

Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición N° 1. Junio de 2022

TRÁFICO DE INFLUENCIAS, GESTIÓN PÚBLICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. CONSIDERACIONES INTERDISCIPLINARES

Por Jorge Isaac Torres Manrique¹

Resumen: Abordar el análisis y desarrollo del delito de tráfico de influencias, implica conocer y entender su naturaleza extrajurídica, tanto en su origen como en los efectos de su incidencia, y lo propio, respecto de la corrupción. Luego de la determinación señalada, a manera de arribo a un diagnóstico situacional, corresponde poner en práctica las acciones en consecuencia, observando la rigurosidad metodológica. En la presente entrega, se asumió el compromiso de la interdisciplinariedad para su análisis, arribando a plausibles conclusiones y sugerencias; no sin antes evidenciar errores en la determinación del tipo penal correspondiente, así como, luces, explicaciones y vulneraciones en escenarios no solo jurídicos, además, de una sistemática vulneración de derechos fundamentales.

1. Introducción

¹ Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Director de la Biblioteca: "Recientes y próximos escenarios de los Ordenamientos Jurídicos", publicada por Ediciones Olejnik (Chile). Director Académico de la Revista Dogmática Penal latinoamericana (Perú). Diamont Ambassador of the Organization of World Ambassadors (Argentina). Miembro del Comité Editorial de la EDUCS- Editora da Universidade de Caxias do Sul (Brasil). Miembro del Consejo Académico del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores, adscrito a la Universidad de Santo Tomás de Oriente y Medio Día (Nicaragua). Pesquisador Internacional del Grupo de Responsabilidade Civil e Processo Ambiental de la Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil). Colaborador Extranjero del Grupo de Investigação de Investigação Metamorfose Jurídica y Colaborador do projeto de pesquisa Constitucionalismo e Meio Ambiente: Sustentabilidade, Direitos Fundamentais e o Socioambientalismo na Sociedade Consumocentrista; ambos vinculados ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade de Caixas de Sul (Brasil). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Autor y coautor de diversos libros y tratados en Derecho Constitucional, Penal, Administrativo. CoDirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia. CoDirector de los Tratados: Lavado de Activos, Litigación Oral Estratégica, Derecho Probatorio, entre otros. kimblellmen@outlook.com; <http://orcid.org/0000-0001-5202-3886>, <http://lattes.cnpq.br/0707774284068716>.

El tráfico de influencias se encuentra en la mira de los sistemas jurídicos, legislaciones y políticas públicas de los Estados del orbe. El mismo se constituye en temática de muy honda como urgente preocupación. Y es que, por su muy estrecha relación con la corrupción en general, hace que su presencia se materialice en la totalidad de escenarios. El punto más álgido y que despierta las alarmas, es el relacionado a los efectos tremendamente dañinos y peligrosos a la sociedad en su conjunto. Por ello, en la presente entrega, abordamos el desarrollo del delito de tráfico de influencias desde las diversas aristas que abraza su naturaleza, que van más allá de lo que registra el mundo del Derecho.

2. Acerca del delito de tráfico de influencias

El tráfico de influencias es un delito de encuentro porque exige de la intervención de dos o más sujetos. Por un lado, el agente que ofrece influencias y, por otro, el que las compra. Sin embargo, este último no responderá como autor, sino como cómplice o instigador. Este delito se consuma cuando se realiza el acuerdo de intercesión, esto es cuando el comprador de influencias o interesado acepta el ofrecimiento de influencias del traficante a cambio de dar un beneficio de cualquier índole. No se requiere que el traficante interceda efectivamente ante el funcionario público competente para el caso, basta solo con el acuerdo entre vendedor y comprador de influencias. Las influencias pueden ser reales o simuladas. En el primer caso, tienen la capacidad de orientar la conducta ajena y dirigirla conforme los consejos del traficante. En el segundo caso, no hay una capacidad real de incidir en el funcionario público, pero se alega falsamente tenerla. Por ejemplo, en el caso Luchetti, las influencias que Montesinos invocó fueron tan reales que finalmente el Poder Judicial resolvió en favor de esta empresa. Al interpretar este delito podemos diferenciar la legítima gestión de intereses del tráfico de influencias. La primera busca mejorar la calidad de las decisiones públicas, permite que se abran canales para los aportes de expertos temáticos del sector privado. Por el contrario, el segundo tiene como objetivo influenciar sobre el funcionario público para que subordine los intereses públicos ante intereses personales de índole amical, económico, proselitista, entre otros.²

Los delitos de corrupción de funcionarios son precedidos, generalmente, por un agente que funge de intermediario o facilitador a merced a las influencias que posee y ofrece para obtener un beneficio pecuniario, político o de cualquier otra índole. Es así como una tipificación idónea del tráfico de influencias deviene en un imperativo para quienes estamos comprometidos con el control y prevención de la corrupción. Acorde a su naturaleza, el tráfico de influencias representa la decisión político criminal de anticipar las barreras de punibilidad a un estadio previo a los actos corrupción como el cohecho, colusión, entre otros, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función pública –aunque, hoy, limitada a un caso judicial o administrativo–.³

² PUCHURI, Flavio. *Delito de tráfico de influencias: una de las modalidades de corrupción más comunes en el ámbito público y privado*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/delito-de-traffic-de-influencias-una-de-las-modalidades-de-corrupcion-mas-comunes-en-el-ambito-publico-y-privado/>. Lima, 2018.

³ CHANJAN DOCUMET, Rafael, PUCHURI TORRES, Flavio Cesar, HINOJOSA JURADO, Sofía y otros. *El delito de tráfico de influencias y el tratamiento del elemento "caso judicial o administrativo"*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22447/21674>. Lima, 2020, p. 276.

3. Normatividad nacional e internacional

En principio, es de verse el Artículo único de la Ley que Incorpora la Pena de Multa en los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, que modifica diversos artículos del Código Penal, específicamente el Art. 400, que acerca del Tráfico de Influencias, prescribe: *“El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. 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”*.

Seguidamente, tenemos que el Artículo 18., de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en relación al Tráfico de influencias, establece: *“Cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido”*.

Por otro lado, el Art. II., de la Convención Interamericana contra la Corrupción, acerca de los propósitos, preconiza: *“1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”*.

Además, el tráfico de influencias afecta, de modo general, el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, la determinación del bien jurídico en específico tendrá un tratamiento diferenciado dependiendo de si nos encontramos con un tráfico de influencias reales o simuladas.⁴

⁴ CHANJAN DOCUMET, Rafael, PUCHURI TORRES, Flavio Cesar, HINOJOSA JURADO, Sofia y otros. *Ob. Cit.* P. 281.

4. Análisis del tipo penal de tráfico de influencias

En principio, tenemos que lo que tipifica el Art. 400 del C.P. es el comercio privado de la función pública, es decir, el pacto entre el interesado y el traficante, esto es, una intersección ante funcionarios o servidores públicos, siendo el vendedor de influencias un nexo entre el sujeto comprado-interesado y el funcionario que tenga a cargo la decisión de un proceso judicial o administrativo. Este delito, al consumarse con el simple acuerdo, resulta ser un delito de mera actividad, por lo que no es necesario que se realice un ejercicio efectivo o concreto de las mismas ni algún resultado posterior puesto que podría configurar otro delito. (v. gr. cohecho, colusión, etc.). Es necesario precisar que Jurisprudencia nacional se ha manifestado sobre los elementos de este tipo penal, así tenemos la R.N. N° 4218-2009-Piura: "...el agente manifieste a alguien tener influencias reales o simuladas en la administración pública; b) el agente le ofrezca interceder ante un funcionario o servidor, ante un caso judicial o administrativo; y, c) el agente reciba, haga dar o prometer para sí o tercero, un donativo o promesa...".⁵

Por otro lado, en el referido artículo, una de las modalidades es la venta de influencias "simuladas" en el cual no existe vínculo alguno con el funcionario o servidor público a cargo de un caso judicial o administrativo, por tanto, la capacidad o posibilidad de dirigir o guiar su voluntad no existe. Dicho eso, en la modalidad de influencias simuladas, lo que se pretende castigar no son "las supuestas influencias" porque en este caso no existen, sino el acto de invocar aquellas influencias que realmente no tiene y que estén dirigidos a persuadir a los compradores de realizar el pacto ilícito añadiendo una contraprestación de su parte. Así, el objeto de simulación en este delito son las "influencias" que se vende, pero lo que si debe existir es un funcionario o servidor público "concreto" que esté conociendo, haya conocido o esté por conocer un caso judicial o administrativo. Así lo ha mencionado el R.N. 2218-2005-Arequipa, entre otras.⁶

5. El derecho penal del enemigo como aliado ilegítimo

Consideramos que, en el delito de tráfico de influencias, se ha adelantado la punibilidad, incluso, penalizando los meros actos preparatorios. Se usa así la filosofía del proscrito Derecho Penal del Enemigo.

Del mismo parecer se tiene, que en el sentido que el Art. 400, una de las modalidades es la venta de influencias "simuladas" en el cual no existe vínculo alguno con el funcionario o servidor público a cargo de un caso judicial o administrativo, por tanto, la capacidad o posibilidad de dirigir o guiar su voluntad no existe. Dicho eso, en la modalidad de influencias simuladas, lo que se pretende castigar no son "las supuestas influencias" porque en este caso no existen, sino el acto de invocar aquellas influencias que realmente no tiene y que estén dirigidos a persuadir a los compradores de realizar el pacto ilícito añadiendo una contraprestación de su parte. Es de precisar, que el objeto de simulación en este delito son las "influencias" que se vende, pero lo que si debe existir es un funcionario o servidor público "concreto" que esté conociendo, haya

⁵ PASACHE HERRERA, Luis Anthony. *Cuestionamientos sustanciales al delito de tráfico de influencias*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: <https://www.enfoquederecho.com/2021/04/16/cuestionamientos-sustanciales-al-delito-de-trafico-de-influencias/>. Lima, 2021.

⁶ PASACHE HERRERA, Luis Anthony. *Ob. Cit.*

conocido o esté por conocer un caso judicial o administrativo. Así lo ha mencionado el R.N. 2218-2005-Arequipa, entre otras.⁷

Y es que el Derecho Penal del Enemigo o Antiliberal de Günter Jakobs debe su origen (a mediados de los años ochenta) al resultado de la fusión del Derecho Penal Simbólico (rapidez legislativa en la dación de políticas penales) y el Punitivismo (intimidación por el incremento de la penalidad). Por otro lado, tenemos que está orientado al autor y no al hecho, lo cual es extremista, abusivo, ilegítimo y totalmente falto de garantías, ya que se considera al enemigo como “no persona”, en consecuencia lamentablemente se abre el amplio abanico de posibilidades atentatorias y vejatorias contra los derechos humanos (donde todo tipo de represión encuentra su justificación en la llamada “defensa de la seguridad ciudadana”) al poseer como argumentos básicos de existencia, el amplio adelantamiento de la punibilidad (la pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos), la exacerbación de la pena, la cuasi ilimitada protección penal de los bienes jurídicos globales; y la disminución y/o supresión de algunas garantías y principios procesales, por decir lo menos.

Es una tendencia distinta o más bien contrapuesta al Derecho Penal Ordinario, Garantista, Liberal, de la Persona o del Ciudadano; ya que no considera al ciudadano delincuente como tal, sino como enemigo no ciudadano, es decir, sin derecho a la categoría de persona. En consecuencia, no le da a la persona que delinque o se equivoca la oportunidad de enmienda y reparo del daño que ocasionó. La misma asume que los delincuentes no respetan las normas penales y, por lo tanto, se les debe excluir del derecho penal, en consecuencia, no tienen derecho a los principios garantistas penales. En otras palabras, según esta tendencia se tiene que combatir al enemigo, pero no con las reglas del derecho penal, sino, con las reglas del estado de naturaleza. Afirmación que consideramos clamorosamente equivocada, como extremista.

El Derecho Penal del Enemigo considera que los enemigos son los que están o actúan en contra o al margen del derecho penal y del sistema social, en consecuencia, para nuestro caso, vendrían a ser los terroristas, los narcotraficantes, los violadores, los secuestradores, etc. Sin embargo, es imprescindible señalar que se tiene que estar muy alerta, ya que este tema de la consideración como “enemigo” para esta teoría puede ser hábilmente utilizada (tergiversándola) para fines jurídicamente nada loables. En consecuencia, algunos poderosos Estados (EE.UU., por ejemplo) pueden utilizar adrede una “identificación equivocada del concepto de enemigo” para justificar la ejecución de acciones militares (donde medien intereses económicos, políticos, etc.) en contra de otros Estados en evidente desventaja de los Estados- potencia.

Finalmente, es preciso dejar constancia, que esta tendencia doctrinaria no es nueva o novedosa (para variar), ya que en 1985 el profesor alemán Günter Jakobs fue quien creó y propulsó la misma, sentenciando que era necesaria su existencia e implantación ante un accionar limitado e ineficaz del Estado de Derecho ante el advenimiento apabullante de la globalización del delito en contra de las sociedades (Estados) contemporáneas, porque le otorga al delincuente (o enemigo) la desventajosa categoría de Sujeto de Derecho en desmedro de los llamados “ciudadanos”. En suma, Jakobs propuso (en defensa de la aparente extinción del Estado de Derecho) una supuesta evolución o remozamiento de la juridicidad alejada u opuesta a toda concepción axiológica; lo cual calificamos

⁷ PASACHE HERRERA, Luis Anthony. *Ob. Cit.*

como preocupante, así como de peligrosísimo desliz antidemocrático. En consecuencia, el hecho que nos llegue con casi dos décadas de retraso, no significa que la convierta ipso facto, en nueva tendencia y peor aún como alternativa válida, necesaria y eficaz.

Es una peligrosa tendencia porque justifica la desnaturalización del derecho y garantías por la priorización de la seguridad del ciudadano. Además, señalamos que al ser instaurada en un Estado se convierte en legal porque su política se positiviza en su ordenamiento jurídico penal. Pero al violar principios y garantías propias del derecho penal se convierte en ilegítima, ya que empieza a regir en sentido contrario a un Estado de Derecho; lo cual amerita la constante vigilia en defensa de la no violación, además, de los derechos fundamentales. Esta tendencia se presenta como sinónimo del retroceso de los principios penales garantistas, de los principios generales del derecho y de los derechos fundamentales de la persona. En declarada oposición de los derechos penales logrados/declarados a través de la historia de la humanidad.

6. La corrupción como delito y fenómeno

Ante todo, es preciso señalar que el delito de tráfico de influencias forma parte de los delitos de corrupción. En ese sentido, resulta basilar analizar y desarrollar la temática de la corrupción. A continuación, lo propio:

Aproximaciones. La corrupción está asociada a la naturaleza humana, como ya decía Tucídides hace más de 2.000 años. Sin embargo, en estos momentos, se ha convertido en un fenómeno que afecta negativamente a la política, probablemente más que ningún otro, de modo que seguramente la corrupción sea el aspecto que refleja, y causa a la vez, las mayores crisis de los modelos democráticos. Así, centra los debates, los análisis y las agendas, mediáticos y políticos, y también los judiciales, y desde luego se considera uno de los principales problemas políticos a juicio de la mayor parte de los ciudadanos. Su combate llena campañas electorales; no obstante, las políticas concretas y los cursos de acción específicos que puedan servir para frenarla, mitigarla, reducirla o controlarla no parecen estar a la altura de su significación mediática o política. En América Latina la corrupción está afectando especialmente a las democracias, acuciadas por el efecto que tiene en ellas el conocimiento de grandes tramas, de casos evidentes de utilización indebida de los recursos públicos y de la autoridad soberana para alcanzar fines privados. En los últimos años se han conocido casos emblemáticos de corrupción que han afectado a políticos de alto rango y/o a numerosos integrantes de las élites políticas, entre los que el caso Odebrecht es sin duda el más significativo y conocido. Así, la corrupción se ha convertido en uno de los factores que más incide en la desconfianza en las instituciones democráticas latinoamericanas y el que explica que se estén llevando a cabo reformas políticas, de mayor o menor envergadura, con el fin de mejorarla calidad de los gobiernos y las percepciones de los ciudadanos.⁸

Ciudadanos y expertos continúan considerando a la corrupción como uno

⁸ RAMOS ROLLÓN, Marisa y ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *El control de la corrupción en América Latina: agenda política, judicialización e internacionalización de la lucha contra la corrupción*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/07/DT_FC_11.pdf. Madrid, 2019, p. 3.

de los principales problemas de los países de la región. Por una parte, 8 de cada 10 latinoamericanos sostienen que su gobierno es corrupto (Encuesta Gallup, 2017 en OCDE, 2018: 155), y se ha incrementado la percepción del aumento de la corrupción como primer problema de su respectivo país. En este sentido, “en 2017 un 62% de los latinoamericanos decía que la corrupción había aumentado, en 2018 es el 65%” (Latinobarómetro, 2018). Por otra parte, el 60% de la ciudadanía considera que no existe transparencia en el gobierno, y un 62% piensa que no la hay en el Estado (Latinobarómetro, 2016). De acuerdo al “Índice de Percepción de Corrupción 2018” de Transparencia Internacional, con la excepción de Uruguay, Costa Rica y Chile, el resto de países de la región no alcanza el 50 en la escala del 1 al 1001.⁹

Esta creciente centralidad del fenómeno de la corrupción en la agenda política se ve facilitada por dos factores: 1. Por una parte, los medios de comunicación y las redes sociales han contribuido a difundir el conocimiento de muchos de los casos de corrupción y, en consecuencia, a incrementar su impacto social. La ciudadanía está percibiendo la corrupción como un problema central que genera un enorme daño, hasta el punto de que se ha catalogado en algún país como daño social. 2. Por otra parte, también ha habido una mayor reacción internacional a la corrupción, de forma que organismos y actores del ámbito internacional han entendido que apoyar los modelos democráticos pasa necesariamente por apuntalar las instituciones que limitan o frenan este tipo de conductas, o por apoyar a los ciudadanos que las denuncian.¹⁰

Qué debemos entender por corrupción. Tenemos que, en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.¹¹

El concepto de corrupción constituye ante todo una categoría cultural que forma parte de los discursos jurídico, económico y social, pero también del lenguaje corriente. Por lo tanto, no es posible contar con una definición única. Mientras que desde la perspectiva jurídica el factor determinante es el uso del poder, desde la perspectiva económica lo es el dinero, aunque ambos enfoques coinciden en que la finalidad es la obtención de un beneficio quebrantando una norma. Desde la perspectiva más amplia de las ciencias sociales, si bien no existe una posición unívoca, hay acuerdo en que la definición de la conducta corrupta no se debe limitar al concepto de ilegalidad, ya que existen prácticas y actividades que no violan una disposición legal pero conllevan una falla ética.¹²

Elementos característicos de la conducta corrupta. Como tales podemos citar:¹³

- El concepto de corrupción está vinculado con el sistema normativo, entendido como tal, en sentido amplio, todo el conjunto de reglas que regulan una práctica social. Es decir, sistemas normativos religiosos, jurídicos, políticos,

⁹ RAMOS ROLLÓN, Marisa y ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Ob. Cit.* Pp. 3- 4.

¹⁰ RAMOS ROLLÓN, Marisa y ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Cit.* Pp. 4- 5.

¹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Corrupción*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>. Madrid, 2021.

¹² GILLI, Juan José. *La corrupción: Análisis de un concepto complejo*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: https://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/gilli_riim61.pdf. Buenos Aires, 2014, p. 61.

¹³ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Acerca del concepto de corrupción*, en Laporta, Francisco y Silvina Álvarez, *La corrupción política*, Madrid. Alianza Editorial. 1997, pp. 7- 8.

económicos, etcétera.

- El actor o actores, en consonancia con lo expresado, no está limitado a un campo de actividad específica y lo que lo caracteriza es su competencia para tomar decisiones en virtud de la posición que ocupa en el sistema normativo o de papel social que desempeña.

- Los deberes posicionales son aquellos que se adquieren cuando se acepta asumir dentro del sistema normativo y deben ser distinguidos de los llamados deberes naturales, es decir aquellos que valen para todos los individuos.

- La corrupción es un delito o una infracción que implica la violación de alguna obligación por parte de un decisor. Si se acepta que las obligaciones son deberes adquiridos por la aceptación expresa o tácita de una determinada posición, la corrupción implica siempre un acto de deslealtad hacia el sistema normativo.

- El acto o actividad corrupta requiere, además del decisor, la intervención de una o más personas. Es un acto participativo en que una de las partes trata de influir el comportamiento de la otra por medio de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema normativo.

Tipología de las prácticas corruptas. Al respecto, podemos referir:¹⁴

- **Soborno.** Ofrecimiento de una recompensa a un agente público para influir sobre sus decisiones a favor del otorgante.

- **Extorsión.** Amenaza de una medida lesiva por parte del agente público al ciudadano, si éste no realiza una contraprestación a favor del agente.

- **Arreglos.** Pacto recíproco entre el agente público y el ciudadano, de forma que una decisión oficial favorezca al privado a cambio de una recompensa para el agente.

- **Alteraciones fraudulentas del mercado.** El agente público introduce externalidades en el mercado de bienes que afectan su valor, con la finalidad de un beneficio para sí o un tercero.

- **Malversación y fraudes.** Uso de fondos públicos o de posiciones oficiales para fines distintos de los previstos en las normas.

- **Parcialidad.** Discriminación deliberada en la formulación y la aplicación de leyes (normas ad hoc) o en la prestación de servicios o en la provisión de cargos (favoritismo y clientelismo).

- **Colusión privada.** Cuando ciertos agentes económicos se ponen de acuerdo entre sí para fijar el monto de un contrato de aprovisionamiento o concesión pública.

Uso de información privilegiada. Cuando quien por su función tiene acceso a la misma y la utiliza para la toma de decisiones privadas para beneficio propio o de terceros.

¹⁴ LAPORTA, Francisco J. y ÁLVAREZ, Silvina. *La corrupción política*. Madrid, 1997.

Causas de la corrupción. De manera preliminar podemos considerar:

- **Cultura del secreto.** Ante todo, se deja constancia que, de manera genérica, la principal causa es la cultura del secreto, instalada en gran parte de la sociedad estatal, puesto que, la misma se encuentra presente en la propia naturaleza del ser humano.

- **Elementos culturales.** Si bien en general ciertas prácticas, como el soborno, la extorsión y el fraude, son rechazadas, en algunas culturas existe mayor permisividad respecto de las conductas corruptas o incluso puede existir un alto grado de tolerancia a las conductas corruptas y, en algunos casos, la proximidad a las autoridades o cierto grado de influencia para obtener beneficios es visto positivamente.¹⁵

- **Egolatría y mesianismo.** Resulta sumamente preocupante la eventual consabida ligereza con que resultan ser asumidas las modificaciones o propuestas legislativas para la lucha contra la corrupción, a la luz de las correspondientes comisiones de reforma.

Ello ocurre cuando en principio, no necesariamente son convocados para ello a los verdaderos especialistas. Luego, que las propuestas y modificaciones terminan siendo producto de una coyuntura y no de una real necesidad legislativa. Lo referido aterriza en que antes de la creación de una comisión de reforma, increíblemente ocurre que las respectivas modificaciones y propuestas, simplemente no existían.

Mención aparte, merece referir a lo que Mario Castillo Freyre señala como “Tentaciones Académicas”. Esto es, que entre no pocos miembros de las comisiones de reforma observan el principio (“yo no opongo a tus propuestas de artículos para la ley y tú no te opones a las mías”). Luego, acuerdan que finalmente que vaya el paquete completo sin mayor debate y análisis, en atención a que en el Congreso de la República el legislador hará las observaciones y enmiendas correspondientes. Lo que ciertamente no siempre ocurre.

Como consecuencia, es que puede apreciar leyes aprobadas en las que su articulado no presenta la obligada sistematización interna y externa, y donde existen algunos en los que el texto presenta contenido repetido, incompleto, contradictorio.

Además, no se puede dejar de apostrofar el que no pocos dadores de una norma legal, resultan más preocupados por la permanencia de vigencia de una ley nociva o errada por contener una propuesta de su persona, en vista que no pueden concebir que su nombre deje de estar presente en la dación o propuesta de la misma.

Entonces, los mismos terminan oponiéndose por todos los medios posibles a la eventual modificación de la supuesta iluminada ley, que ellos fueron autores, gestores o promotores. Es el típico caso de aquellos que se consideran predestinados a trascender sin mayor o ningún mérito o fundamentación suficiente.

¹⁵ GILLI, Juan José. *Ob. Cit.* P. 60.

7. Creación y naturaleza del estado

En antiguo no existía el Estado, entonces, no había quien se encargue de las tareas propias del mismo, esto es, de la seguridad, salud, educación, entre otros, de la población.

Luego y ante dicha situación, las poblaciones se organizaron a efectos de hacerse cargo de lo señalado. No obstante, con el transcurso de los tiempos ello se tornó inmanejable, puesto, que las poblaciones experimentaban un incontenible crecimiento poblacional.

Es entonces, que tuvieron a bien crear un ente que se encargue de asistirlos en las necesidades elementales para poder subsistir de manera ordenada y orgánica; aparece así el Estado, el aparato abstracto que a través de las carteras ministeriales y demás instituciones, llevan a cabo lo propio.

En consecuencia, cuando una persona acude a una comisaria o entidad estatal cualquiera y no recibe una atención adecuada o se le niega la misma, es entonces, que el Estado se desvirtúa, tornándose en contra de su creador, la población.

Por tal razón, el Estado y por ende los funcionarios públicos, se encuentran obligados a observar estrictamente la naturaleza del aparato estatal, que es actuar únicamente en beneficio de la población y sobre todo de quienes menos tienen.

Ello, en tanto que la población no solamente tuvo a bien crear el Estado, si no, además, lo solventa sistemáticamente día a día, segundo a segundo.

Así, tenemos que los impuestos son sufragados, de manera directa e indirecta, por la población en situaciones cotidianas. Por ejemplo, cuando se compra productos en una tienda de abarrotes, supermercado, cuando se acude a una gasolinera para echar combustible al vehículo, cuando se abona a la municipalidad, entre otros.

Dichos impuestos se canalizan hacia el Ministerio de Economía, el cual los recauda de manera consolidada a nivel nacional. Entonces, cada fin de año los representantes de los diversos ministerios y organismos descentralizados, acuden al Congreso de la República a efectos de sustentar el presupuesto que requieren para poder llevar a cabo su gestión para el siguiente año fiscal.

Finalmente, el Ministerio de Economía adjudica las partidas presupuestarias.

En tal sentido, tanto la comisión del delito de tráfico de influencias, como la errada tipificación del mismo, contrarían la quintaesencia del Estado y de los legítimos intereses y derechos fundamentales de la población.

8. El tráfico de influencias y su ubicación en la escala evolutiva del sistema jurídico

Dejamos expresa constancia, que ciertamente el tráfico de influencias constituye en una seria amenaza a los intereses de la población y la seguridad

jurídica que le asiste al sistema jurídico imperante, esto es, el Estado Constitucional de Derecho, el mismo que no es equiparable ni sinónimo de justicia. Esto es, que su filosofía resulta ser constitucional, pero injusta. Fundamentamos lo referido a la luz de hemos considerado como etapas de la evolución del Derecho:

En primer término, como etapa inicial surge el Estado de Naturaleza, conocido también, como el estado salvaje, del ojo por ojo, diente por diente, de la justicia por mano propia.

A continuación, como segunda etapa surge el Estado de Derecho, en el que el estado salvaje es postergado por la vigencia y preeminencia de la Ley, legalidad, la Justicia Legal. Se le denomina de dicha manera, en razón a su abrace de conformidad a lo estipulado en la norma legal respectiva, esto es, cuando en sede judicial o administrativa se decide ajustándose a lo contemplado exclusivamente en la ley de la materia, para el caso concreto. O que también se invoque el otorgamiento de un derecho establecido en el texto expreso de la ley, en los Códigos Civil, Penal, Tributario, entre otros.

Seguidamente, se tiene el tercer estadio conocido como el Estado Constitucional de Derecho. En el que la legalidad deja de tener imperio, protagonismo, vigencia (únicamente regirá en tanto abrace el espíritu contenido en la Constitución Política, Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales). En la presente etapa, que corresponde a la que atravesamos actualmente, estos últimos son transversales al sistema jurídico. Así también, dejan de tener vigencia las ramas jurídicas tradicionales como: Derecho Administrativo, Empresarial, Laboral, por citar algunos, y empiezan a regir nuevas, como: Derecho Constitucional Administrativo, Constitucional Empresarial, Constitucional Laboral, entre otros. La misma constituye una innegable superación de la mera legalidad y comporta una protección normativa superior. Empero, dicha justicia constitucional no resulta ser equiparable a la justicia en *strictu sensu*.

Como cuarta etapa tenemos al Estado Convencional de Derecho, que aterriza en la denominada Justicia Convencional. A la que se arriba tomando como premisa lo juridizado por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Su alcance o cercanía a la justeza es superior a la que ofrecen la justicia legal y la constitucional.

Seguidamente, es de verse la quinta etapa que denominamos: Estado Restaurador de Derecho, en la que se materializa la Justicia Restaurativa y se encuentra relacionada al espíritu que la restauración contempla para los sujetos ofendidos o agraviados. Si bien restaura a la totalidad de ofendidos o perjudicados, no necesariamente se le otorga lo que le corresponde a la víctima, sino, lo que subjetivamente considere la misma para quedar o saberse restaurada. No pocas veces el alto contenido emocional, hace que lo que precise el ofendido, sea básicamente el otorgamiento de las sinceras como sentidas disculpas y satisfacciones del ofensor, con cargo de no volver a incurrir en la correspondiente ofensa u agravio. Con ello, la víctima se vería en cierta forma, por satisfecha. Entonces, la justicia restaurativa arriba a un peldaño más arriba que la justicia legal, constitucional y convencional.

Finalmente, tenemos la sexta y última etapa, el Estado de Justicia, en la que se aprecia de manera estricta, completa y real a la Justicia, a la justicia

propriadamente dicha, la única equiparable a la legitimidad, a la justeza. Este tipo de justicia, es a la que se refiere con el dar a cada quien lo que le corresponde. Justiniano señaló al respecto: "La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho". Así, la justicia no puede ser equiparable a la justicia restaurativa, ya que, a diferencia de esta última, la carga o necesidad emocional no se plasma, debido a que, si el ofensor la robó al ofendido diez cabezas de ganado, pues, será justo o de justicia, que el ofendido reciba del ofensor el número completo y calidad (características) de lo robado y en extremo alguno, unas disculpas que puedan hacer las veces de bálsamo reductor del número y naturaleza de lo robado. Que no se nos malentienda, ya que no estamos en contra, demonizamos, rebajamos o desmerecemos a la justicia restaurativa, solo la comparamos con la justicia. Entonces, queda demostrado que la justicia, no es igual y es a la vez muy superior a la justicia legal, constitucional, convencional y restaurativa.

Es preciso dejar constancia, que en *strictu sensu*, la única justicia válidamente existente, es la justicia propriadamente dicha o justicia verdadera. Y es que, no se trata de erradamente pretender otorgar mayor significancia o supremacía utilizando nombres rimbombantes para "crear" diversos tipos de justicia, cuando la justicia es una sola, dicho de otro modo, la última de las analizadas.

A propósito, cabe hacer mención a la marcada gradualidad ascendente entre: naturaleza, legalidad, constitucionalidad, convencionalidad, restauratividad y justicia.

Para concluir y en mérito a lo desarrollado, colegimos que a lo que debemos aspirar como único norte inquebrantable e innegociable; es a la mención, defensa y plasmación de la justicia propriadamente dicha, esto es, a la legitimidad, a la justeza, es decir, a la justicia verdadera.

No obstante, lo desarrollado, sostenemos que no necesariamente tenemos que esperar a que algún día se encuentre el ansiado Estado de Justicia, puesto que desde ya podríamos abrazarlo premuniéndonos del principio de legitimidad.

Por otro lado, amerita dejar constancia, que los sistemas jurídicos no atraviesan necesariamente de manera exclusiva o estanca, por las referidas etapas de evolución de sus sistemas jurídicos. Así, tenemos, que el Perú rigen dos al mismo tiempo. Nos referimos a las correspondientes al Estado Constitucional de Derecho (de manera plena) y el Estado Convencional de Derecho (aunque, tímidamente). Mención aparte, merece el caso de Brasil, pues, su sistema jurídico experimenta la vigencia paralela de tres etapas evolutivas. Entonces, hablamos del Estado Constitucional de Derecho (protagónicamente y que denominan Estado Social de Derecho), el Estado Restaurador de Derecho (como gran referente global de aplicación de políticas públicas de justicia restaurativa) y el Estado Convencional de Derecho (de también escasa aceptación y aplicación, como en el caso peruano).

9. Influencia en la gestión pública y los derechos fundamentales

A continuación, resulta imprescindible dejar constancia que la mencionada figura delictiva, limita el ejercicio y realización de los derechos fundamentales de la sociedad, principalmente a saber: i) igualdad, ii) derecho a la defensa, iii)

debido proceso, iv) tutela procesal efectiva, v) a una correcta gestión pública, vi) a contar con funcionarios con perfil idóneo para el cargo, vii) libre desarrollo de la personalidad, viii) escrupuloso manejo del erario nacional, ix) seguridad jurídica, x) institucionalidad, xi) legalidad, xii) constitucionalidad, xiii) legitimidad, xiv) imparcialidad, entre otros.

Empero, además es de apostrofar la indisoluble relación existente entre: por un lado, el delito de tráfico de influencias; y por otro, la gestión pública y los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, es de verse el Fund. 9., del Exp. N° 2939-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional Peruano, que juridiza: “(...)el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada”.

Por su parte, se debe también tener presente el Principio de Buena Administración de la gestión pública.

Entonces, “Se trata del principio de buena administración, cuyos brotes verdes empiezan a verse en la jurisprudencia y permitirá redefinir el modelo de relaciones entre el uso de la discrecionalidad por la administración y la justicia que la controla. El profesor Julio Ponce Solé, quien ya demostró ser un adelantado en mostrar la vía de la negociación de las normas en obras anteriores, ahora en su excelente trabajo titulado “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración” (REDA 175, Enero-Marzo 2016), postula el advenimiento de “un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. El paradigma del buen gobierno y la buena administración.” Y distingue la idea de “buen gobierno” o modo en que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de “buena administración” que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción”.¹⁶

Lo curioso es que, con dos principios benéficos, la gestión pública sería irreprochable. El principio de buena administración, en la vertiente objetiva de prudencia, calidad, objetividad y justificación de las decisiones. Y el principio de buena fe, en la vertiente subjetiva de las intenciones.¹⁷

En ese orden de inteligencia, queda demostrado que el establecimiento de la tipicidad y comisión del delito de tráfico de influencias; vulnera, además, los principios basilares de la gestión pública y los derechos fundamentales señalados.

10. ¿Por qué puntos desarrollados no son asumidos o no terminan siendo lo esperado?

¹⁶ CHAVES, José Ramón. *Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22, de: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>. España. 2016.

¹⁷ CHAVES, José Ramón. *Ob. Cit.*

El presente punto resulta ser de particular importancia y trascendencia, puesto que en principio se ha podido observar la existencia de una serie de situaciones que suscitan de manera sistemática. Ya sea de manera errática, incompleta, irreflexiva, ilegal, inconstitucional. Ello obedecería a los argumentos que pasamos a desarrollar:

A continuación, huelga a propósito, ocuparnos de responder a las basilares preguntas que a propósito caen de maduras: i) ¿Es únicamente responsabilidad del legislador?, ii) ¿Por qué resulta siendo una constante dicho accionar en cada cosa que deseemos llevar a cabo?, iii) ¿Por qué tan ajena y errática puede sernos la empresa de marras?, iv) ¿Por qué tiene o puede demorar tanto tiempo en alcanzarse lo que tanto supuestamente se busca y se tiene que buscar, sin terminar consiguiéndose?, v) ¿Por qué tanto tienen que padecer los justiciables y administrados para que puedan abrazar un trato más equitativo en el reconocimiento de sus derechos fundamentales?, vi) ¿Por qué no la tenemos clara de inicio?, vii) ¿Por qué no ocurre ello en Europa y aquí sí, por ejemplo?.

En ese orden de pensamiento, podemos ensayar una resolución a las mismas, achacando a nada menos que a motivos de naturaleza de una suerte de nuestro ADN latino.

Es así que la respuesta parece apuntar a razones muy profundas, a nuestra construcción, a algo que sencillamente no podemos evitar, pues, resulta siendo parte de nuestra propia naturaleza.

Así, analizando a fondo (o tal vez, realmente a fondo), tenemos que señalar que esa incapacidad de poder reflexionar que nos caracteriza como occidentales, no es producto de la casualidad, sino de la causalidad. Así, tenemos que tomar en cuenta que como peruanos (por ejemplo) presentamos inmensas fracturas, ya que no tuvimos las edades del “Renacimiento”, ni “Ilustración” (nos saltamos con garrocha de la edad Antigua a la Moderna). En tal sentido, carecemos de la capacidad de repensar, reflexionar, reaprender a pensar a partir de sí mismo y su entorno –o simplemente renacer-, así como la pérdida de fe en todo tipo de dogmas; que el Renacimiento le otorgó a la Europa en los siglos XI y XV.

He ahí la explicación de nuestra gran tara. A dichas fracturas tenemos que agregarles (en palabras el destacado jusfilósofo y gran docente Juan Carlos Valdivia Cano, en su revelador y agudo ensayo “la enfermedad del amor”), el hecho que somos mestizos hechos o resultantes de una suerte de *tutti frutti* de una cultura autóctona (Inca), moral cristiana, instituciones de poder romanas (Parlamento, Poder Judicial), y estructura mental griega; y griega es o significa (entre otras cosas) platónica. Lo que nos otorga la tendencia de definir las cosas por su objetivo o ideal y no por lo que éstas efectivamente o de manera integral total o completa.

Luego, a la luz de las carencias¹⁸ occidentales y peruanas reseñadas, huelga citar a Ortega y Gasset (“el hombre no es tal, sino es él y sus circunstancias”), para tener en cuenta que todo lo que nos ocurrió como cultura,

¹⁸ Carencias (de edades) y fracturas (culturales) que también pueden ser investigadas y analizadas por los ciudadanos de cada Estado o país occidental, respecto de su caso concreto; a efectos de poder realmente entender su propia naturaleza y acceder a al estado de lucidez que refiere Juan Carlos Valdivia Cano; para luego, realizar lo propio al respecto.

trajo como resultado lo señalado y lo cual no se puede salvar o pasar por alto así nomás.¹⁹

11. Conclusiones

El delito de tráfico de influencias presenta una naturaleza interdisciplinar. Ello, implica que no se origina de manera exclusiva y excluyente en el mundo del Derecho, a la vez, que sus efectos dañinos, también se manifiestan en dicha modalidad, esto es, desde la colateralidad.

Su abordaje y descifrado, comporta basilarmente la determinación rigurosa y científica de las causas del mismo y de la corrupción, vía un diagnóstico situacional.

La estructura del tipo penal de tráfico de influencias, presenta serios cuestionamientos, como por ejemplo la aplicación del Derecho Penal del Enemigo.

El tipo penal de delito de tráfico de influencias, comporta la vulneración de diversos derechos fundamentales, de la población, sujeto activo y de sus aristas multidisciplinarias.

12. Sugerencias

Resulta imperioso entender y asumir el tratamiento legislativo desde una perspectiva multidisciplinar, esto es, no solamente jurídica.

A través de un análisis especializado e interdisciplinar, determinar las causas del tráfico de influencias y la corrupción. Con los resultados arrojados, se debe proceder en consecuencia, esto es, a efectos de combatir eficaz y eficientemente la lucha y erradicación del tráfico de influencias y corrupción.

Llevar a cabo el análisis de la determinación del tipo penal de tráfico de influencias, a efectos de lograr una correcta y plausible tratativa.

Llevar a cabo las políticas públicas y jurídicas correspondientes, a efectos de garantizar que el tipo penal de delito de tráfico de influencias, no vulnere los derechos fundamentales citados.

13. Referencias bibliográficas

¹⁹ A propósito, no podemos dejar de resaltar que siempre es bueno o saludable conocerse realmente a sí mismo (ya sea como persona, como ciudadano, como nacional o como parte de una cultura). Sea cual fuere a la conclusión o verdad a la que arribemos. La verdad (simplemente), por cruda que sea, no mata, solo aturde un poco; pero luego, a partir de ella, podemos efectivamente empezar a ir en busca de nuestra propia solución o evolución. Así, acertadamente se sentencia “conócete, acéptate y supérate” y “para saber dónde dirigirte, primero debes tener conocimiento acerca de dónde te encuentras”, además. En consecuencia, es falso como erróneo que alguien pretenda superarse sin previamente haberse conocido y aceptado, o que quiera ir o conseguir algo (la superación o el éxito, por ejemplo), sin tener la menor idea acerca de dónde y cómo se encuentra inicialmente.

CHANJAN DOCUMET, Rafael, PUCHURI TORRES, Flavio Cesar, HINOJOSA JURADO, Sofía y otros. *El delito de tráfico de influencias y el tratamiento del elemento "caso judicial o administrativo"*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22447/21674>. Lima, 2020.

CHAVES, José Ramón. *Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22, de: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>. España. 2016.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción, en Laporta, Francisco y Silvina Álvarez, *La corrupción política*, Madrid. Alianza Editorial. 1997.

GILLI, Juan José. *La corrupción: Análisis de un concepto complejo*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: https://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/gilli_riim61.pdf. Buenos Aires, 2014.

LAPORTA, Francisco J. y ÁLVAREZ, Silvina. *La corrupción política*. Madrid, 1997.

PASACHE HERRERA, Luis Anthony. *Cuestionamientos sustanciales al delito de tráfico de influencias*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: <https://www.enfoquederecho.com/2021/04/16/cuestionamientos-sustanciales-al-delito-de-trafico-de-influencias/>. Lima, 2021.

PUCHURI, Flavio. *Delito de tráfico de influencias: una de las modalidades de corrupción más comunes en el ámbito público y privado*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/delito-de-trafico-de-influencias-una-de-las-modalidades-de-corrupcion-mas-comunes-en-el-ambito-publico-y-privado/>. Lima, 2018.

RAMOS ROLLÓN, Marisa y ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *El control de la corrupción en América Latina: agenda política, judicialización e internacionalización de la lucha contra la corrupción*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/07/DT_FC_11.pdf. Madrid, 2019.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Corrupción*. En línea, recuperado en fecha 2/5/22 de: <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>. Madrid, 2021.