropiado, es por ello que el profesor Bramont Arias «identificó tres motivos para su reforma **i)** Coherencia política, **ii)** Agotamiento técnico; y **iii)** Necesidad de leyes cuyo objeto sea el desarrollar una política penal acorde con estos tiempos» (1992, p.13). Sobre el numeral **i)**, al haberse emitido la C. Pol. de 1979, se hacía necesario un nuevo Código Penal, que guardara consonancia con esta -no olvidemos que se introdujeron importantes cambios importan-

tes respecto a la persona humana, que fue considerada como fin supremo de la sociedad y del Estado; respecto numeral **ii)**, el C. Pen. de 1924, ya no guardaba relación con las exigencias sociales -en 60 años habían aparecido nuevos peligros y riesgos a los cuales el Derecho Penal tenía que hacerles frente, ya en otros países se hablaba de Derecho Penal Económico por citar un ejemplo-; y sobre el numeral **iii)**, urgía el desarrollar una política penal con la finalidad de «mitigar las penas incompatibles con la sensibilidad humana y que producen una congestión penitenciaria de consecuencias funestas» (Bramont Arias, 1992, p. 14).

Es en el escenario antes descrito que hizo su aparición el Código Penal de 1991 -en adelante C. Pen. de 1991- o Decreto Legislativo N.º 635 de fecha 03 de abril de 1991, el mismo que se encuentra vigente a la fecha, este fue el primero en su tipo en tener un Título Preliminar, en el cual se establecieron de forma expresa diez principios, sobre los cuales se sostiene nuestro sistema penal hasta la fecha, es importante señalar que el primero de estos establece la orientación político criminal del mismo; y los siguientes han sido agrupados por la profesora Zúñiga Rodríguez, de la siguiente forma «principio de legalidad (arts. II, III, V y VI), principio de lesividad (art. IV), principio de culpabilidad (arts. VII y VIII) y principio de proporcionalidad (art. VIII)» (1992, p. 518), a continuación detallaremos los principios de legalidad y culpabilidad.

Principio de Legalidad.

- II.** Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.
- III.** No es permitida la analogía para calificar como hecho, como delito o falta, definir un estado de peligrosi-

dad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

- V. Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.
- VI. No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente.

Principio de Culpabilidad.

- VII. La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda poscrita toda forma de responsabilidad objetiva.
- VIII. La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes. (Código Penal, 1991).

El C. Pen. de 1991, siguiendo los parámetros establecidos por la C. Pol. de 1979, recogió en su Título Preliminar distintos principios, los más importantes a mi parecer son los de Legalidad y Culpabilidad, los mismos reitero una vez, constatan que nuestro sistema se acoge al denominado DPH, y que por ende rechazan postulados del DPA, al menos en teoría -ya que en la práctica existen ciertos tipos penales, que considero denotan lo contrario-.

2.2.d. La Constitución Política de 1993.-

La Constitución Política de 1993 -en adelante C. Pol. de 1993- es la duodécima en nuestra historia y vigente a la fecha, esta derogó la C. Pol. de 1979 -la cual estuvo

vigente por aproximadamente catorce años-, se encuentra compuesta por seis títulos, el primero denominado **De la persona y la sociedad**, estuvo conformado por cuatro capítulos, el primero de estos denominado **Derechos Fundamentales de la persona**, reguló el **Principio de Legalidad y Culpabilidad**, de forma idéntica a su antecesora, conforme detallo a continuación.

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

...

24.A la libertad y seguridad personales.
En consecuencia:

...

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. (Constitución Política, 1993).

El que la redacción de la C. Pol. de 1979, sea identifica a la C. Pol. de 1993, no es algo novedoso, como acertadamente señala el profesor Ferrero Costa, «por lo menos tres cuartas partes de la Carta del 79, se encuentra en la del 1993 ... solo algunas de las características básicas cambian, lo que varía es poco» (La República, 2011). Asimismo, el profesor Villavicencio Terreros, precisa de un análisis del artículo antes mencionado «nuestro derecho vigente es decididamente un Derecho Penal de hecho, a partir de nuestra Constitución sólo ordena sanción por actos y omisiones (artículo 2°, numeral 24, inciso d) por ende, el Derecho Penal de autor resulta inconstitucional» (Villavicencio Terreros, 2006, p. 10).

3. El delito de Tráfico de Influencias en la Legislación Nacional.-

3.1. Código Penal de 1924 (Ley N.º 4868 de fecha 11/01/1924).-

3.1.a. Redacción Inicial.-

El C. Pen. de 1924, pese a ser considerado como una de las mejores leyes gestadas en nuestra región, en su redacción inicial no tipificó el delito de Tráfico de Influencias – en adelante TI- considero que es necesario el hacer especial énfasis en esto, puesto muchas tratadistas, señalan que este ilícito fue introducido en nuestra legislación a través del C. Pen. de 1924, lo que es impreciso, ya que conforme detallaré más adelante, este ilícito fue recién introducido en el año de 1981 a través de una modificación al código sustantivo antes referido.

Lo señalado en el párrafo precedente, se corrobora de la revisión de la redacción inicial del C. Pen. de 1924, el mismo que en su Libro segundo **Delitos**, Sección décima cuarta **Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales**, Título IV **Corrupción de Funcionarios**, tipificó los ilícitos de esta naturaleza entre sus artículos **349** al **353**; prescribiendo en este último el delito de Cohecho Activo, como se corrobora a continuación:

Artículo 353.- El que tratare de corromper a un funcionario con dádivas, promesas o ventajas de cualquiera clase para que haga u omita un acto relativo a sus funciones, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de treinta a sesenta días.

Si el corruptor fuere funcionario público, será reprimido, además con inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 27, por no menos de tres años. (Código Penal, 1924).

Asimismo, es necesario precisar que el artículo que le sigue es el 354, el cual ya forma parte del título quinto **Prevaricato**, con lo que demuestro que al momento de la

entrada en vigor del C. Pen. de 1924, no existía el artículo 353-A -el cual recién fue incorporado aproximadamente 57 años después-.

3.1.b. Modificación por Decreto Legislativo N.º 121 de fecha 12/06/1981.-

El **Decreto Legislativo N.º 121** de fecha 12 de junio de 1981 -en adelante D.L.121, realizó diversas modificaciones al C. Pen. de 1924 -vigente en ese momento-, una de las más importantes fue la establecida en su **artículo 8**, a través del cual se incorporó el **artículo 353-A.-**, el cual tipificó el delito de TI.

Artículo 8.- Adiciónanse a los Artículos 353° y 361° del Código Penal, los siguientes artículos.

Artículo 353°-A.- El que invocando influencias reales o simuladas reciba o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja, con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte a cuarenta días.

Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 3) del Artículo 27°, por doble tiempo de la condena». [Sic] (Decreto Legislativo N.º 121 de 1981).

Los tratadistas que se han dedicado al estudio de los delitos de Corrupción de Funcionarios, en específico del delito de TI, coinciden en que el entonces Presidente Constitucional de la República Fernando Belaunde Terry y el Ministro de Justicia Felipe Osterling Parodi², incorporaron el ilícito

2 Puesto que el tipo penal antes referido fue incorporado a través de Decreto Legislativo, por delegación al Poder Ejecutivo.

antes mencionado a nuestra legislación, teniendo como referencia el **artículo 199³** de la Ley 95 del 24 de abril de 1936 -Código Penal colombiano de 1936-, el mismo que se encontró redactado en los siguientes términos.

Artículo 198°.- Al que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad indebida, con el fin de obtener favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de un testigo, perito o interprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ellos pueda desarrollar, se le impondrá arresto de quince días a un año y multa

de cincuenta a tres mil pesos. (Código Penal de la República de Colombia de 1936).

El influjo de la legislación extranjera en la nuestra, se corrobora en el tratamiento que se le dio al delito de TI, el mismo fue considerado en ambas legislaciones como delito común, utilizando para ello los términos **Al que** y **El que** respectivamente; asimismo, se confirma en la redacción del tipo penal, si bien estos no siguen un mismo orden, si coinciden en cuanto a los términos empleados, los mismos que son de gran utilidad, puesto que nos permiten conocer sus elementos, como detallo a continuación:

Artículo 198°.- Código Penal de Colombia	Artículo 353°-A. Código Penal del Perú
Invocando las influencias reales o simuladas.	Invocando influencias reales o simuladas.
Reciba o haga dar o prometer para si o para un tercero.	Reciba, haga dar, o prometer para sí o para un tercero.
Dinero u otra utilidad indebida.	Donativo o una promesa o cualquier otra ventaja.
Fin de obtener favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de un testigo, perito o intérprete.	Fin de interceder ante funcionario o servidor público que este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Fuente: Elaboración propia.

Así también, el aporte de la legislación extranjera en la nuestra se denota en el tipo

de sanciones establecidas, conforme se detalla a continuación:

Artículo 198°.- Código Penal de Colombia	Artículo 353°-A. Código Penal del Perú
<i>«Se le impondrá arresto de quince días a un año y multa de cuarenta a tres mil pesos».</i>	<i>«Será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de renta de veinte a cuarenta días».</i>

Fuente: Elaboración propia.

3 Con la finalidad de evitar alguna confusión, considero oportuno el precisar que en un inicio la Ley 95 del 24 de abril de 1936, prescribió el delito de Tráfico de influencias en su artículo 198°; posteriormente, mediante el Decreto 2300 de fecha 14 de setiembre de 1936, se realizó una modificación y el ilícito antes mencionado pasó al artículo 199°.

Cómo se advierte, ambas legislaciones establecieron penas privativas de la libertad de la libertad, mientras que en la legislación colombiana se le denominó *arresto*, en nuestra legislación se le denominó *prisión*, estas coinciden en los extremos superiores establecidos; sin embargo, en los extremos inferiores, existe una mínima diferencia, mientras que en la legislación extranjera se estableció *quince días* de forma expresa en el propio tipo penal, en nuestra legislación no se precisó ello; sin embargo, aplicando una interpretación sistemática, tenemos que el artículo 14 del C. Pen. de 1924, estableció «la pena de prisión se extenderá desde dos días hasta veinte años» (1924, p. 7); es así que se tiene que el extremo mínimo se estableció en dos días; asimismo, respecto a las penas de naturaleza pecuniaria, mientras que en la legislación externa se estableció que la multa era de **cuarenta a tres mil pesos**, en nuestra legislación se precisó que era **multa de renta de veinte a cuarenta días**.

En lo que nuestra legislación se destaca frente a la legislación foránea, es en que si bien ambas consideran que el delito de **Tráfico de influencias** es un ilícito común - *conforme señalé en los párrafos precedentes*-, el segundo párrafo del artículo 353°-A de nuestro C. Pen. de 1924, precisa que cuando esta conducta sea cometida por un funcionario público; además, de las penas de prisión y de multa, se le deberá de imponer una Pena de Inhabilitación, de acuerdo a los numerales 1, 2 y 3 del artículo 27⁴ del cuerpo normativo antes referido, la misma que se aplicaría por el doble tiempo de la condena; es importante recalcar esto, puesto que este es el primer antecedente del delito de TI en su

modalidad agravada, tal como lo conocemos hasta la actualidad; es más, conforme demostraré más adelante, este tipo no ha sufrido notorias variaciones pese al transcurso del tiempo en cuanto a este extremo.

3.2. Código Penal de 1991 (Decreto Legislativo N.º 635 de fecha 03/04/1991).-

3.2.a. Redacción Inicial.-

El C. Pen. de 1991, a su entrada en vigor reguló el delito de TI en su **artículo 400**, de su Libro segundo **Parte especial – Delitos**, Título XIII **Delitos contra la Administración Pública**, Capítulo II **Delitos cometidos por funcionarios públicos**; y Sección IV **Corrupción de funcionarios**, en los siguientes términos:

Artículo 400.- El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. (Código Penal, 1991).

Si realizamos una comparación entre la nueva tipificación del delito de Tráfico de influencias, con la anterior redacción - incorporada al C. Pen. de 1924 a través del D.L. 121-, se denotará que entre ambas no existe una diferencia sustancial, como se evidencia a continuación:

4 Artículo 27°.- La inhabilitación producirá.

1°.- La pérdida de mandato, cargo, empleo o comisión que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular;

2°.- La privación de los derechos de elegibilidad, de elección y de cualquier otro derecho político;

3°.- La incapacidad para obtener mandatos, cargos, empleos y comisiones públicas.

Código Penal de 1924-modificado en el año 1981-	Código Penal de 1991-Redacción inicial-
<p>Artículo 353°-A.- El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja, con el fin de interceder ante funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte a cuarenta días. Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 3) del Artículo 27°, por doble tiempo de la condena.</p>	<p>Artículo 400°.- El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.</p>

Fuente: Elaboración propia.

La nueva redacción se distingue de la anterior en que esta incorporó el término *ofrecimiento*, en lugar de *interceder*; asimismo, elevó las penas estableciendo su **extremo mínimo en dos años** y el **máximo en cuatro años** -a diferencia de la redacción anterior que fijó su extremo mínimo en dos días y su extremo máximo en dos años-; así también, se suprimió la pena de multa; sin embargo, lo más resaltante, atendiendo al objeto del presente artículo fue que se **eliminó la agravante en caso el agente o sujeto activo del delito tenga la condición de funcionario público** y con ello también la **pena de inhabilitación** con la que se sancionaba esta agravante, lo que considero un desacierto, es más, sobre el particular en la exposición de motivos del C. Pen. de 1991, no se encuentra ninguna referencia a ello, como sí realizó en ilícitos de otra naturaleza, pese a ello esta redacción se mantuvo incólume por aproximadamente trece años.

3.2.b. Ley N.º 28355, de fecha 06/10/2004.-

Mediante la Ley N.º 28355 de fecha 6 de octubre de 2004 o Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la ley penal contra el Lavado de Activos, se realizó una modificación a los artículos 317, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400 y 401 del C. Pen. de 1991, es necesario precisar que en estos artículos se encontraban comprendidos los delitos de Asociación ilícita, Cohecho en su distintas modalidades, Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, TI y Enriquecimiento ilícito -siendo el penúltimo de estos objeto de nuestro análisis-.

En esos años, el delito de TI era cuestionado por un sector de la doctrina extranjera, puesto que se sostenía que su tipificación era innecesaria, que para combatir ciertos actos de corrupción, bastaba con el empleo de una mejor técnica legislativa respecto al delito de cohecho (Díaz y García Conlledo, 1997), es por ello que teniendo en consideración estas posturas, así como nuestra realidad nacional, el profesor Abanto Vásquez, señaló «la figura penal no deja de ser discutible, aunque

ya está teniendo aplicación práctica en nuestro medio «gracias» a los escándalos del gobierno que estuvo en el poder hasta finales del año 2000" (2003, p. 523), precisamente, al momento de sancionar los actos de corrupción cometidos durante los gobiernos de **Alberto Kenya Fujimori Fujimori** o **Kenya Fujimori**, es cuando se evidenció que la redacción de este ilícito, así como de otros delitos de corrupción de funcionarios, presentaban ciertos problemas al momento de su aplicación, por lo que la nueva redacción, fue la siguiente:

Artículo 1.- Modifica diversos artículos del Código Penal.

Modifícanse los artículos 317°, 393°, 395°, 396°, 397°, 398°, 399°, **400°** y 401° del Código Penal, en los términos siguientes:

...

Artículo 400°.- Tráfico de influencias.

El que invocando o **teniendo** influencias reales o simuladas recibe, hace dar o

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

Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. (Ley N.º 28355, 2004).

Si realizamos un paralelismo entre la nueva redacción del delito de TI, con la establecida en el C. Pen. de 1991 en sus inicios, advertiremos ciertas modificaciones que tuvieron como objeto el superar la situación problemática anteriormente descrita, conforme se corrobora a continuación:

Código Penal de 1991-Redacción inicial-	Ley N.º 28355, de fecha 06.10.2004
<p>Artículo 400°.- El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.</p>	<p>Artículo 400°.- Tráfico de influencias. El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Como es de advertirse, la nueva redacción del delito de TI diverge de la anterior, en que esta nueva incorporó los términos **teniendo**,

beneficio y que ha de conocer, los que influyen en los elementos de este ilícito, conforme se detalla a continuación:

Código Penal de 1991 -Redacción inicial-	Ley N.º 28355, de fecha 06.10.2004
Invocando influencias reales o simuladas.	Invocando o teniendo influencias reales o simuladas.
<p>Recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero.</p> <p>Donativo, promesa o cualquier otra ventaja.</p> <p>Ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.</p>	<p>Recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero.</p> <p>Donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.</p> <p>Ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor que ha de conocer, que esté conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Lo más resaltante de esta nueva redacción es la reincorporación de su agravante, **en caso la conducta sea desplegada por un funcionario o servidor público**, aunque en realidad esto no es

algo novedoso, puesto que la redacción es similar a la contenida en el del D.L. 121 que incorporó el artículo 353°-A al C. Pen. de 1924 –, como detallo a continuación:

Código Penal de 1924- Modificado por el D.L. 121-	Ley N.º 28355, de fecha 06.10.2004
<p>Artículo 353°-A.- ...Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 3) del Artículo 27°, por doble tiempo de la condena.</p>	<p>Artículo 400°.- Tráfico de influencias. ...Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.</p>

Fuente: Elaboración propia.

La similitud entre ambas circunstancias agravantes, también se ve reflejada en la imposición de la pena limitativa de derechos y sobre todo en los derechos que se le suspenden al penado; la reincorporación de la circunstancia agravante me parece correcta; sin embargo, considero que esta ocasión fue propicia para emplear un mejor técnica legislativa en su redacción, el incremento de las penas, no es ninguna innovación, sino por el contrario una tendencia de las introducidas a través del D.L. 121.. Esta nueva redacción del delito de TI estuvo en vigor por aproximadamente seis años.

3.2.c. Ley N.º 29703, de fecha 10/06/2011.-

Por medio de la Ley N.º 29703 de fecha 10 de junio de 2011 o Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública, fueron modificados los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del CP1991; y además se incorporó el artículo 393-A al mencionado cuerpo normativo; sin embargo, al ser objeto de análisis el delito de TI, esta será analizado a continuación, por lo que a continuación, precisaré su nueva redacción:

Artículo 1.- Modificación de los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal.

Modifícanse los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal, con los textos siguientes:

...

Artículo 400.- Tráfico de influencias.

El que solicita, reciba, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. (Ley N.º 29703, 2011).

Las reformas introducidas a través de la Ley N.º 29703, fueron sumamente cuestionadas desde el ámbito académico; en especial la eliminación de la pena de inhabilitación del delito de Enriquecimiento Ilícito; con menor intensidad se cuestionó la eliminación del delito de TI simuladas - incorporada a la legislación nacional desde el 12 de junio de 1981-, si bien en la doctrina existen dos posturas respecto a este ilícito, me adhiero a la que sostiene que esta conducta también conocida como **venta de humo** debe ser sancionada, puesto que solo así es posible luchar y prevenir actos de corrupción; la descriminalización del TI simuladas, fue un error por parte del legislador; que generó un espacio de impunidad de quienes afectan el prestigio que debe tener y mantener la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y administrativa, así como la confianza de los ciudadanos sobre que sus asuntos judiciales o administrativos se resolverán sin intromisión alguna (Salinas Siccha, 2014).

Sobre la situación problemática ocasionada, el profesor **Montoya Vivanco**, precisó:

«Los operadores judiciales deben mantenerse atentos frente al aprovechamiento indebido de la supresión del tráfico de influencias simulado dado que se pueden generar espacios de impunidad inaceptables. Nos referimos a los casos de tráfico de influencias reales que pretendan, apelando a deficiencias en la actuación probatoria, invocar la ausencia de ofensividad del comportamiento de aquel que invoca o refiere tener influencias en algún procedimiento judicial o administrativo» (2011, p. 5).

Lo señalado por el profesor Montoya Vivanco, se corrobora con la revisión de la **SENTENCIA 911/2020** de fecha 12 de diciembre de 2018, recaída en el **Expediente N.º 04500-2017-PHC/TC**, en la que se reseñó que el profesor San Martín Castro, quien fuera demandado en ese proceso, no solo absolvió la demanda, sino que además precisó respecto a la Ley N.º 29703 «la despenalización del tráfico de influencias simuladas se dio por un error del legislador, el que fue corregido 41 días después, mediante la Ley N.º 29758 de fecha 21 de julio de 2011» (Tribunal Constitucional, 04500-2017-PHC/TC, 2020).

3.2.d. Ley N.º 29758, de fecha 21/07/2011.-

A través de la Ley N.º 29758 de fecha 21 de julio de 2011 o Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública, los legisladores subsanaron algunos de los errores cometidos en la emisión de la Ley N.º 29703 -la misma que solo estuvo vigente por aproximadamente 41 días-, considero que esto se debió al rechazo de la ley anterior, la misma fue denominada incluso como «Ley pro coima» (Instituto de Defensa Legal - IDL, 2011). La **Ley N.º 29703**, introdujo una nueva redacción del artículo 400°, como detalle a continuación:

Artículo 1.- Modificación de los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal.

Modifícanse los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal, con los textos siguientes:

...

Artículo 400.- Tráfico de influencias.

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero,

donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un funcionario público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal (Ley N.º 29703, 2011).

La nueva redacción volvió a sancionar el TI simulado o conocido también como venta de humo, esta es idéntica a la introducida en la Ley N.º 28355 de fecha 06 de octubre de 2004, por lo que al ser así, me remito a lo expresado en el ítem **3.2.b.** del presente artículo.

3.2.e. Ley N.º 30111, de fecha 26/11/2013.-

Con la Ley N.º 30111 de fecha 26 de noviembre de 2013 o Ley que incorpora la Pena de Multa en los Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, se introdujeron modificaciones al C. Pen. de 1991, en específico a los artículos 382, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401, la modificación que guarda relación con el presente artículo es la siguiente:

Artículo único.- Modificación de diversos artículos del Código Penal.

Modifícanse los artículos 382, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, con los siguientes textos:

...

Artículo 400°.- Tráfico de influencias.

El que, invocando o teniendo influencias

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

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (Ley N.º 30111, 2013).

Lo resaltante de la nueva redacción del delito de TI, es la incorporación de la Pena de Multa, la misma que para su modalidad simple se estableció de **ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa**, y en su forma agravada se estableció de **trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa**, es evidente que el legislador ha considerado necesaria la inclusión de esta pena de naturaleza pecuniaria, en delitos asociados a la afectación del orden económica o del erario del estado, así como en ilícitos que implican la presencia de sumas de dinero (Yshií Meza, 2019), considero que la reintroducción de la pena de multa fue un acierto, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N.º 30111, solo se sancionaba con esta pena, los delitos de Cohecho pasivo específico, Cohecho activo específico y aquellos delitos contra la Administración Pública cometidos por Organizaciones Criminales.

Finalmente, es importante señalar que la incorporación de la Pena de Multa para el delito de **TI simple**, es novedad, históricamente en nuestra legislación no existe un antecedente en ese sentido; sin embargo,

sobre el delito de **TI en su modalidad agravada**, si existe un antecedente, el mismo lo encontramos en el D.L. N.º 121 que incorporó al C. Pen. de 1924 el artículo 353-A; es por ello que señalamos que no causó sorpresa que esta haya sido excluida de la redacción inicial del C. Pen. de 1991, sin ningún motivo alguno.

3.2.f. Decreto Legislativo N.º 1243, de fecha 22.10.2016.-

Por intermedio de la Ley N.º 30506 de fecha 6 de octubre de 2016, o Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de PETROPERÚ S.A., el Poder Legislativo otorgó facultades para legislar al Poder Ejecutivo; en mérito a estas, se emitió el Decreto Legislativo N.º 1243 de fecha 22 de octubre de 2016 o Decreto Legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la Pena de Inhabilitación principal e incorporar la Inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la Administración Pública, y crea el Registro Único de Condenados Inhabilitados, es realizó mínimas modificaciones al delito de Tráfico de Influencias, en el extremo de su Pena de Inhabilitación, como preciso a continuación:

Artículo 1. Objeto.

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto modificar el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, a fin de establecer la pena de inhabilitación principal para los delitos contra la Administración Pública, así como ampliar el plazo de duración de la misma y crear el Registro Único de Condenados Inhabilitados.

Artículo 2. Modificación de los artículos 38, 69, 382, 383, 384, 387, 388,

389, 393-A, 397, 397-A, 398, 400, 401 y 426 del Código Penal.

Modifícanse los artículos 38, 69, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393-A, 397, 397-A, 398, 400, 401 y 426 del Código Penal en los siguientes términos.

...

Artículo 400.- Tráfico de influencias.

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; 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 un funcionario público o servidor público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho; 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. (Decreto Legislativo N.º 1243, 2016).

La descripción del delito de TI antes descrita, es la que se encuentra vigente a la fecha, a través de esta nueva reforma se estableció para el delito de TI simple, la Pena de Inhabilitación consistente en:

Artículo 36°.- Inhabilitación.

La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

...

2. Incapacidad o impedimento para

obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;

3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;

4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;

...

8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito. (Código Penal, 1991).

Asimismo, para el delito de TI en su modalidad agravada, se estableció la Pena de Inhabilitación consistente en:

Artículo 36°.- Inhabilitación.

La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;

2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;

...

8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito. (Código Penal, 1991).

Sobre la reintroducción de la Pena de Inhabilitación, esta me parece un acierto, en los delitos contra la Administración Pública, en especial en los delitos de Corrupción de Funcionarios, esta se presenta como una medida eficiente, teniendo en consideración

que las penas privativas de libertad que se imponen, en su gran mayoría de veces son de carácter suspendido.

4. Situación problemática.-

En mi condición de Fiscal Superior y ex Coordinadora del Subsistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Ministerio Público, he advertido que pese a que el delito de TI es uno de los que más modificaciones ha sufrido desde su incorporación a nuestra legislación -el 12 de junio de 1981-, las reformas han pasado inadvertida una situación problemática que se encuentra relacionada con la regulación del TI en su modalidad agravada.

Previo a identificar la problemática, considero necesario realizar una lectura del artículo 400 del C. Pen. de 1991, de la misma evidenciaremos que en su primer párrafo se detallan los elementos típicos del delito; y en el segundo párrafo se establece una agravante para el mismo, que se sustenta en la condición del agente, que consistirá en que este sea **funcionario o servidor público**, sin elemento adicional alguno, es decir, el único fundamento de esta agravante es la condición del sujeto activo, es así, que teniendo en consideración los desarrollados en los párrafos precedentes, es específico los postulados de nuestro sistema de justicia penal, recogidos en la C. Pen. de 1991, así como en la C. Pol. de 1993 -ambos vigentes a la fecha-, considero necesario el plantearnos la siguiente pregunta **¿El segundo párrafo del artículo 400 del C. Pen. de 1991, es compatible con los principios que orientan nuestro sistema de justicia penal? ¿El segundo párrafo del artículo 400 del C. Pen. de 1991, constituye una manifestación del denominado DPA?** Las respuestas son negativas, el segundo párrafo del artículo 400 del C. Pen. de 1991, es incompatible con los postulados de nuestro sistema de justicia penal; el mencionado artículo constituye una manifestación del DPA, para entender mejor

lo antes señalado, plantearé un caso práctico hipotético.

Mauricio es contratado por la Municipalidad Metropolitana de Lima -en adelante MML-, para ocupar el cargo de jardinero, bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 1057 – Contrato Administrativo de Servicios. Al tomar conocimiento que Ronald primo de su esposa, se encuentra siendo investigado ante una Fiscalía Provincial Penal del Distrito Fiscal de Lima Centro, le solicita le proporcione el nombre del Fiscal que se encuentra a cargo de la investigación. Luego de transcurridos unos días, Ronald le proporciona a Mauricio el nombre del fiscal responsable, es así como Mauricio se da con la sorpresa que el fiscal fue su compañero de estudios escolares (nivel primaria y secundaria), mas no su amigo; sin embargo, Mauricio le ofrece a Ronald interceder ante este fiscal con la finalidad que lo favorezca con el Archivo Definitivo de la investigación seguida en su contra a cambio del monto de S/. 1,000.00, accediendo Ronald a su petición.

En el caso práctico planteado, nos encontramos ante un supuesto de TI simulado -en el cual Mauricio sería el agente o sujeto activo del delito, quien ofreció a Ronald, interceder por él, ante el Fiscal que tiene a su cargo la investigación seguida en su contra; a cambio de la entrega de S/. 1,000.00 soles, al momento de los hechos Mauricio ocupaba el cargo de jardinero en la MML, es decir, de acuerdo a lo señalado en el artículo 425 del C. Pen. de 1991, este tendría la condición de funcionario público, lo que en palabras del profesor Salinas Siccha, sería suficiente para subsumir su conducta en la agravante establecida en el segundo párrafo del artículo 400 del cuerpo normativo antes mencionado, «el tipo penal solo exige verificar que el ... traficante al momento de cometer el delito, tenga la condición de funcionario o servidor público» (2019, p. 596). Por lo que considero necesario

preguntarnos **¿La condición de funcionario público de Mauricio, le facilitó la comisión del ilícito? No, ¿Si Mauricio no fuera funcionario público, hubiera podido cometer el ilícito? Sí**, ya que su condición de funcionario público resulta irrelevante.

Como se ha evidenciado, el agravar sanciones, teniendo en consideración las condiciones propias vinculadas al autor y no al hecho antijurídico, no solo resulta peligroso, sino que además en palabras del profesor Villavicencio Terreros, al constituir una expresión del DPA resulta inconstitucional.

5. Toma de postura.-

Pese a que el delito de TI tiene más de 40 años de incorporado en nuestra legislación, este aún mantiene problemas de redacción, en específico en su modalidad agravada, regulada por el segundo párrafo del artículo 400 del C. Pen. de 1991, que constituye una manifestación del DPA, el mismo que es incompatible con los principios de legalidad y culpabilidad, recogidos en el Título Preliminar de cuerpo normativo antes mencionado, así como en la C. Pol. de 1993.

No es mi intención que se mal entienda que pretendo que se suprima el delito de TI en su modalidad agravada, ya que considero que esta regulación es necesaria para la prevención y lucha contra la corrupción; sin embargo, considero que para evitar lagunas de impunidad, es necesario mejorar aplicar una mejor técnica legislativa y adecuar así este supuesto al DPH, dejando de lado el DPA; asimismo considero que a modo de ilustración, el legislador bien podría recurrir a analizar la regulación este ilícito en otros países de la región, como por ejemplo Ecuador, que en el artículo 285 de su Código Penal, reguló el delito de TI, de la siguiente forma «... los servidores públicos ... prevaliéndose de las facultades de su cargo» (Código Penal de Ecuador, 2014); en similar

sentido, en Colombia -que fue nuestra fuente directa para incorporar el delito de TI a nuestra legislación en el año de 1981-, regula en el artículo 411° de su Código Penal, el delito de TI cuando el agente o sujeto activo es servidor público, prescribiendo «El servidor público que utilice indebidamente ... influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función ...» (Código Penal de Colombia, 2000), las legislaciones foráneas antes citadas, han adecuado su regulación al DPH, por sobre el DPA.

Sin embargo, supongamos que nuestros legisladores, siguiendo lo expresado por el profesor Hurtado Pozo, respecto a que «nuestras leyes han sido frecuentemente inspiradas por -cuando no copiadas de- la legislación extranjera» (1979, p. 1), rechacen el tomar como referencia a fuentes extranjeras, bien podrían remitirse al artículo 46-A de nuestro C. Pen. de 1991 -incorporado a través del artículo 2, de la Ley N.º 30054 de fecha 30 de junio de 2013- que estableció circunstancias agravantes por la condición del sujeto activo, conforme detallo a continuación:

Artículo 46-A.- Circunstancia agravante por condición de sujeto activo.

Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. (Código Penal, 1991).

Como es de verse, el artículo antes citado, no establece las circunstancias agravantes genéricas respecto del sujeto activo o agente del delito, basándose en la condición de este, sino que por el contrario detalla a ciertas personas que «aprovechen su condición de»; es decir, el fundamento es

el uso o provecho indebido del cargo que les facilite la comisión de algún ilícito, lo que constituye una expresión del DPH.

6. Conclusiones.-

- El Derecho Penal del Hecho, al momento de tipificar una conducta, o agravar una ya existente, tiene en consideración la antijuridicidad de esta; a diferencia del Derecho Penal de Autor, que toma como referencia las condiciones o cualidades propias del agente o sujeto activo del delito.
- El Código Penal de 1924, pese a no tener un título preliminar, prescribe de forma implícita en sus artículos 1, 2 y 3, los Principios de Legalidad y Culpabilidad, como orientadores del sistema de justicia penal.
- La Constitución Política del Perú de 1979, reconoce el de forma implícita en el literal d), del inciso 20) de su artículo 2), el Principio de Legalidad y Culpabilidad, como límite al ejercicio del *ius puniendi*.
- El delito de Tráfico de Influencias fue introducido en nuestra legislación el día 12 de junio de 1981, a través del Decreto Legislativo N.º 121, que incorporó al Código Penal de 1924, el artículo 353-A.
- El Código Penal de 1991, es el primer cuerpo normativo de esta naturaleza en tener un Título Preliminar, en el que reconoce entre otros, a los principios de Legalidad y Culpabilidad, como orientados del sistema de justicia penal.
- La Constitución Política del Perú de 1993, en sentido similar a la Ley Fundamental de 1979, reconoce de forma implícita en el literal d) del inciso 24) del artículo 2), el Principio de Legalidad y Culpabilidad, como límite al ejercicio del *ius puniendi*.
- El que una legislación establezca de forma explícita o implícita, los Principios de Legalidad y Culpabilidad, denota su orientación respecto del denominado Derecho Penal del Hecho.
- Los Códigos Penales de 1924 y 1991 -vigente a la fecha-, así como las Constituciones Políticas de 1979 y 1993 -vigente a la fecha-, reconocen que nuestro sistema de justicia penal, se adhiere al denominado Derecho Penal del Hecho, dejando así de lado al denominado Derecho Penal de Autor -el mismo que se torna inconstitucional-.
- El ilícito de Tráfico de Influencias, es uno de los delitos de Corrupción de Funcionarios que más modificaciones ha sufrido en los últimos años; sin embargo, ha pasado inadvertido por el legislador la problemática que ocasiona la redacción de su modalidad agravada.
- El delito de Tráfico de Influencias en su modalidad agravada, desde su incorporación a nuestra legislación, hasta la fecha en que se encuentra sancionado por el segundo párrafo del artículo 400 del Código Penal, siempre ha constituido una manifestación del denominado Derecho Penal de Autor, prohibido en nuestra legislación, por lo que urge su modificación.

7. Bibliografía.-

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores.
- BERNALES BALLESTEROS, E. (2012). *La Constitución de 1993 – Veinte años después*. Lima: Editorial IDEMSA.
- BECCARIA, C. (2018). *Tratado de los delitos y de las penas*. Lima: Pacífico Editores.

- BRAMONT ARIAS, L. (1992). *Los principios rectores del nuevo Código Penal. Título Preliminar*. En: *REVISTA DE DERECHO – PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ*. (46) (pp. 13-320) Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CÓDIGO PENAL (Ley N.º 4868) [C. Pen.]. (1924). (1.a ed.). Librería é Imprenta Moreno.
- CÓDIGO PENAL (Decreto Legislativo N.º 635) [C. Pen.]. (1991). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682692>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ [C. Pol.]. (1979). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H719537>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ [C. Pol.]. (1993). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (1997). *El delito de Tráfico de influencias*. En: ASÚA BARRATITA, A. *Delitos Contra la Administración Pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1982). *LAS PERSONAS, EL PERSONALISMO Y LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1979*. En *REVISTA DE DERECHO – PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ*. (36) (pp. 81-95) Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HURTADO POZO, José. (1979). *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*. Lima: Editorial Cedys.
- INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL – IDL (2011). *Ley «Pro coima»*. (N.º 29703). Lima: Instituto de Defensa Legal – IDL.
- MONTOYA VIVANCO, Y (2011). *Breves comentarios a la reforma de los delitos contra la Administración Pública*. Lima: Justicia viva – Instituto de Defensa Legal – IDL.
- ROJAS VARGAS, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- SALINAS SICCHA, R. (2009). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Iustitia.
- SALINAS SICCHA, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Iustitia.
- SALINAS SICCHA, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Iustitia.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (1987). *Derecho Penal. Parte General*. Santa Fe de Bogotá: Editorial TEMIS.
- YSHII MEZA, L. (2019). *Las penas de inhabilitación y multa en los delitos contra la administración pública*. Lima: Jurista Editores.
- ZÁVALA LOAIZA, C. (2016). *Sinopsis histórica de la Legislación Penal en el Perú*. Lima: Pacífico Editores.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. (1991). *El Nuevo Código Penal peruano*. En: *ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES*. (44). (pp. 515-524) Madrid: Ministerio de Justicia del Reino de España.