

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**EL TRATAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL SOLICITANTE EN
EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURÍDICO ACTUAL**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

LESLIE INES BECERRA CORDOVA

ASESOR

GLADYS YOLANDA PATRICIA RAMOS SOTO CACERES

<https://orcid.org/0000-0001-7594-2092>

Chiclayo, 2019

**EL TRATAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL
SOLICITANTE EN EL DELITO DE TRÁFICO DE
INFLUENCIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO
ACTUAL**

PRESENTADA POR:

LESLIE INES BECERRA CORDOVA

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Jose Leoncio Ivan Constantino Espino

PRESIDENTE

Dora María Ojeda Arriarán

SECRETARIO

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Caceres

ASESOR

RESUMEN

Actualmente se viene sancionado la conducta del solicitante por el delito de tráfico de influencias en calidad de instigador, por cuanto es quien determina y refuerza la conducta del traficante para interceder ante el funcionario o servidor público; tal y como lo señala el Acuerdo Plenario 03-2015/116-CIJ; no obstante, la conducta del mismo no se adecua a las exigencias de la figura de la instigación, generando un debate a nivel doctrinario, dado que algunos autores consideran al comprador de influencias como cómplice y también como víctima de dicho ilícito penal. Siendo así y en aras de generar seguridad jurídica, debe incorporarse en el Código Penal, el artículo 400°-A, el cual sancione la conducta del comprador de influencias en un tipo penal independiente, con la finalidad de generar seguridad jurídica y evitar interpretaciones erradas.

Palabras clave: Tráfico de influencias, solicitante de influencias, traficante de influencias.

ABSTRACT

Currently, the applicant's conduct is punished for the crime of influencing trafficking as an instigator, because he is the one who determines and reinforces the conduct of the trafficker to intercede before the official or public servant; as indicated by Plenary Agreement 03-2015 / 116-ICJ; however, its conduct does not conform to the demands of the figure of the instigation, generating a doctrinal level debate, since some authors consider the buyer of influence as an accomplice and also as a victim of such criminal wrongdoing. Thus, and in order to generate legal certainty, article 400 ° -A must be incorporated in the Penal Code, which sanctions the conduct of the buyer of influences in an independent criminal type, in order to generate legal certainty and avoid misinterpretations.

Keywords: Influencer traffic, Influencer, Influencer.

ÍNDICE

RESUMEN	3
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	10
1. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	10
1.1. La Tipicidad Objetiva según la Doctrina Nacional.	10
1.2. Comportamientos sancionados por el legislador.	14
1.3. Los verbos rectores del delito de Tráfico de Influencias.	17
1.4. Los medios corruptores:	18
1.4.1. Donativo.	19
1.4.2. Promesa.....	20
1.4.3. Ventaja o Beneficio.....	20
1.5. El Tráfico de Influencias: ¿delito de peligro abstracto o de resultado?	22
1.6. El bien jurídico protegido en el delito de Tráfico de Influencias: ¿Posición Unánime?	25
1.7. Clases de Influencias en nuestro Código Penal.....	31
1.8. Circunstancia Agravante en base a la función especial del autor.	37
1.9. Tipicidad Subjetiva.....	37
1.10. Aspectos relevantes del Tráfico de Influencias en el Derecho Comparado.	39
CAPÍTULO II	53
2. LOS GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	53
2.1. La autoría.....	53
2.2. Criterios que distinguen entre autor y cómplice.	61
2.2.1. Formas de dominio del hecho.	65
2.3. Autoría mediata.....	67
2.3.1. Supuestos de autoría mediata.	68
2.4. La Coautoría.	73
2.5. Diferencia entre coautor y participe.....	76
2.6. Formas de Participación:	78
2.6.1. Instigación.	78
2.6.2. Complicidad.....	81
2.6.2.1. Complicidad Primaria.....	82
2.6.2.2. Complicidad Secundaria.	83

2.7.	Diferencias de la inducción con otras formas de participación.	86
CAPÍTULO III		88
3. LA PARTICIPACIÓN DEL TERCERO INTERESADO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO		88
3.1.	Posición del solicitante de influencias en el delito de tráfico de influencia.	88
3.2.	El interesado en el delito de Tráfico de Influencias según el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116. 97	97
3.3.	¿Se vulnera los principios constitucionales “principio de legalidad y lesividad” por la aplicación de una sentencia condenatoria al solicitante, como partícipe en el delito de Tráfico de Influencias?	101
3.3.1.	Principio de legalidad.....	103
3.3.2.	Principio de Lesividad.	107
3.3.3.	Análisis de Sentencias de la Corte Superior de Justicia sobre el Delito de Tráfico de Influencias.	109
3.4.	Análisis crítico de la participación del interesado en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal: Necesidad de la incorporación del artículo 400°- A en el Código Penal.	120
4. METODOLOGÍA		128
4.1.	Tipo y nivel de investigación.....	128
4.1.1.	Según el objetivo	128
4.1.2.	Según los datos empleados	128
4.2.	Diseño de investigación.....	128
4.3.	Operacionalización de variables.	129
4.3.1.	Tráfico de Influencias.....	129
4.3.2.	Participación del solicitante.....	129
4.3.3.	Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-116.	130
4.4.	Técnicas, instrumentos de recolección de datos.	131
4.5.	Procedimientos.....	131
4.6.	Plan de procesamiento y análisis de datos	132
4.7.	Matriz de Consistencia.	133
CONCLUSIONES		134
RECOMENDACIONES		136
BIBLIOGRAFÍA		138
ANEXOS		146

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, como ya es conocido, la corrupción es realizada por inescrupulosos funcionarios y servidores del Estado, lo cual viene generando desconfianza en la población sobre cómo se está tratando los asuntos de interés público en nuestro país. Por esta razón, el legislador adelantó las barreras de punibilidad a ciertas conductas que ponían en peligro el buen funcionamiento y la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública, acudiendo al Derecho Penal para sancionar y prevenir dichas conductas, hecho que ha concitado el interés por el estudio del artículo 400° de nuestro Código Penal, el mismo que describe al delito de Tráfico de Influencias, el cual se ubica dentro de los delitos contra la Administración Pública.

En ese sentido, advertimos que el legislador peruano, omitió tipificar de forma expresa la participación del solicitante de influencias, pese a que su conducta de solicitar o recurrir al traficante de influencias, da lugar a que éste posteriormente invoque sus influencias con el ofrecimiento de interceder frente un determinado funcionario o servidor público. Por ende, para tratar de justificar la responsabilidad de este interviniente, el operador jurídico recurrió a la parte general de la norma penal, específicamente a la figura de la participación (instigación y complicidad), lo cual generó diversas interpretaciones de distintos autores doctrinarios, así como un pronunciamiento de la Corte Suprema; sin embargo, sus fundamentos no son claros y precisos, generando confusión e inseguridad jurídica en los justiciables.

En consecuencia, en aras de uniformizar el tratamiento de participación del solicitante de influencias, debido a las múltiples posturas tanto en la jurisprudencia y a nivel doctrinario

y con la finalidad de generar seguridad jurídica a fin de que las decisiones adoptadas por los magistrados en la resolución de casos judiciales no vulneren derechos fundamentales, es necesario el análisis del delito de tráfico de influencias, su regulación y sus alcances en el ordenamiento jurídico peruano; así como el análisis de la autoría y la participación, con la finalidad de atribuir el grado de participación del solicitante de influencias en nuestro ordenamiento jurídico actual.

Por tal motivo, la presente investigación se encuentra estructurada en tres capítulos; analizando en el primero lo referido al delito de tráfico de influencias y su regulación en el Perú, así mismo en el segundo capítulo, trataremos sobre los grados de participación en el Código Penal Peruano. Y, por último, en el tercer capítulo proponemos una alternativa de solución para el problema materia de investigación, en donde demostraremos la necesidad de incorporar en nuestro Código Penal, el grado de participación del solicitante de influencias, a fin de generar seguridad jurídica.

La autora

CAPÍTULO I
EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

CAPÍTULO I

1. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El delito de tráfico de influencias surge como política criminal, con la finalidad de evitar conductas ilícitas de parte de terceras personas ajenas a la Administración Pública, que buscan alterar la imparcialidad e independencia de los funcionarios públicos, que estaban, hayan estado o estén conociendo un caso judicial o administrativo (Polo, 2018).

Este delito tiene como finalidad sancionar penalmente las conductas delictivas que se manifiestan a través de la negociación que realizan el traficante y solicitante de influencias con la intención de perturbar el buen funcionamiento en las funciones de los trabajadores del Estado (Siccha, 2019).

1.1. La Tipicidad Objetiva según la Doctrina Nacional.

a. Sujeto Activo.

El delito de tráfico de influencias está tipificado en el artículo 400°, primer párrafo del Código Penal, el cual describe lo siguiente:

“El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace, dar o prometer para sí o para un tercero, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este 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 (...)”.

De la descripción anterior, se advierte que el tráfico de influencias es un delito común, debido a que inicia con el término “*El que*” y pese a encontrarse en el Título XVIII (Delitos contra la Administración Pública), el sujeto activo no tiene la calidad especial de funcionario o servidor público, ni posee deberes positivos frente a la Administración Pública. Por ende, este ilícito penal puede ser cometido por cualquier persona indeterminada (Cancho, 2014).

Asimismo, Vicente (2011) refiere que, si bien este delito se encuentra dentro de los delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios públicos, es un injusto penal que no requiere que el sujeto activo posea alguna cualidad especial o específica que los distinga de los demás ciudadanos.

Arismendi (2018) señala, que:

Desde la óptica de los delitos de dominio, el delito de tráfico de influencias, resulta ser un delito común, por cuanto el tipo penal no exige un agente delictual cualificado, esto es funcionario o servidor público, en este sentido al no existir dicha condición especial, la misma que restringe el radio de autores, entonces nos encontramos ante un delito común, por lo tanto, cualquier persona, con capacidad de reprochabilidad puede cometer el ilícito penal aludido. (p. 796)

Así también, Reátegui (2019) señala que, este delito puede ser cometido por cualquier persona, es decir un sujeto indeterminado, pues al cometerse en el ámbito privado, los sujetos (traficante y solicitante) realizan el rol básico de un ciudadano, sin tener ningún rol específico o algún deber positivo frente a la Administración Pública.

Ahora bien, el traficante es aquella persona que invoca tener influencias reales o simuladas sobre un funcionario o servidor público, frente al solicitante de influencias, quien anhela obtener una resolución favorable por parte de dicho funcionario o servidor del Estado, haciendo entrega del medio corruptor (dativa, promesa, ventaja o beneficio) (Polo, 2018).

En ese orden de ideas, el delito de tráfico de influencias, puede ser cometido por cualquier persona, dado que los sujetos (traficante e interesado) siempre van a desplegar su conducta en razón del rol básico que tiene como ciudadano, al no poseer un deber positivo de promover la correcta Administración Pública, sino que únicamente transgreden la credibilidad que la sociedad les concede.

b. Sujeto Pasivo.

En lo concerniente al sujeto pasivo, Álvarez y Huarcaya (2018) señalan, que: “Es el Estado titular del bien jurídico tutelado en imparcialidad u objetividad que le deberían ser debidas. Subsidiariamente también puede ser el particular afectado en su patrimonio, por el ilícito cometido por el traficante de las influencias” (p.456). Es decir, consideran al Estado como titular principal del bien jurídico tutelado por el delito de tráfico de influencias y también al particular porque se afecta su patrimonio.

Sin embargo, la jurisprudencia¹ establece, que en todos los delitos en donde el agraviado no sea una persona natural o jurídica, será el Estado que asuma ese rol de sujeto pasivo y no debe considerarse al interesado o comprador de las influencias como afectado por este delito.

Por otro lado, Reátegui (2015) manifiesta, que:

¹ Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el literal 2, N° 23 de la Casación N° 103-2017 Junín, del 15 de agosto del 2017.

Existen dos momentos de agravio para el sujeto pasivo: en primer lugar, el sujeto pasivo del delito (como titular jurídico protegido), tanto en el primer párrafo como en el segundo, lo será genéricamente el Estado Peruano; por otro lado, el sujeto pasivo de la acción lo será concretamente la institución pública (concretamente la administración pública en el plano de la justicia jurisdiccional y en el plano de la justicia administrativa, (véase el artículo 401° del Código Penal) al cual pertenece no el sujeto activo (porque es el traficante) sino aquel funcionario o servidor público el cual está siendo influenciado por el sujeto activo. (p. 996).

En ese sentido, el sujeto pasivo genérico es el Estado, como único titular del bien jurídico afectado y como sujeto pasivo específico es la Institución Pública afectada, ello debido a la actividad prestacional que el Estado realiza mediante sus entidades públicas representantes, por cuanto al tener el cargo del correcto funcionamiento de los servicios públicos, se convierte en el único titular del bien jurídico protegido de los delitos contra la Administración Pública.

No obstante, respecto al particular consideramos que el comprador de influencias, no puede ser considerado sujeto pasivo del delito de tráfico de influencias, pues el Recurso de Nulidad N° 668-2007, de fecha 03 de junio de 2008, en su fundamento tercero señala: *que, en los delitos contra la Administración Pública, el bien jurídico protegido es la recta funcionalidad de la Administración Pública, por ello el sujeto pasivo o sus organismos autónomos o dependientes de este, más no la persona natural*. Es decir, no debe considerarse como sujeto pasivo al solicitante de influencias, solo al Estado y a sus entidades que se vean afectadas por la realización de este delito.

1.2. Comportamientos sancionados por el legislador.

La acción típica del agente, está compuesto por tres acciones, siendo las siguientes:

a. Invocar influencias reales o simuladas.

Según Freyre (2010) el término “invocar” constituye un presupuesto fundamental para la configuración del tipo penal, siendo el acto de atribuirse o jactarse tener cercanía con un funcionario o servidor público, lo cual le permite determinar en la esfera decisoria del funcionario. Es decir, el sujeto activo puede solicitar favores que se encuentren dentro del marco legal de las decisiones funcionales de la autoridad a interceder, con la finalidad de obtener algún beneficio para sí o para un tercero. Por tanto, lo que el sujeto activo invoca, es poseer influencias (reales o simuladas) con la finalidad que el comprador o solicitante de influencias le entregue algún beneficio a cambio.

Por otra parte, según Hurtado (2016) los términos, “invocar”, “recibir” o “prometer”, pueden realizarse con anterioridad o simultaneidad, pues no existe un orden preestablecido por el tipo penal para realizar estos verbos rectores, dado que para la consumación del tipo penal, solo es necesario que el sujeto activo invoque las influencias y por ello reciba el medio corruptor (dativa, promesa, ventaja o beneficio) otorgado por el comprador de influencias, con la finalidad de interceder ante el funcionario público.

Al respecto, Siccha (2016) indica, que el primer elemento objetivo que el legislador debe verificar, es si el sujeto activo ha invocado las influencias ante un tercero interesado, debido a que es uno de los requisitos para la configuración del delito.

Siendo así, se puede concluir que el término invocar es el acto que realiza el traficante de atribuirse las influencias, buscando convencer al solicitante de la determinación o poder que posee sobre el funcionario o servidor público, que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo del solicitante, a fin de obtener de éste una dativa, promesa, beneficio o ventaja.

b. Recibir, hacerse dar o prometer para sí o para un tercero donativo, ventaja, promesa o beneficio.

Este presupuesto, resulta sumamente importante, pues si a la invocación del traficante de las influencias no le acompaña los verbos rectores: “recibir, hacer, dar o prometer”, para sí o para un tercero el donativo, ventaja o promesa; la conducta no podría ser punible (Rojas, 2016).

El legislador mediante los términos (recibir, hacer, dar y prometer) nos brinda dos aspectos: El primero es cuando el traficante realiza un acto de emprendimiento, donde es él quien le sugiere al tercero interesado el medio corruptor, ósea la entrega o promesa del donativo, ventaja o beneficio, para interceder ante el intraneus, es decir funcionario o servidor público; y, segundo la conducta del solicitante de aceptar comprar las influencias, entregando el medio corruptor al traficante (Freyre, 2010). Es decir, para que el delito en cuestión se configure, se requiere por parte del traficante, la sugerencia de las influencias y del comprador, que las acepte, entregando el donativo, beneficio o ventaja.

En ese sentido, este delito exige que el traficante sea titular de las influencias y reciba necesariamente una ventaja, promesa o donativo por parte del interesado (comprador de las influencias), comprometiéndose a interceder ante un funcionario judicial o con cargo de un caso administrativo, sin que la consumación requiera que el ofrecimiento se realice; pues se trata de un delito de peligro concreto, en donde no es suficiente que la mera influencia alegada por el sujeto activo sea real o el ofrecimiento que hizo para interceder en el caso, sea efectivamente utilizado (Urtencho, 2017).

c. Ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso administrativo o judicial.

El término “interceder”, debe entenderse como una declaración de voluntad del traficante de influencias de expectativa a futuro de realizar el ofrecimiento al funcionario o servidor público, siendo innecesario que se realice dicho ofrecimiento, pues para la configuración de este delito, solo se requiere que el sujeto activo tenga dicha finalidad, aunque no se llegue a ejecutar tal influencia sobre el funcionario público (Freyre, 2010).

Ello, es corroborado por Siccha (2016) quien señala que, el legislador no espera la realización efectiva del acto funcional, por el cual el traficante influenció en su momento; puesto que, el delito quedará consumado solo cuando se compruebe la invocación de las influencias reales o simuladas ante el funcionario público; y, además el sujeto activo debe recibir, hacer, dar o prometer para sí o para otro alguno de los medios corruptores, quedando consumado el ilícito penal.

Tiffer (2017) refiere, que en el delito de tráfico de influencias debe demostrarse que verdaderamente se influenció de una manera real en el otro funcionario, aprovechándose de su posición o jerarquía con la finalidad de obtener provecho económico para sí o para un tercero.

La jurisprudencia señala que: “(...) en lo que respecta al delito de corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias, debe señalarse que cuando el tipo penal (...) hace referencia al «ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo», se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo (...)”².

² Recurso de Nulidad N° 11-2001-Lima del 23 de julio de 2003. Ejecutoria Suprema.

Así también, señala Salinas Siccha (citado en Espinoza, 2008) que no puede configurarse el ofrecimiento de interceder ante cualquier funcionario, sino aquel que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo que sea de interés para el solicitante de influencias. Si se advierte, que las influencias fueron invocadas por el traficante ante un funcionario o servidor público que no tiene alguna relación funcional con el proceso del solicitante, el delito no se configura.

De lo mencionado, se puede concluir que no basta invocar las influencias reales o simuladas, ni la proposición del donativo, promesa, ventaja o beneficio, sino debe añadirse el ofrecimiento que hace el traficante al comprador, lo cual consiste en interceder ante el funcionario o servidor público, que ha de conocer, éste conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Asimismo, al referirse al funcionario o servidor público, se hace referencia a quienes tengan competencia judicial o administrativa sobre un caso en concreto (jueces, fiscales, etc.).

1.3. Los verbos rectores del delito de Tráfico de Influencias.

En este delito, se presenta los verbos rectores: recibir, hacer, dar o prometer, los cuales constituyen conductas determinantes para la configuración del delito, siendo uno de los requisitos esenciales para el perfeccionamiento del tipo penal. Para ello, se deberá recibir, hacer entrega o hacer prometer un medio corruptor (dativa, promesa, ventaja) al agente a fin de comprometerse a interceder ante el funcionario o servidor público, cuya finalidad es la de emitir alguna resolución favorable para el tercero interesado, en el ejercicio de sus funciones.

El primero de los verbos rectores es "*recibir*", el cual es importante para la configuración del delito de tráfico de influencias, pues el traficante necesariamente debe haber tomado o recibido el medio corruptor entregado por el tercero interesado a cambio de las influencias (Siccha, 2016).

En cuanto, al verbo “*hacer dar*”, es aquella situación que implica que el vendedor de influencias, en mérito a lo impuesto en la psiquis del comprador de influencias, logra que este último entregue el medio corruptor a favor del mismo traficante o de un tercero (Reátegui, 2015).

Por último, en cuanto al verbo “*prometer*”, es necesario que el sujeto activo invoque las influencias al tercero interesado, cuyo fin es la promesa de entregar en un futuro el medio corruptor (Rojas, 2015).

En ese orden de ideas, los verbos rectores son necesarios para la configuración del delito, pues comprenden uno de los requisitos más importantes de la conducta de los sujetos al momento de cometer el ilícito penal, debido a que el tipo penal sanciona al sujeto que recibe, hace, dar o prometer algún medio corruptor a fin de conseguir un beneficio.

1.4. Los medios corruptores:

El delito de tráfico de influencias, tiene como medios corruptores: el donativo, promesa y ventaja o beneficio. Además, en la conducta del sujeto debe necesariamente estar presente cualquiera de los medios corruptores, sino el delito no se tipifica.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00228-2018-PHC/TC- Lima, el 6 de marzo de 2018, declaró fundada la demanda por la afectación del derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales y nula la sentencia de fecha 30 de enero de 2014, en el extremo que condenó al favorecido por delito de tráfico de influencias; y, en la resolución suprema de fecha 31 de marzo de 2015, declaró no haber nulidad de la referida sentencia respecto al extremo condenatorio, por cuanto en las resoluciones cuestionadas no se habría expresado el tipo penal del delito de tráfico de influencias, por falta de un elemento constitutivo del tipo penal, referido al pago o promesa de recibir, hacer dar o prometer, considerando dichas resoluciones nulas por falta de motivación.

Los medios corruptores del delito de tráfico de influencias son los siguientes:

1.4.1. Donativo.

El donativo, es una *dadiva*, aquel bien dado o prometido por el agente a cambio de las influencias. Este obsequio o regalo motiva al agente a realizar una conducta ventajosa para aquel que otorga dicho donativo, el mismo que debe tener naturaleza material y poseer valor económico, por ejemplo: los bienes muebles e inmuebles, dinero, libros, etc. (Reátegui, 2015).

Sin embargo, Hurtado (2016) manifiesta, que el término donativo está mal empleado en nuestro Código Penal, pues proviene del verbo donar, que significa “*traspasar a otro algo con fines benéficos o humanitarios*”, es decir un regalo u obsequio con dicha finalidad, lo cual no sucede en el delito de tráfico de influencias, dado que el comprador de influencias no entrega gratuitamente la cosa a cambio de nada, sino como precio de una retribución con la finalidad que el traficante de influencias interceda ante el funcionario o servidor público.

Asimismo, Reátegui (2019) refiere que el donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el traficante de influencias, pues donativo, dadiva o presente son sinónimos.

Cancho (2014) señala que la dadiva, va contra la naturaleza del delito, siendo imposible su sanción, pues la naturaleza de la donación, lo hace imposible de llevarse a cabo para el delito materia de estudio, ya que en la legislación peruana está previsto como un acto de liberalidad, propia de la voluntad del sujeto.

Siendo así, podemos concluir que el termino donativo, se debe entender conforme ha sido desarrollado en la doctrina nacional, como un obsequio o regalo con valor patrimonial y económico, el cual va a motivar al traficante de influencias a interceder en favor del tercero ante el funcionario o servidor público.

1.4.2. Promesa.

La promesa, es un compromiso a futuro realizable materialmente, es decir debe estar condicionado a su cumplimiento en términos racionales, por ejemplo, el solicitante de influencias promete al traficante que si realiza la invocación de las influencias ante el funcionario o servidor público, le regalará el siguiente mes unas hectáreas de terrenos que el interesado pose, puede que dichos terrenos se encuentren el litigio, o que el solicitante no las tenga, pero de igual forma se configura la promesa en los términos de derecho penal (Reátegui, 2019).

Asimismo, puede ser la entrega de una oferta remunerativa, ventaja (ascensos laborales, viajes, puestos de trabajo, bienes muebles o inmuebles, etc.). Esta clase de modalidad debe realizarse de manera directa; y, puede realizarse en un futuro cercano, pues lo relevante es el vínculo que une a los actos del traficante con la promesa efectuada (Siccha, 2014).

Además, aquella persona que promete debe hacerlo por sus especiales cualidades, para lo cual se exige que la promesa sea posible material y jurídicamente; sin embargo, el cumplimiento de esta no es relevante para la configuración del tipo penal, pues el delito se consuma con la sola promesa realizada al traficante de influencias (Freyre, 2010).

1.4.3. Ventaja o Beneficio.

Al hablar de ventaja o beneficio se hace alusión a un término muy amplio y general, siendo mecanismo complementario, comprendiendo todo lo que no abarca el donativo ni la promesa, siendo cualquier privilegio o beneficio que solicita el traficante de influencias con la finalidad de interceder ante un funcionario o servidor público, lo cual puede ser: favores sexuales, favores laborales, premios, becas, descuentos inusuales, es decir puede ser cualquier beneficio de carácter patrimonial

o no patrimonial, lo cual debe ser de utilidad necesaria para que el traficante de influencias las reciba (Siccha, 2016).

Tanto la ventaja como los beneficios son medios subsidiarios en relación al donativo. La ventaja puede ser de distintas formas, pueden ser laborales, políticas o sentimentales. Por ejemplo, una ventaja laboral sería que el solicitante de influencias le diga al traficante que posee una empresa y que firmará un contrato de trabajo para él o para alguien de su familia, y una ventaja política sería si el interesado refiera ser dueño de un Partido Político, prometiéndole al traficante una candidatura al Congreso Nacional en las elecciones futuras (Reátegui, 2019).

De la misma forma, Cancho (2014) señala que la ventaja, es el medio idóneo para que la prestación ilícita se realice, la misma que puede ser de cualquier clase, dado que es distinta al donativo y promesa porque el concepto es más general; sin embargo, manifiesta que dicho medio corruptor debe ser interpretado subsidiariamente frente a los demás, por ello resulta innecesario en el tipo penal.

1.5. El Tráfico de Influencias: ¿delito de peligro abstracto o de resultado?

En principio, es necesario definir los delitos de peligro cuya naturaleza peligrosa no puede apreciarse sino acudimos a una consideración “*ex ante*” y “*ex post*”, pues el peligro existe en un juicio de probabilidad. Además, en esta clase de delitos existe un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos de la lesión, es decir cuando los bienes jurídicos son puestos en peligro, siendo irrelevante causar lesión alguna.

Existen dos tipos de delito de peligro: abstracto y concreto, el primero de estos es una “conducta típicamente peligrosa”, es aquí en donde se aplica el razonamiento “*ex ante*”, es decir antes que el sujeto emita una conducta dañosa, potencial peligrosa, se da por consumado el tipo penal por la peligrosidad de la conducta; empero dicha conducta debe ser idónea para poner en peligro el bien jurídico, ya que si cualquier conducta fuera considerada de peligro, se estaría afectando el principio de lesividad; por ejemplo, la conducción en estado de ebriedad o portar armas de fuego (Finocchiaro, 2010).

Con respecto al segundo; delito concreto, se aplica el razonamiento “*ex post*”, es decir se requiere que el tipo penal o el sujeto despliegue una conducta materialmente peligrosa, sin lesionar el bien jurídico, pues se exige que la conducta produzca un supuesto real de peligro para el bien jurídico, lo cual consuma el tipo penal, por ejemplo: el artículo 273° del Código Penal, en donde se tipifica la conducta de aquel sujeto que crea un peligro común para las personas o los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía (...), requiriéndose que el sujeto manifieste una conducta, creando un escenario en el mundo real (Aguilar, 2016).

En ese sentido, se puede colegir que el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, pues no requiere la intercepción del traficante de influencias ante el funcionario o servidor público, basta con el acuerdo entre él y el comprador de influencias y la entrega del medio corruptor (el donativo, promesa, ventaja o beneficio) para la consumación del hecho delictivo (Rojas, 2016).

Arismendi (2018) señala, que el delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad y de peligro abstracto, ya que los verbos rectores (invocar, tener, recibir, hacer dar y prometer) son de comisión instantánea, por ello no es necesario que el sujeto activo interceda en favor del tercero interesado, ante el funcionario o servidor público que este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Freyre (2010) manifiesta, que en el delito de tráfico de influencias se adelanta la barrera de punibilidad, en cuanto al delito de cohecho; por ello es considerado un delito de peligro abstracto, no requiriéndose la entrega del medio corruptor o la realización de la intersección ante el funcionario público.

León (2017) señala, que el delito de tráfico de influencias, es un delito de peligro abstracto, pues no se requiere de un resultado lesivo de obtener una resolución favorable sea judicial o administrativa, ósea no se pretende la ejecución de la intersección de las influencias ante el funcionario o servidor público, castigándose solo la conducta peligrosa.

De igual forma, García (2018), refiere que el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto y de mera actividad, configurándose con la sola conducta de invocar influencias, con la existencia de la dádiva, promesa, ventaja y el ofrecimiento de intersección ante un funcionario público.

Siendo así, la Jurisprudencia Nacional³, se manifestó indicando que “(...) *nos encontramos ante un delito de peligro, donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito (...)*”⁴. Además, señala que basta la invocación de influencias, el acuerdo a través de los medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación al comprador de influencias para poner en peligro el bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico.

³ Sala Penal Permanente, Casación N° 374- 2015-Lima, 13 de noviembre del 2015.

⁴ Sentencia del 18 de julio del 2013, emitida en el Expediente N° 00193-2018-9-1826-JR-PR-03, de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Es decir, no es necesario que el traficante logre influenciar al funcionario o servidor público para que se configure el tipo penal, ni que el contenido de la intersección sea licita o ilícita, tampoco se requiere de una resolución favorable al tercero emitido por el juez; requiriéndose solo la invocación de las influencias y la realización del acuerdo a través del medio corruptor y el ofrecimiento de intersección, para la tipificación de la conducta delictiva.

En conclusión, el delito de tráfico de influencias, es un delito de peligro abstracto, debido a que el baremo es el “*ex ante*”, es decir no es necesario que haya un concreto y real peligro del bien jurídico, sino basta la sola conducta típicamente peligrosa e idónea que realicen los sujetos intervinientes para que se consume el tipo penal.

1.6. El bien jurídico protegido en el delito de Tráfico de Influencias: ¿Posición Unánime?

El delito de tráfico de influencias, se encuentra dentro del Título XVIII, en donde se encuentran los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, advirtiéndose que la conducta típica pueda ser realizada por cualquier particular.

En ese sentido, el bien jurídico protegido de manera genérica es el Correcto Funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y administrativa (León, 2017); sin embargo, respecto al bien jurídico específico que protege el delito de tráfico de influencias, la doctrina y jurisprudencia no es unánime, pues existen tres posturas:

a) La imparcialidad u objetividad de la Administración Pública.

Esta postura es acogida por San Martín, Coria y Reaño (2002), quienes consideran que el objeto materia de protección en el delito de tráfico de influencias, es la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas, como interés relacionado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional según el artículo 139 inc. 2 de la Constitución Política del Perú.

Guerrero, (2016) refiere que, el bien jurídico es la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones públicas acorde con el bien jurídico general el cual es el Correcto Funcionamiento de la Administración Pública.

Reátegui (2015) señala, que el delito de tráfico de influencias es un delito pluriofensivo, con el que se trataría de proteger, no solo la transparencia e independencia de la función pública, sino la situación de igualdad de las personas frente a ella. Además, se protege la imparcialidad funcional, la misma que resulta afectada por el ejercicio de la acción de tráfico de influencias la cual determina una resolución facilitadora por medio de un beneficio económico.

Valverde (2015) manifiesta, que en el delito de tráfico de influencias el bien jurídico del delito de tráfico de influencias es la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, porque constituye el núcleo del bien jurídico afectado, de modo que el exigir los factores subjetivos, genera las condiciones personales necesarios en el ejercicio de la función pública, cuya finalidad es la satisfacción de intereses de la sociedad, en virtud de los valores de objetividad e imparcialidad que siempre se debe observar como principios rectores.

Freyre (2010) indica, que el bien jurídico protegido, constituye el normal desenvolvimiento de la Administración Pública, de conformidad a los parámetros de objetividad, imparcialidad, e independencia de la función pública, el cual solo se identifica en las influencias reales, pues en las influencias simuladas no hay idoneidad alguna de poner en peligro la imparcialidad de la actuación funcional.

Reátegui, (2019) señala que el bien jurídico objeto de protección en el delito de tráfico de influencias, de acuerdo a la decisión política-criminal hecha por nuestro legislador es la imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad, el buen nombre y credibilidad de la Administración Pública, ello en base a la defensa del interés de la colectividad. Cabe mencionar que esta concepción del bien jurídico tiene su base legal en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal (principio de lesividad), cumpliendo una función interpretativa del tipo penal, que además genera un límite necesario de los intereses de la sociedad en general.

De igual forma, Reaño (2014) señala, que el bien protegido es la imparcialidad de la Administración Pública, pues la misma es puesta en peligro, a pesar que el hecho punible sea cometido por el acuerdo entre el traficante y el comprador de las influencias (particulares) lo cual es idóneo para perjudicarla.

Al respecto, Cantizano (2002) indica, que este tipo de conductas se criminaliza porque el tráfico de influencias es un acto que atenta contra la imparcialidad de la función pública, pues la doctrina es unánime al señalar que esta conducta es un acto

preparatorio considerado como un delito consumado, por el peligro que supone la afectación al bien jurídico protegido.

El Tribunal Constitucional⁵ señala que, *el acto de tráfico de influencias supone una suerte de adelantamiento de la corrupción reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa (...). De ese modo queda claro que detrás de las persecuciones penales de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue través de la represión de actos de personas que busquen influir negativamente el correcto desempeño de los funcionarios o servidores públicos.*

Es decir, el bien jurídico específico en el delito de tráfico de influencias es la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública, pues ambos deberes forman parte de la función pública, con la finalidad de hacer prevalecer el buen funcionamiento de dicha institución, la cual se manifiesta a través de sus funcionarios y/o servidores públicos.

Siendo así, consideramos que el bien jurídico protegido en este delito es la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública, el cual solo aplica para las influencias reales, pues la puesta en venta de influencias lesiona o pone en peligro ambos intereses, si se toma en cuenta el pacto injusto entre privados, el cual pondrá en peligro el carácter público de la función. De tal modo, que no se requiere que el traficante realice el ofrecimiento al funcionario público o que éste último reciba algún beneficio por parte del traficante, pues el delito de tráfico de influencias, es de peligro abstracto. Además, la imparcialidad de la función pública, está vinculado al principio de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, consagrado en el artículo 139° inciso 2, de la Constitución Política del Perú, considerando la autonomía de los magistrados judiciales y funcionarios públicos.

⁵ Cfr. En el Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, del 03 de mayo de 2012. Sentencia del Tribunal Constitucional- Lima. Recuperado en: [<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.html>].

b) El prestigio, imagen y buen nombre de la Administración Pública como bien jurídico protegido.

Siccha (2016) es uno de los autores que defiende esta teoría, indicando que la materialización de alguna de las influencias tipificadas en el artículo 400° del Código Penal, desacreditan a la Administración Pública ante la sociedad al punto de hacer que los ciudadanos pierdan la confianza en la Administración Pública, con la creencia que solo funciona por medio de dádivas, promesa, venta o beneficios.

Rojas (2016), refiere que el objeto de la tutela penal es el de preservar el prestigio y el buen funcionamiento de la Administración Pública, específicamente en el ámbito jurisdiccional y de justicia administrativa.

Así, Quispe (2016) señala que, el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias es el prestigio y buen nombre de la Administración Pública, el cual es lesionado y desacreditado frente a terceros, al momento que el traficante de influencias recibe del solicitante, una dádiva, promesa, ventaja o beneficio, ofreciéndole interceder ante el funcionario o servidor público competente del caso que sea de su interés.

Respecto a ello, la jurisprudencia mediante el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, en su fundamento catorce, señala que el bien jurídico tutelado para las influencias simuladas, es el prestigio y buen nombre de la Administración Pública.

Rodríguez (2019) señala, que en los supuestos en donde el traficante ejerce las influencias reales, no se vulnera el buen nombre de la Administración Pública; por el contrario, se pone en peligro material el correcto funcionamiento de la misma, pues se llega a conseguir que el traficante arribe a un acuerdo ilegal con el solicitante de influencias.

León, (2017) y Montoya y Guimaray, (2015) discrepan con la teoría en cuestión, debido a que el prestigio, la imagen, la buena reputación, solo se le puede aplicar una

persona natural o jurídica, y la Administración Pública, no corresponde a ninguna de esas clasificaciones, pues tanto la reputación y la buena fama son cualidades personales correspondientes a las personas en el cumplimiento de sus relaciones sociales.

En conclusión, consideramos que el bien jurídico específico en las influencias simuladas es el buen nombre, prestigio e imagen de la Administración Pública, toda vez que el pacto entre el traficante y solicitante de influencias desacredita a la Administración Pública, la cual viene a ser el Estado, ante la sociedad, hasta el punto de hacer ver que la misma solo funciona por medio de dadas, promesas o influencias, disminuyendo la confianza de los ciudadanos.

c) La institucionalidad de la Administración pública.

Como última teoría está la institucionalidad de la Administración Pública, la cual debe ser comprendida como los principios, valores y deberes, que definen la labor de los funcionarios públicos.

Al respecto, Quinteros Olivares (citado en Guimaray, 2018), señala que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, es la institucionalidad de la Administración Pública, conformado por una serie de valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos en la Administración Pública. Dichos valores deben protegerse de conductas que no solo transgreden de manera efectiva la Administración de Justicia, sino coadyuvan a una sociedad corrupta, mostrándola como una institución influenciada y endeble por intereses particulares.

Guimaray (2015) afirma que la norma penal del artículo 400° del Código Penal, sanciona la lesión a la institucionalidad de la Administración Pública, constituyéndose este valor en el bien jurídico objeto de protección jurídica, toda vez que es un interés acorde con el modelo de organización social propio de un Estado Constitucional de Derecho, en donde el compromiso de lucha contra la corrupción debe abarcar todos

los extremos posibles que la fortalezcan, pues los actos de corrupción son altamente lesivos para el sistema jurídico.

Torres (2012) señala que el tipo penal tiene como finalidad, prevenir que los ciudadanos perciban a la Administración Pública como endeble y frágil y donde las influencias van a primar al momento de investigar y administrar justicia.

Sin embargo, ello no es así, debido a que: **a)** al mencionar a la institucionalización de la Administración Pública se estaría amparando el buen nombre y prestigio, pues lo que se busca mediante esta teoría es proteger que se defina a la Administración Pública como un ente imparcial, lo cual sería retroceder a la segunda postura antes indicada; y, **b)** en segundo lugar el bien jurídico se aleja de los principios que conforman el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por lo que es incoherente indicar que el Derecho Penal debería intervenir en su protección, pues el Estado trataría de imponer una buena imagen a sus ciudadanos, lo cual no puede ser posible (Jiménez, 2016).

Finalmente, después de haber realizado un estudio de las tres posturas, consideramos que el bien jurídico genérico del delito de tráfico de influencias es el correcto funcionamiento de la Administración Pública y el específico es la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública, pues la conducta de los sujetos (traficante y comprador de influencias) pone en peligro la imparcialidad del cargo público, la cual se vería determinada por un beneficio económico (dativa, promesa o ventaja), pues con ello se pretende que la influencia de algunas personas logre determinar la voluntad de los funcionarios públicos, para obtener un acto favorable u omisión funcional.

Y en el caso de las influencias simuladas, el bien jurídico protegido es la buena imagen y el buen nombre de la Administración Pública, pues si bien las influencias no existen en la realidad, sin embargo, se desacredita la Administración Pública, que no es otra cosa que el Estado, indicando que es frágil y endeble, y que funciona mediante la entrega de medios corruptores, lo cual hace perder la confianza en la ciudadanía.

1.7. Clases de Influencias en nuestro Código Penal.

Las influencias pueden ser reales o simuladas, en el primer caso el traficante tiene la capacidad de dirigir la conducta del funcionario o servidor público y conducirla conforme a sus consejos y en el segundo caso, no hay una capacidad real de incidir en el funcionario público, pero realiza acciones a fin de hacer creer al solicitante que posee las influencias con la finalidad que éste le entregue una dádiva, promesa, beneficio o ventaja (Puchuri, 2018).

En nuestro Código Penal, existen dos clases de influencias tipificadas por el artículo 400° del Código Penal; las influencias reales y simuladas:

a. Influencias reales.

Para entender este elemento típico del delito de tráfico de influencia es necesario en primer lugar, definir el término “influencia”, el cual significa para la RAE, “*persona con poder o autoridad con cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio*”⁶.

Al respecto, la Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo de 34 de junio de 1994, en el fundamento de derecho 5° manifiesta que: “*la sugestión, inclinación, invitación, instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de esta, que de ser un funcionario respecto de una decisión a tomar en el ejercicio del cargo, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingrediente de su análisis previo a la decisión*”. Ello se refiere a la determinación que tiene una persona sobre la voluntad de un funcionario público en la toma de decisiones, en función de su cargo a fin de lograr un resultado favorable para sí o un tercero.

⁶ En el diccionario de la Real Academia Española (RAE). Recuperado el 30/09/2018 [<http://dle.rae.es/?id=LXZPs0x>].

En cuanto a la invocación de la influencia real, es cuando el agente aduce tener influencias con la finalidad de que el tercero interesado le entregue una ventaja, donativo o promesa, a cambio de que el traficante interceda ante el funcionario o servidor público, pero no se trata de cualquier influencia sino de una que “existe” en la realidad (Cancho, 2014).

Así, Freyre (2016) señala, que para la configuración de las influencias reales es necesario que exista un vínculo, relación y cercanía del traficante con el funcionario o servidor público, ello presupone que debe existir en la realidad, lo cual implica que dicho agente tenga dominio sobre la voluntad del funcionario o servidor público que le va a conceder lo peticionado, es decir la autoridad que tenga el traficante sobre el funcionario o servidor, puede causar una determinación desplegada por el agente a favor de otra, imponiéndole una voluntad ajena, a fin de causar el plan ilícito.

Cabe mencionar que, a pesar que la influencia sea verdadera, no supone necesariamente que el agente las vaya a utilizar en la práctica, es decir que interceda ante el funcionario o servidor público, que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido el caso administrativo o judicial, puesto que ello dependerá del propio agente, no siendo obligatorio para configurar el hecho ilícito; no obstante, la conducta del traficante y el tercero interesado si configuran el delito de tráfico de influencias; es decir, para la consumación del tipo penal, el traficante no necesita utilizar su poder ante el funcionario o servidor público a fin de obtener un resultado.

b. Influencias simuladas.

Así, como existen las influencias reales también existen las simuladas, las cuales son, supuestas, irreales y aparentes, es decir no tienen lugar en el mundo real, conllevando al sujeto activo a realizar una serie de maniobras que hacen que el solicitante de influencias crea en la supuesta relación de amistad, de afinidad, laboral, etc., del traficante con el funcionario o servidor público (Siccha, 2016).

En este tipo de influencias, para que el delito se configure se requiere que el traficante aparente tener un vínculo con el funcionario o servidor público, es decir el sujeto debe convencer al posible comprador de las influencias, que posee la capacidad de determinar la voluntad del funcionario o servidor público que ha de conocer, haya conocido o este conociendo un caso judicial o administrativo, a fin de que este le otorgue una contraprestación.

Ahora bien, para demostrar el vínculo, el sujeto activo puede utilizar distintas maniobras a fin que el comprador se convenza que las influencias son reales, por ejemplo: mostrarle fotos, videos, conversaciones, llamadas, que aparenten un vínculo de amistad, laboral, etc., con el funcionario o servidor público a quien influenciará; logrando una falsa representación de lo real en el comprador de las influencias, a fin de conseguir alguna ventaja o beneficio del mismo (Reátegui, 2015).

Cabe señalar, que solo las influencias deben ser simuladas, más no el funcionario o servidor público ni el comprador de influencias, es decir deben ser reales, ello en mérito al Recurso de Nulidad N° 2218-2005- Arequipa, en donde se señaló que, para la configuración de las influencias simuladas, debe existir necesariamente el solicitante de influencias y el funcionario influenciado.

Por otro lado, hay autores que indican que debería descriminalizarse las influencias simuladas; empero, una parte de la doctrina señala que dicha modalidad delictual no contradice el principio de lesividad⁷.

Siendo así, Abanto (2014) señala, que si bien las influencias simuladas no afectan o ponen en peligro la correcta Administración Pública; sin embargo, debe considerarse a dicha modalidad típica, solo cuando el sujeto activo las ofrezca, con el convencimiento que posteriormente podrá obtenerlas.

Asimismo, Castro, Caro y Reaño (2002), señalan que la modalidad de influencias simuladas, no lesiona ningún bien jurídico de carácter institucional, puesto que ante la insuficiencia de las influencias invocadas, el peligro contra la Administración Pública es nulo o imposible, agregando que se trataría de una tentativa inidónea tipificado en el artículo 17° del Código Penal, debido a la idoneidad absoluta del medio, puesto que el sujeto no posee las influencias que afectan o ponen en peligro la imparcialidad de la Administración Pública.

Muñoz (2016) señala que el bien jurídico protegido ante el supuesto de tráfico de influencias simuladas, se vería afectado de manera escasa, pues en la “venta de humo” no se observa una afectación al bien jurídico protegido.

En ese sentido, Hurtado, (2016) señala que:

El art. 400 prevé de manera muy amplia un delito de peligro abstracto, lo que lleva conforme al criterio de la última ratio a plantear la cuestión, por un lado, de si es correcto de reprimir, como lo ha hecho el legislador peruano, todos los casos previstos en el art. 400 y, por otro, si no debería hacerlo, como nosotros lo creemos, en las hipótesis en que no existe la posibilidad de que el agente

⁷ El principio de Lesividad tipificado en el artículo IV del Código Penal, exige que en todo delito exista un bien jurídico lesionado, y al cumplirse dicha exigencia es que se habilita el ejercicio de poder punitivo del Estado, es decir la conducta humana debe realizar daño para que el Estado ejerza una persecución penal.

interceda ante el funcionario o servidor público para influir en sus decisiones. Hacerlo constituye una violación del principio de que solo debe recurrirse al derecho penal cuando un bien jurídico fundamental es perjudicado o puesto en peligro de manera significativa. (p. 288-289)

Es decir, el Código Penal prevé a dicha modalidad típica, como un delito de peligro en términos muy amplios, pues si no existe la posibilidad que el sujeto activo influya sobre la decisión del funcionario público, dicha conducta debe ser atípica, ya que se estaría contraviniendo el principio de última ratio, en donde solo debe recurrirse al Derecho Penal cuando un bien jurídico fundamental es perjudicado o puesto en peligro.

Sin embargo, Siccha (2016) manifiesta, que las influencias simuladas, no transgrede el principio de lesividad, debido a que la regulación de la conducta conocida como “venta de humo” es oportuno en nuestro ordenamiento jurídico, dado que se protege el prestigio y buen nombre de la Administración Pública, puesto que todas las personas deben tener confianza en la imparcialidad y transparencia de la correcta Administración de Justicia.

Por otro lado, un ámbito de la doctrina nacional manifiesta, que resulta difícil encontrar un bien jurídico protegido en específico, en las influencias simuladas; pues, admite un peligro para el patrimonio del particular, en el caso que compre las influencias y el sujeto activo no cumpla con lo acordado, o la imparcialidad del desempeño del funcionario público, quien no conoce las tratativas de los sujetos.

Lo cual, es corroborado por Rojas (2016) respecto a que en las influencias simuladas, el traficante engaña al interesado, lo cual configuraría el delito de Estafa; sin embargo, Reátegui (2016) discrepa con dicha postura, señalando que la afectación económica, y la defraudación de expectativas que le ocasionen al solicitante de influencias, es atribuible al mismo por haberse involucrado en la actividad ilícita de compra de

influencias, lo cual no configuraría un delito de Estafa, dado que nuestro Código Penal no protege los actos ilícitos.

En ese sentido, consideramos que la influencia simulada no transgrede el principio de lesividad, debido a que el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de influencias es el buen nombre y prestigio de la Administración Pública y al invocar las influencias, simuladas, transgreden dicho bien jurídico tutelado por el tipo penal. Cabe mencionar que, el delito de tráfico de influencias es un acto preparatorio tipificado expresamente en el tipo penal, por ende, adelanta la barrera de punibilidad para ciertas conductas reprochables y que ponen en peligro la correcta Administración Pública, siendo la conducta de invocar influencias ante un funcionario o servidor público, motivado por una dádiva, promesa o ventaja. Así también, es un delito de peligro abstracto en donde basta la conducta peligrosa para configurar el ilícito penal.

Por otro lado, no es correcto indicar que las influencias simuladas configuran el delito de Estafa, debido a la ubicación del delito de Tráfico de Influencias, el cual se encuentra en el grupo de los delitos contra la Administración Pública, y no en los delitos contra el patrimonio, del cual proviene el ilícito de Estafa, por ello y al ser su objeto de protección distinto, en las influencias simuladas no se protege el patrimonio, sino el buen funcionamiento de la Administración Pública.

Aunado a ello, se debe precisar, que el comprador de las influencias es quien crea ese riesgo por entregar el medio corruptor al traficante de influencias, lo cual constituye un acto ilícito y el Derecho Penal no protege las conductas ilícitas. Además, dicha conducta ilícita hace que el solicitante pase a tener la calidad de imputado por haber realizado el ofrecimiento y/o entrega del medio corruptor al traficante de influencias, lesionando bienes jurídicos, por ende, dicha acción no tiene protección jurídica por parte de nuestro Ordenamiento Jurídico Penal.

1.8. Circunstancia Agravante en base a la función especial del autor.

El artículo 400° segundo párrafo, del Código Penal Peruano tipifica lo siguiente: “*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, 2 y 8 del artículo 36° del Código Penal (...)*”.

De la descripción del artículo anterior, se puede advertir que sanciona con mayor pena al sujeto con deberes especiales frente a la Administración Pública, debido a que al ser un funcionario o servidor público su conducta representa mayor reprochabilidad.

Al respecto, Freyre (2010) indica que para aplicar esta agravante no solo es necesario acreditar la cualidad especial del autor, sino que el sujeto se haya aprovechado de su condición, para realizar el hecho punible; por el contrario, la punición se verá conforme al tipo base, es decir no se trata de una simple recomendación por parte del funcionario o servidor público, sino que debe existir el acuerdo con el tercero interesado, de quien debe recibir el medio corruptor.

1.9. Tipicidad Subjetiva.

El delito de Tráfico de influencias requiere del dolo directo, no cabe la comisión por culpa es decir se requiere que el traficante de influencias actúe con conocimiento y voluntad del agente de cometer el hecho delictivo.

El delito se consuma cuando en la conducta del traficante se presenta el dolo directo, esto es cuando el mismo se atribuye tener las influencias sobre el funcionario o servidor público de la administración judicial o administrativa, puesto que el agente en todo momento acciona motivado por la obtención de algún donativo, promesa, ventaja o beneficio (Rodríguez, 2019).

Según Siccha (2016) y Cancho (2014) señalan que no es posible que el delito de tráfico de influencias se configure por el dolo eventual, ni mucho menos por error de tipo, puesto que el agente no solo tiene el conocimiento y la voluntad de lo que realiza sino también el ánimo de lucro.

Siendo así, el delito de tráfico de influencias se configura con el dolo del agente, no cabe culpa, pues se requiere que tanto el traficante como el comprador de influencias desplieguen sus conductas ilícitas con conocimiento y voluntad, sino el delito no se configura.

1.10. Aspectos relevantes del Tráfico de Influencias en el Derecho Comparado.

a. En Argentina:

El Código Penal Argentino, describe al delito de tráfico de influencias en el Título XI, en los Delitos Contra la Administración Pública, Capítulo VI (Cohecho y Tráfico de Influencias), en el artículo 256°, 257° y 258°, reprime las conductas del particular y funcionario público, tanto en su modalidad activa y pasiva:

El artículo 256°. - *“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer función pública el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o captare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones”.*

Artículo 257°.- *“Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”.*

Artículo 258°.- *“Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádiva en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículo 256 primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en el artículo 256°, segundo párrafo y 257, la pena de reclusión o prisión de dos a seis años (...).*

El delito de Tráfico de Influencias, incluye como típica la conducta del sujeto activo que solicita dinero o dádiva para hacer valer indebidamente su influencia ante un

funcionario público, a fin de retardar un acto funcional, y del sujeto pasivo que ofrece los medios corruptores (Clemente, 2011).

i. Sujeto activo:

El sujeto activo, puede ser cualquier persona, funcionario público o no, es aquel que solicita, recibe dinero o cualquier otra dádiva o acepta una promesa directa o indirecta a fin de influenciar a un funcionario público con la finalidad de retardar sus actos funcionariales.

ii. Bien jurídico protegido:

El bien jurídico general, es el funcionamiento normal y correcto de la Administración Pública, a fin de resguardar la imparcialidad, objetividad y libertad moral de sus funcionarios; y, el bien jurídico específico es la imparcialidad de la Administración Pública, pues el legislador trata de evitar que la influencia de algunas personas logre determinar la voluntad de los funcionarios públicos, para obtener un acto favorable u omisión funcional (Reátegui, 2014).

Asimismo, la conducta de quien ofrece o vende influencias, desencadena el descredito entre los administrados y los tres poderes constitucionales que lo componen, puesto que se tendría el pensamiento que la Administración Pública no se mueve en función constitucional sino en amiguismos, favoritismo o intrigas que pueden ser comprados a cambio de dinero, cualquier otra ventaja o beneficio (Clemente, 2011).

iii. Conducta típica:

El delito en cuestión exige que el autor, solicite, reciba, o acepte la promesa que se le dará en dinero o dádiva, con la finalidad de hacer valer su influencia sobre un funcionario público con competencia en la materia, de quien se pretende una determinada actuación.

Cabe recalcar que dicha influencia debe ser real, siendo innecesario que el sujeto activo logre influenciar o entregar el dinero al funcionario público, ni que este haga o deje de hacer, o retarde sus funciones, pues es un delito de peligro, el cual se consume tan solo con la conducta peligrosa, más no requiere de un resultado lesivo (Reátegui, 2005).

En conclusión, se puede apreciar que el Código Penal Argentino, solo menciona a las influencias reales, más no tipifica las influencias simuladas, haciendo referencia a que solo es típica la conducta del sujeto activo que solicite, reciba, o acepte el dinero, dádiva o promesa, para hacer valer su influencia ante el funcionario público, además señala que el bien jurídico protegido en específico es la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública.

De ello, se puede indicar que el Código Penal Argentino difiere en algunos aspectos con el Código Penal Peruano, en cuanto no tipifica las influencias simuladas, y además separa en tipos penales autónomos la conducta del particular y al Magistrado del Poder Judicial o Ministerio Público.

b. En España.

Los delitos de Tráfico de Influencias se encuentran recogidos en los artículos 428° al 430° del Código Penal Español de 1995, ubicado entre los delitos contra la Administración Pública.

Siendo así, aunque existan tres preceptos penales concernientes al tráfico de influencias, en realidad, las conductas se pueden dividir en dos grupos. Así, por una parte, nos encontramos con el delito de “tráfico de influencias en sentido estricto” (arts. 428° y 429° CP) y, por otra parte, con la denominada “venta de influencias” (art. 430° CP) (Cugat, 2014).

Los artículos 428°, 429° y 430° del CP Español, se encuentra tipificado de la siguiente manera:

Artículo 428°: *“El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior”.*

Artículo 429° del CP señala que: *“El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un*

año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior”.

Artículo 430°: *“Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.*

i. Sujeto activo.

Respecto al primer artículo 428° CP, es un delito impropio, pues sanciona solo la conducta del funcionario público, por ello es un delito especial, el cual adelanta el momento de la consumación, dado que se entiende consumado el tipo por influir en el otro funcionario, cuando se tiene la finalidad de conseguir un beneficio económico para sí o para un tercero. (Muñoz, 2014)

En cuanto al artículo 429° CP, es un delito común, pues sanciona la conducta del particular, el cual consiste en aprovecharse de determinadas relaciones personales, laborales y/o jerárquicas con un funcionario, para influir o intentar influir en él a fin de obtener una resolución favorable, por el cual el influyente o tercero, recibe un beneficio económico directo o indirecto. (Cugat, 2014)

Y respecto al artículo 430° CP, es cometido por un particular, y hace alusión a la “venta de influencias”, el cual consiste en ofrecerse para influir sobre un funcionario público, es decir ofrecerse a realizar la conducta descrita en el artículo 429°, previo a solicitar las dádivas, promesas o cualquier otra ventaja, o bien de aceptar el ofrecimiento o promesa que le realice el particular, a fin de influenciar ante el funcionario público (Rodríguez, 2013).

ii. Sujeto pasivo.

En sentido general, es la Administración Pública y en concreto, es sujeto pasivo el funcionario público o autoridad que resultan influenciados por la conducta típica del sujeto activo.

iii. Bien jurídico protegido.

En relación al bien jurídico en el delito de Tráfico de Influencias, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado indicando que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública en su faceta de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función.

Asimismo, la jurisprudencia española, se ha manifestado señalando que el bien jurídico protegido por el artículo 428° y 429° del Código Español es la objetividad e imparcialidad de la función pública, incluyendo las funciones administrativas y judiciales (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo).

En ese sentido, Cugat (2014) señala que la imparcialidad constituye el bien jurídico afectado por el delito de influencias. Para la autora los principios de imparcialidad y objetividad son especie y género, es decir la imparcialidad vendrá a ser el momento personal de la objetividad, relacionado estos dos principios con la igualdad y democracia.

Rodríguez (2013) indica que el fin perseguido por el legislador al introducir esta figura es, al igual que en el delito de cohecho, evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos, tutelando y protegiendo un bien jurídico tan fundamental como es la imparcialidad y objetividad de las decisiones de las autoridades y funcionarios públicos, que velan por el bien común y el interés general de la sociedad.

Sin embargo, existen otros autores que señalan que el bien afectado en el artículo 430° es la integridad, el buen nombre de la Administración Pública, pues dicho artículo no hace referencia a la influencia sobre el funcionario o autoridad pública, sino que se refiere a las personas que soliciten o acepten cualquier tipo de ofrecimiento por parte de una tercera persona, ósea lo que tipifica es la conducta de poseer el poder de influenciar, además no se exige que la influencia llegue a utilizarse.

Al respecto, Muñoz (2014), lo que se pretende proteger sería el prestigio y buen nombre de la Administración Pública y no el correcto funcionamiento, sobre algún funcionario de aquélla y realiza una oferta para la “venta” de tal influencia.

Así, el bien jurídico protegido en esta modalidad es el buen nombre de la Administración, porque lo que este tipo delictivo castiga es el ofrecimiento de la influencia mediante dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, y no su ejercicio, a diferencia de los preceptos anteriores que lo que castiga es llevar a cabo esa influencia. Además, al tratarse de conductas entre particulares, no puede ser el bien jurídico protegido, el buen funcionamiento de la Administración Pública, pues no intervienen funcionarios públicos (Rodríguez, 2013).

En consecuencia, lo que tipifican los artículos 428° y 429° del Código Penal Español es el ejercicio de la influencia para conseguir el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mientras que el artículo 430° tipifica el ofrecimiento de esa influencia, teniendo como bien jurídico protegido al buen nombre de la Administración Pública, debido a que se trata de conductas entre particulares en donde no intervienen funcionarios públicos (Cugat, 2016).

iv. Conducta Típica.

La conducta típica en el artículo 428° del Código Penal Español, se basa en la influencia, es decir, se sanciona al sujeto que influye o pueda influir en el funcionario o autoridad a adoptar una decisión dentro de sus funciones, favorable para el que influye, por ende, lo que se pretende sancionar es la influencia mediante el prevalimiento, es decir no se trata de poseer la influencia, sino que se debe hacer uso de ella para conseguir algún beneficio o ventaja. Por ello, para que se configure el tipo penal de dicho artículo, es necesario que la influencia se lleve a cabo por parte del funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de su cargo o por relación personal o superioridad con otro funcionario (Muñoz, 2014).

Por otro lado, en el supuesto del artículo 429°, no se requiere la participación del funcionario público como influyente, sino que esta conducta sea realizada por un particular, es decir por cualquier persona que no posee una cualidad especial frente a la Administración Pública.

En ambos supuestos establecidos por los artículos 428° y 429° del Código Penal Español, la acción típica consiste en influir en una autoridad, pero no basta solo con ejercer una simple influencia, sino que es necesario el prevalimiento, el cual según la Sentencia N° 537/2002 de TS, Sala 2da de lo Penal, 5 de abril de 2002, indica que:

“El término influir es ejercer predominio o fuerza moral, excesivamente amplio, por lo que se completa con el de “prevalimiento”, el cual es el ejercicio de las facultades del cargo y las relaciones personales y jerárquicas, es decir cualquier relación familiar, afectiva, amorosa.

El “prevalimiento” es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, el cual supone un ataque a la libertad de la autoridad que tiene

que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo, por ejemplo: el chantaje moral, las relaciones amorosas, profesional, policita, laboral, etc. (Cugat, 2014).

Por otra parte, en el artículo 430º, la conducta típica es realizada por un particular y consiste en solicitar o aceptar alguna clase de remuneración actual o futura para sí o para un tercero por ofrecer influencias que se dicen tener con determinados funcionarios o autoridades. Es decir, el ofrecimiento de la influencia por un particular. En este precepto, la influencia se ofrece, publicita o vende, mientras que en los preceptos anteriores (arts. 428 y 429 del Código Penal) la influencia se ejerce.

v. Tipicidad Subjetiva.

El delito de Tráfico de Influencias, es doloso por naturaleza, es decir conocimiento del uso del prevalimiento y la voluntad de ejercer tal presupuesto típico, todo ello con la finalidad de conseguir una resolución favorable que le pueda generar un beneficio económico directo o indirectamente para sí o para un tercero.

La exigencia de la utilización del prevalimiento para condicionar la voluntad del otro funcionario con el ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, excluye cualquier otra posibilidad que no sea la del dolo directo, por lo cual tampoco es posible el dolo eventual (Rodríguez, 2013).

En conclusión, el Código Penal Español, desarrolla ampliamente el delito de Tráfico de Influencias, pues existen tres artículos concernientes al tráfico de influencias, los cuales se dividen en dos grupos. Así, por una parte, está el delito de “tráfico de influencias en sentido estricto” (arts. 428º y 429º CP) y, por otra parte, la denominada “venta de influencias” (art. 430º), debido a que en los dos primeros artículos se sanciona la acción típica del sujeto activo que influye en la autoridad, pero no basta solo con ejercer una simple influencia, sino que es necesario el prevalimiento, el cual es el ejercicio de las facultades del cargo y las relaciones personales y jerárquicas. Es decir, cualquier relación familiar, afectiva, amorosa; y,

en el artículo 430° la influencia es ofrecida o vendida por un particular, quien para consumar el delito, debe solicitar o aceptar alguna dádiva, presente, o promesa para sí o para un tercero por ofrecer influencias que dicen tener con determinados funcionarios o autoridades, a diferencia del Código Penal Peruano, que en su primer párrafo tipifica la conducta del particular, y en el segundo párrafo tiene como agravante la conducta del funcionario público que comete el delito de tráfico de influencias.

Finalmente, respecto al bien jurídico, los artículos 428° y 429° del Código Penal Español protegen el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mientras que el artículo 430°, tiene como bien jurídico protegido al buen nombre de la Administración Pública, debido a que se trata de conductas entre particulares en donde no intervienen funcionarios públicos.

c. Colombia.

El delito de Tráfico de Influencias está regulado en el artículo 411° y 411-A del Código Penal Colombiano, los cuales están tipificados de la siguiente manera:

Artículo 411°: *El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de 64 a 144 meses, multa de 133.33 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.*

Los miembros de corporaciones públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante un servidor público o entidad estatal a favor de la comunidad o región.

Artículo 411-A: *Tráfico de influencias de particular. El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

i. Sujeto Activo.

El sujeto activo en el artículo 411° del Código Penal Colombiano es, el servidor público, que cuenta con una cualidad especial frente a la Administración Pública, y en cuanto al artículo 411-A, es cometido por un particular. En este delito tanto el servidor público o particular, utiliza las influencias en razón de su cargo con el fin de obtener algún beneficio de parte de un servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer (Lombana, 2013).

ii. Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo del delito de Tráfico de Influencias es el Estado, pues según la doctrina es la persona jurídica titular del bien jurídico tutelado, a pesar que pueda verse afectado su patrimonio del particular por la acción del sujeto activo, pero de ello no podrán ser sujetos pasivos.

iii. Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido por este delito es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto a su prestigio y dignidad en la actuación de sus representantes públicos, quienes sus actos ilícitos de invocar influencias ante otro servidor público, merman el prestigio a la Administración Pública, generando inseguridad a los ciudadanos (Hurtado, 2014).

Por otro lado, la jurisprudencia considera que con el comportamiento enunciado y sancionado en el artículo 411° del código penal, tráfico de influencias, se lesiona la buena imagen de la administración pública aparte de cualquiera motivación del sujeto activo (Lombana, 2013).

iv. Conducta Típica.

La doctrina mayoritaria señala tres características respecto a la conducta típica en el delito de tráfico de influencias: **i)** las influencias deben ser reales, y no simuladas; **ii)** las influencias deben provenir del cargo; y, **iii)** debe haber un nexo causal entre las influencias y el cargo, respecto a este último cabe mencionar que en virtud de los principios de eficacia y jerarquía que poseen los funcionarios públicos, no cualquier orden puede considerarse como influencia, sino tiene que abusar de su cargo (Freyre, 2010).

Además, este delito no requiere más allá del resultado de hacer efectiva la influencia en el servidor público, ni que lesione la Administración Pública, pues solo se exige que las influencias sean utilizadas en su provecho o de terceros y que las mismas deriven en ejercicio de su función, con la finalidad de que se logre obtener un beneficio para sí o para un tercero.

En conclusión, en la tipificación del delito de tráfico de influencias en el Código Penal Colombiano, se logra apreciar que las conductas del servidor público y el particular se encuentran en dos tipos penales autónomos, lo cual se diferencia de nuestro Código Penal Peruano, en cuanto a que la conducta del funcionario o servidor público constituye un agravante del tipo penal común.

Finalmente, de los tres países analizados, España es uno de los que más ha desarrollado el delito de tráfico de influencias, pues lo que tipifican los artículos 428° y 429° del Código Penal Español, es el ejercicio de la influencia para conseguir el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mientras que el artículo 430° tipifica el ofrecimiento de esa influencia, teniendo como bien jurídico protegido al buen nombre de la Administración Pública, lo cual es diferente a nuestro Código Penal, debido a que España regula las conductas en tipos penales autónomos, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico penal, en donde solo existe un solo tipo penal para conductas distintas, lo cual genera confusión al momento de determinar la participación de cada sujeto.

CAPÍTULO II
LOS GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO
JURÍDICO

CAPÍTULO II

2. LOS GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

2.1. La autoría

El artículo 23° del Código Penal, describe una idea general del concepto de autor o coautor, utilizando el término “*el que realiza por sí*”, con la finalidad de individualizar a la persona responsable de la acción ilícita; sin embargo, no señala, cuáles son las características que deben reunir cada uno de ellos.

De la descripción de los tipos penales, señalados en la parte especial del Código Penal se aprecia que la mayoría de estos, pueden ser ejecutados por cualquier persona; sin embargo, existe otro grupo de delitos que solamente pueden ser ejecutados por determinados sujetos que ostentan una condición especial (delitos especiales). Tanto en el primer supuesto, como en el segundo, pueden inmiscuirse varias personas de conformidad a lo señalado en la parte general del mencionado cuerpo legal. En principio, solo puede establecerse la punibilidad del partícipe si existe un autor, ya que su conducta lesiona o pone en peligro de manera directa un bien jurídico que se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico. (Polo, 2018, pg.33)

Al respecto, Cavero (2012) refiere que la determinación de la autoría del delito resulta muy sencilla cuando el hecho delictivo es completamente preparado, ejecutado y consumado por un solo sujeto. En este caso, no requiere un análisis específico, respecto a su intervención en el hecho punible. El problema surge cuando son varias personas las que intervienen en el delito, generando la cuestión de quiénes deben responder como autores.

Siendo necesario identificar cuál es el criterio que utiliza el Derecho Penal para determinar la autoría y; además, es necesario indicar los conceptos adoptados por la doctrina penal, pues solamente teniendo en cuenta en qué se sustenta la imputación a título de autor, es posible llevar a cabo una adecuada interpretación del artículo 23° del CP.

En ese sentido, Bacigalupo (2002) indica, que autor es aquel que realiza el hecho y del que se puede asegurar que es suyo, es decir la persona que conduce todos los acontecimientos para cometer su objetivo ilícito, cuya conducta tiene que ser típica y antijurídica.

Ventura (2004) señala, que el concepto de autor no es tan simple como decir aquel que realiza el hecho, pues el ser humano es social por naturaleza y al cometer sus actos ilícitos la mayoría de veces es en colaboración de otros sujetos, además tampoco se limita a la autoría de propia mano pues existen otras clases de autoría, por ejemplo: **a)** autoría mediata, cuando se vale de otra persona para cometer el delito sea por coacción o por error; **b)** coautoría, cuando varias personas se ponen de acuerdo, para cometer el hecho ilícito.

Así también, Reátegui (2018) manifiesta, que el artículo 23° no tiene por qué ofrecer un concepto legal de autor, pues traería como consecuencia un exagerado casuismo, por ello la distinción entre autor y partícipe debe partirse de un concepto de autor basado como “realizador del hecho” o como la teoría de la “pertinencia del hecho”.

Siendo así, se advierte que la legislación penal se restringe a determinar de forma genérica quién será considerado autor o coautor del hecho ilícito, no indicando las condiciones específicas que deben reunir cada uno de los intervinientes, pues de ello se encargará la dogmática penal (Polo, 2018). Lo cual es correcto pues una definición conceptual de cada delito hubiera resultado muy extensiva debido a la existencia de varios sistemas y teorías que niegan y afirman la diferencia entre autor y partícipe.

En consecuencia, existe una discusión en la dogmática penal en cuanto a la forma en qué deben responder todos los intervinientes del delito, pues la autoría no solo incluye al que realiza la acción ilícita, sino también a quién valiéndose de otro realiza el hecho punible, y

a aquellos que se distribuyen el trabajo con la finalidad de cometer el delito. Por ello, es necesario analizar las distintas teorías doctrinarias a fin de distinguir entre la realización del rol principal (autor) y la ejecución de conductas accesorias (participes).

Entre los sistemas, que observan al delito como un fenómeno unitario y consideran a todos los intervinientes como autores destacan:

i. Sistema unitario.

En este sistema, los autores son todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del delito, sea como autor o partícipe, siendo innecesario que la contribución al hecho se materialice en acciones típicas. Su principal consecuencia es la consideración como autor de todo el que realiza una contribución causal al hecho punible, con independencia de la intervención que haya tenido en él (Ventura, 2006).

Es decir, todos los intervinientes son iguales frente a la responsabilidad penal, pues no existen diferencias entre los aportes causales. Todos son equivalentes a efectos del resultado.

Dicha teoría, responde a una opción política criminal, que cree necesario castigar por igual a todos los intervinientes en un hecho delictivo. Ha sido defendida por los que consideran como base del Derecho Penal a la peligrosidad del delincuente y también por la corriente nacional- socialista (Soto, 2009).

Dentro del sistema unitario podemos hacer referencia a la existencia de dos conceptos, siendo los siguientes:

a. Concepto unitario formal

Para el concepto unitario, la diferencia entre autor y partícipe no existe a consecuencia del enfoque causalista (el cual es la comprobación de la causa, tomándose al efecto como consecuencia, razón por la cual una persona siempre será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado), por ende todos los sujetos intervinientes en el delito, serán autores sin importar el grado de participación existente entre el aporte de unos respecto a otros, debido a que lo más importante al momento de imponer una sanción penal será comprobar que el resultado sea producto del aporte de cada uno de los intervinientes. Pues, al ser todas las contribuciones autónomas, se encuentran en el mismo plano de igualdad valorativa, siendo todos los intervinientes autores del delito. García del Blanco (citado en Polo, 2018).

b. Concepto unitario funcional

Según esta teoría, los aportes brindados por parte de los intervinientes para la comisión de un delito pueden ser diferentes, lo que permite establecer la relación causal de esas conductas con el resultado; no obstante, lo peculiar de esta teoría a diferencia de las demás se produce al momento de determinar la pena que le corresponderá a cada uno de ellos como si se tratarán de autores, aunque cada intervención delictiva sea distinta a la del autor (Villavicencio, 2013).

Se distingue de la teoría unitaria formal, porque la teoría funcional si concibe la existencia de diversas formas de intervención delictiva como la autoría inmediata, autoría por determinación y autoría por contribución, aunque se les denomine a todas simplemente con el término de autor. Gorriz Royo (citado en Polo, 2018).

ii. Sistema Diferenciador de autor.

Al respecto, Hurtado (2005) indica, que este sistema distingue entre las diversas formas de intervención de las personas, quienes de manera conjunta realizan el delito. Una intervención causal, solo será considerada participación si es que se encuentra tipificado en el Código Penal, pues autores no son todos los que participan en el acto ilícito, sino también pueden ser considerados partícipes según su contribución a la comisión del delito.

Además, este sistema tiene dos variantes sobre la forma de valoración de las participaciones y la determinación del grado de participación de cada sujeto en el hecho ilícito, los cuales son el concepto extensivo de autor y el concepto restrictivo de autor (Torres, 2013).

a) Concepto extensivo de autor.

El fundamento de esta posición es la teoría de la equivalencia de las condiciones y tiene como complemento necesario a la teoría subjetiva de la participación. Esta teoría considera que autor es todo aquel que ha puesto una condición para la causa del resultado típico, pero esto puede afirmarse también de quien sólo presta una colaboración poco significativa, de tal manera que el concepto de autor resulta muy extendido (Villavicencio, 2016).

No obstante, Caverio (2002) señala, que autor solamente puede ser quien comete el hecho descrito por el tipo penal. La sola contribución causal al resultado mediante alguna acción no típica no podría fundamentar una imputación a título de autor; no obstante, la punibilidad se amplía a acciones que quedan fuera del tipo, dando lugar a las figuras de la participación como son la inducción y la complicidad. Por tanto, solo en los casos en donde el auxilio o contribución al hecho típico se encuentren en el tipo penal, podrán ser sancionados penalmente.

Por otro lado, Donna (2009) refiere, que es importante la diferenciación entre autor y partícipe, pues viene establecido por la ley. Es decir, será solo autor, cómplice o instigador aquel que cumpla con los requisitos dados por ley, lo cual hace muy amplio el concepto de la autoría.

Cabe mencionar, que el concepto extensivo de autor va unido con la teoría subjetiva de la participación. Para esta teoría, lo fundamental para diferenciar la autoría y la participación es el animus del sujeto. Si el ánimo es autoris (quiere el hecho como propio y tiene interés en la consecuencia) el interviniente es autor; por el contrario, si el ánimo es socii, (ósea, querer el hecho como ajeno y no tiene interés propio), el interviniente es partícipe (Villavicencio, 2013).

Es decir, dicho concepto considera que para lograr una calificación de la participación del sujeto se debe evaluar previamente la intención de los intervinientes, siendo insignificante la contribución de cada uno de los sujetos a la comisión del hecho punible, siendo importante el animus de cada individuo en el hecho punible, siendo posible atribuirle la calidad de autor a pesar de su mínima intervención en el acto ilícito.

Por otra parte, a partir de la teoría subjetiva de la participación se puede atribuir al sujeto la autoría mediata, debido a que solo le importa la intención del sujeto más no la contribución en el acto, siendo factible imputar a título de autor a quien no interviene en la ejecución del delito (Torres, 2013).

Pese a ello, este concepto no es aceptado por nuestro Código Penal, pues para calificar la responsabilidad del sujeto como autor o partícipe, no solo se valora la intención del sujeto en la comisión del delito, sino también la contribución que realizó, pues no es posible que se califique como autor a quien participó mínimamente en el ilícito penal, dado que se desnaturalizaría la instigación y complicidad.

La crítica a esta teoría se da por haber sostenido que la responsabilidad de un interviniente a título de autor o partícipe obedecía a consideraciones subjetivas, y como tal, su demostración quedaba supeditado a la propia conciencia del agente, es decir, a la declaración que este podría realizar sobre cuál ha sido la finalidad de su intervención en el delito, o en su defecto, se subordinaba a la apreciación que el juez efectuará sobre las diversas conductas que se presentaron durante el hecho delictivo pudiendo dejar de lado la existencia de los datos objetivos que se hallan en la realidad. (...) Heinrich Jescheck (citado en Polo, 2018).

Es decir, para la determinación de la autoría o participación solo quedaría la posibilidad de buscar en el criterio decisivo en la actitud interna de los intervinientes; sin embargo, se estaría dejando de lado el plano objetivo del tipo penal, lo cual no sería posible debido a que para determinar responsabilidad penal y el título de imputación se valora tanto el elemento objetivo y subjetivo de la tipicidad.

En ese sentido, se concluye que las teorías subjetivas no logran desarrollar un concepto de autor, pues no es posible que con el criterio del ánimo, interés o voluntad se determine el título de imputación de un autor o partícipe, sin evaluar el aporte o contribución de cada uno de ellos a la comisión del hecho punible.

b) Concepto restrictivo de autor.

El concepto restrictivo de autor, distingue la conducta entre autor y cómplice, pero a diferencia del concepto extintivo de autor, dicha distinción es posible por la clase de contribución que cada uno de los intervinientes aporta al resultado ilícito (Puig, 2004). Por tal motivo, solo se considera autor a quien realice la acción típica descrita en la norma penal, ya que no todos los intervinientes son considerados autores, mientras que las conductas de los otros serán sancionadas bajo la calidad de partícipe, debido a que contribuyeron al delito (Torres, 2013).

García (2008), señala que el concepto restrictivo de autor distingue entre autores y partícipes, pues si bien el autor es aquel que realiza el delito; también se puede sancionar a personas distintas al autor; partícipes, por medio de las cláusulas establecidas en la parte general del Código Penal, relativas a las formas de participación.

Dicho concepto, es acogido por nuestro Ordenamiento Jurídico Penal, el mismo que distingue entre autores y cómplices en cuanto al nivel de tipicidad y la forma de participación de cada uno de los intervinientes (Villavicencio, 2006).

En conclusión, la teoría más adecuada para nuestro sistema penal es la teoría diferenciadora de autor y su variante el concepto restrictivo de autor, debido a que respeta el principio de legalidad, además no solamente se basa en la intención de los intervinientes, sino también en la contribución que tiene cada uno en el resultado ilícito, lo cual está regulado en los artículos 23, 24 y 25° del Código Penal. En el primero de estos artículos se señala a quienes realizan el hecho punible, mientras que, en los artículos siguientes, se regula a los que determinan al autor o contribuyen con la comisión del delito.

2.2. Criterios que distinguen entre autor y cómplice.

Los criterios que distinguen a la autoría y la complicidad, son dos: la teoría objetivo formal y la teoría material objetiva. Estas dos teorías distinguen las participaciones de los sujetos, señalando que existen contribuciones al resultado que no son únicamente del autor.

1. Teoría objetivo-formal.

Al respecto Puig (2004) manifiesta, que lo resaltante de esta teoría es la realización de la conducta de todos y cada uno de los actos ejecutivos que se encuentran tipificados en la norma; sin embargo, dicha teoría restringe el concepto de autor, pues no se puede comprender al autor mediato, ni el coautor en el delito, puesto que carece por completo de los elementos subjetivos y se limita a la descripción legal.

Además, dicha teoría solo señala los resultados más no los medios a través de los cuales se comete el delito, a lo cual cualquier contribución podría entenderse como un acto ejecutivo previsto; por ejemplo: aquella persona, jefe de una banda, que no realiza ninguna acción regulada en el ordenamiento penal, no se le considerará coautor sino participe; no obstante, ello es inconcebible porque desnaturalizaría la figura de la coautoría (Villavicencio, 2006). Por esta razón, esta teoría es descartada de nuestro sistema penal al no admitir la coautoría ni la autoría mediata.

2. Teoría objetivo-material.

Villavicencio (2009) indica que la teoría objetivo- formal distingue entre autor y participe, para lo cual se valora la importancia objetiva de la contribución, es decir su peligrosidad objetiva. Asimismo, dicha teoría es similar al concepto extensivo de autor, pues diferencia entre autor y cómplice considerando como criterio de distinción entre las participaciones, la menor peligrosidad en el comportamiento del cómplice frente al bien jurídico perjudicado (Torres, 2013).

Esta teoría no considera al elemento subjetivo para determinar la contribución de los intervinientes en el delito, sobre todo cuando se debe identificar la autoría mediata, es necesario establecer si aquel que ejecutó el acto tenía conocimiento de la ilicitud del mismo.

Por ende, si bien la teoría objetivo- formal no solo toma en cuenta la descripción típica como lo hace la teoría formal objetivo, sino también la importancia objetiva de la contribución, considerando como autor a quien tuvo la contribución más importante y determinante en el resultado; no obstante, está sujeta a críticas, pues resulta cuestionable abordar la contribución más importante en aquellos casos en que concurre autoría mediata, debido a que ello necesitaría un criterio subjetivo, y además que el autor no participa en la ejecución del acto, por ello si se adoptara esta teoría es posible que la conducta de este quede impune o se considere participe del delito lo cual es inconcebible en nuestro Código Penal pues desnaturalizaría las clases de participación y autoría.

Por otro lado, frente a las dos teorías expuestas surge una teoría que combina los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal, siendo la teoría del dominio del hecho, la cual es considerada como teoría dominante.

3. Teoría del dominio del hecho.

Su formulación originaria se debe a Wezel, al plasmarla en su trabajo *“Estudios sobre el sistema de Derecho Penal de 1939”*, dicho origen vincula la teoría del dominio del hecho con el concepto de autor derivado de la teoría finalista, lo cual no impidió que sea sustentada desde otras posturas. Sin embargo, quien impulsa dicha teoría es Roxin, (citado en Jiménez, 2015).

En ese sentido, de acuerdo a la teoría de dominio del hecho, será autor quien tenga intencionalmente en las manos el desarrollo del acto ilícito y además quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma (Siccha, 2016). Si bien el instigador y cómplice, intervienen en la ejecución del acto; sin embargo, no tienen el dominio de su realización, pues ello le corresponde únicamente al autor (Hurtado, 2011). Es decir, el dominio del hecho lo tiene solo aquel que pueda dar inicio, modificar, realizar, impedir o terminar lo iniciado hasta finalizar en un resultado final, y aquella contribución que no cumpla estos requisitos será considerado como partícipe (cómplice o instigador).

Al respecto, Roxin (2004) manifiesta, que debe tomarse en cuenta como punto de inicio la teoría formal objetiva, puesto que, para ser considerado autor, su conducta debe estar regulada en la descripción del delito de la parte especial, pero la realización del tipo no debe ser solamente de propia mano, sino también por medio de la utilización de algún instrumento que actúa por coacción o error (autoría mediata) o también del trabajo conjunto (coautoría). Asimismo, señala que el poder de decisión lo tiene el sujeto dominante del hecho y la forma de ejecución, tanto el inicio, continuación o interrupción del delito, siendo los partícipes (cómplice primario, cómplice secundario e instigador), pues si bien son sujetos intervinientes en la ejecución del acto; sin embargo, su contribución es secundaria al hecho realizado por el autor.

Por tanto, será autor quien tenga el dominio del hecho; esto es, aquél que consciente y dolosamente controla el curso del hecho (quien tiene el señorío), conforme se pronunció

la Corte Suprema mediante el Recurso de Nulidad N° 23-2004- Lambayeque, al establecer que:

“para determinar la diferenciación entre autores y partícipes, el criterio diferenciador sería el dominio del hecho. Autor, según esta teoría, sería el que tenga el dominio del hecho, aquél que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución [...], por lo que somos de la opinión que respecto al antes citado procesado, se ha dado la autoría ejecutiva directa, que surge cuando los autores realizan los actos ejecutivos, ya que el procesado tuvo dominio respecto de hacer, continuar o impedir el hecho, la posibilidad de dar al suceso el giro decisivo, el poder sobre el hecho”.

Por otra parte, Villavicencio (2006) señala, que para Wesel, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho; empero, no puede identificarse solamente dolo y dominio del hecho, debido a que ello genera confusiones, pues los partícipes también actúan con dolo, pero no tienen dominio del hecho.

Roxin (2004) señala que será autor quien ostente el control de la realización del hecho (aspecto objetivo) y aquel que tenga conocimiento y voluntad de tener ese dominio (dolo); sin embargo, al mencionar al aspecto subjetivo no se refiere al interés del autor en el delito, sino al hecho de tener la capacidad de decisión sobre el hecho punible.

La teoría del dominio del hecho presenta tres formas: dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional del hecho.

2.2.1. Formas de dominio del hecho.

En la actualidad, se identifican tres formas de manifestación del dominio del hecho, las cuales son las siguientes:

a) Dominio de la acción.

Al respecto, Villavicencio (2009) señala, que es autor quien realiza la acción típica, se trata de la autoría inmediata, es decir aquel que realiza mediante voluntad y conocimiento el acto de propia mano y todos los elementos del tipo objetivo, puesto que tiene la decisión en sus manos de cometer o no el delito.

En ese sentido, es autor quien tiene el dominio de la acción, aun cuando se encuentre subordinado a otra persona, coopere con interés ajeno o no ejecute el acto directamente, ya que lo determinante es que el sujeto tiene el dominio del hecho, es decir él es la figura central en dicho acto (Roxin, 2004).

b) Dominio de la voluntad.

Esta forma de dominio del hecho, aparece cuando el sujeto no realiza directa y personalmente el acto, sino que utiliza otra persona, quien actúa como instrumento, y que es quien lo realiza, denominando autor mediato al verdadero responsable, es decir a quien no realizó directamente el hecho ilícito (Torres, 2013).

Según Lara (2016) señala, que la autoría mediata solo es explicable bajo los postulados de la teoría de dominio del hecho, siendo el hombre de atrás el que tiene en sus manos la voluntad del instrumento y la dirección y el poder de decisión del acontecer causal, debido a que tiene el dominio sobre los sucesos.

c) Dominio funcional del hecho.

De acuerdo a esta teoría, el dominio funcional del hecho se presenta cuando existen varios intervinientes en un solo acto, quienes tienen un acuerdo común y toman parte en el hecho delictivo, ello es conocido como coautoría, en donde no cualquier contribución dentro de la repartición de roles es suficiente para determinar la coautoría (Barja, 2004).

Por ende, la teoría de dominio del hecho, desarrollada por Roxin, es la teoría dominante en el ordenamiento jurídico penal, puesto que distingue entre autor y partícipe, combinando los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal. Siendo así, será autor quien pueda dar inicio, modificar, realizar, impedir o terminar lo iniciado hasta concluir en la comisión del delito, y aquella contribución que no cumpla estos requisitos será considerado como partícipe (cómplice o instigador).

2.3. Autoría mediata.

Respecto a la autoría mediata, Hurtado (2011) refiere, que esta clase de autoría se encuentra regulada en el artículo 23° del Código Penal, el cual establece que para la realización de una acción material típica se requiere una persona, y tiene que configurarse la ejecución y consumación de un acto para que otra persona pueda dar la ejecución a otro acto.

Asimismo, Cavero (2008) indica que, así como el autor puede utilizar ciertos instrumentos para realizar el hecho punible, también puede valerse de otras personas, es decir aprovecharse de su comportamiento para realizar un hecho penalmente reprochable. Dicho suceso se manifiesta por el hombre de atrás, en la medida que la persona que realiza el delito lo hace de manera penalmente irresponsable.

En ese sentido, para fundamentar la imputación penal a título de autor mediato del hombre de atrás, la teoría del dominio del hecho recurre al llamado dominio sobre la voluntad, pues es dicho autor quien domina la voluntad que conlleva a la comisión del delito por parte del sujeto utilizado como instrumento para cometer el acto ilícito (Villavicencio, 2006).

Así también, el autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito. Por ello, respecto a él, se debe determinar si el tipo legal objetivo fue realizado, pues es el autor. Así también, se debe constatar si actuó con dolo y si reúne los elementos particulares específicos de la legislación legal pertinente (por ejemplo, en el hurto, el propósito de obtener un provecho ilícito o en el caso de los delitos especiales, la calidad exigido por el tipo respectivo); por tanto, es necesario delimitar el ámbito en que se desarrolló la acción delictuosa y considerar las circunstancias que permitan admitir la existencia de dicho dominio (Hurtado, 2005, p.865).

Por otro lado, la jurisprudencia, en el recurso de nulidad N° 211-2015- Ancash, de fecha 17 de abril de 2017, señala que “(...) son diversos los supuestos en los que se considera que se configura la autoría mediata, pero son tres los aceptados de forma unánime por la

doctrina, por considerarse que sí existe, sin duda, un dominio de la voluntad del ejecutor: *Autoría mediata por coacción, Autoría mediata por error y Autoría mediata con intermediarios responsables (...)*.

La autoría mediata, tiene como supuestos lo siguiente: a) instrumento que obra sin dolo, b) instrumento que obra coaccionado, c) instrumento que carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma, d) autoría mediata con intermediarios responsables.

2.3.1. Supuestos de autoría mediata.

a) Instrumento que obra sin dolo

Se configura cuando se utiliza como medio para alcanzar el fin propuesto a un sujeto cuya acción no se dirige al mismo fin del autor mediato, sino a uno distinto. Por ejemplo: la utilización de un mensajero que ignora el contenido del paquete para entregar una bomba que estallará al ser recibida por su destinatario; o la utilización de una enfermera ignorante del contenido de la jeringa que le inyecta a otro una dosis mortal (Hurtado, 2008).

La particularidad de este supuesto es, que el sujeto utilizado como medio para cometer el delito debe actuar bajo error o desconocimiento sobre el hecho ilícito, siendo llevado por la voluntad del hombre de atrás, quien es considerado autor mediato (Bacigalupo, 2004).

b) Instrumento que obra coaccionado.

En este supuesto, el sujeto o instrumento utilizado por el autor mediato obliga al mismo a cometer el delito, por ende, el que obra lo hace con dolo, pero bajo la figura de coacción. Siendo así, la conducta de este sujeto no tiene responsabilidad penal, debido a que quien tiene el dominio de la acción es el hombre de atrás, y es él quien será considerado autor mediato (Hurtado, 2008).

c) Instrumento que carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma.

En este caso, se distinguen dos supuestos: a) que el instrumento actúe en estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad); b) que el instrumento obre con error de prohibición. En el primer supuesto, obra de necesidad de culpabilidad, Bacigalupo (2004), señala a manera de ejemplo, el caso de un enfermo mental, quien no ofrece en principio problemas. Admitida la accesoriedad limitada, puede resolverse también como un supuesto de inducción, a pesar que el auténtico sentido del hecho le da la calificación de autoría mediata.

En el segundo supuesto, del instrumento que obra con error de prohibición inevitable, la solución es la misma, pues le faltó al sujeto la capacidad para obrar de distinta forma, mientras el autor mediato es tal precisamente porque se ha servido de esa incapacidad del instrumento, es igual en sus efectos a la incapacidad de culpabilidad. De igual forma, si el error de prohibición es evitable puede darse también autoría mediata (Bacigalupo, 2009).

d) Autoría mediata con intermediarios responsables.

En este grupo de casos configura un supuesto de autoría mediata, en el cual el intermediario también responde penalmente por el delito, los cuales son denominados como supuestos de “**autor detrás del autor**”, porque tanto el hombre de atrás, como el ejecutor, poseen un dominio del hecho, pudiendo aún configurarse la autoría mediata a pesar de la punibilidad del ejecutor, debido a que el núcleo de la autoría mediata radica en el hombre de atrás, siendo lo decisivo el rol central que posee, es decir, que tenga el dominio sobre la realización del delito.

Los supuestos en los que se presenta esta modalidad de autoría mediata son:

- **Autoría mediata por aparato organizado de poder.**

Roxin (2004) considera que se da la autoría mediata en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada.

Corcino (2017) indica que, toda persona capaz de impartir órdenes a sus subordinados es autor mediato, porque utiliza ese poder de mando, para cometer actos ilícitos a través de otros. Siendo así, debe existir una organización rígida, que funcione como un todo, de manera que solo se encargue de dar órdenes.

Por ejemplo: el funcionario de un Estado ilegítimo que pone en marcha en una etapa intermedia de realización una operación de exterminio o privación de la libertad de un grupo de personas. En este caso los funcionarios o el agente de servicio no debe obrar por coacción o error, solo en estos casos especiales se admite la autoría mediata para los miembros superiores del “aparato de poder”. (Cavero, 2008, p. 570)

- **Autoría mediata por error de tipo vencible:**

El hombre de atrás se sirve de un ejecutor que se encuentra en un error de tipo, pero en este caso se trata de un **error vencible**, es decir, de haber sido el ejecutor diligente pudo haber salido del error en que se encontraba, por lo que le será imputable el delito si se encuentra regulada su modalidad culposa (Siccha, 2016).

- **Autoría mediata por error de prohibición vencible:**

Este supuesto se trata de un error de prohibición, pero de tipo vencible, en el cual el sujeto, en caso de haber sido diligente, hubiera podido salir del error en que se encontraba; por lo que en estos casos se le sanciona por el delito cometido, pero con una pena atenuada conforme con el segundo párrafo del artículo 14° de nuestro Código Penal (Hurtado, 2011).

- **Autoría mediata por error en la identidad de la víctima:**

Se trata de un supuesto de error en la persona, donde el ejecutor obra típica, antijurídica y culpablemente, siendo por ello considerado autor inmediato del delito; sin embargo, el hombre de atrás tiene a pesar de ello una supradeterminación fundamentadora de dominio con respecto al resultado no querido por el ejecutor, ya que si bien éste conoce que estaba matando a una persona, al igual que el sentido del tipo y los elementos de la reprochabilidad y, por tanto, le es imputable el homicidio, respecto a la acción concreta desconocía el resultado que efectivamente se iba a producir (Roxin, 2000).

- **Autoría mediata por error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho:**

Roxin (2004) analiza el caso en el cual otra persona engaña al ejecutor sobre una circunstancia donde es previsible su reacción para que así realice la acción querida por el hombre de atrás.

- **Autoría mediata por error sobre la medida del injusto:**

Este supuesto consiste en que el intermediario actúa creyendo que el bien jurídico que lesiona tiene una protección penal distinta a la real, debido al error en el que se encuentra, lo cual sí es conocido por el hombre de atrás que lo determinó a hacerlo (Alvaro, 2008).

- **Autoría mediata por error sobre presupuestos de cualificaciones:**

Se trata del caso en el que el intermediario actúa con la intención de cometer un delito, lo cual es aprovechado por el hombre de atrás, para que, por medio del engaño, éste se cometa, pero con una circunstancia agravante, pero que al ser desconocido por el intermediario no actúa con dolo respecto a ésta, por lo que sobre ese resultado adicional el control lo tiene el hombre de atrás, siendo por ello autor mediato del delito finalmente cometido (Bardon, 2000).

- **Autoría mediata por error sobre el riesgo:**

Este caso se presenta cuando el ejecutor actúa con culpa consciente sobre el resultado que generará su acción, equivocándose sobre la probabilidad de que este ocurra, pues cree que ésta es menor que la real, siendo determinado por el hombre de atrás, que sí conoce la gran probabilidad de la producción del hecho por la acción del ejecutor, actuando de esta manera dolosamente (Roxin, 2000).

2.4. La Coautoría.

La coautoría está regulada en el artículo 23 ° del Código Penal, el cual hace referencia a “actuar conjuntamente” en la comisión del hecho ilícito. Esta clase de autoría, consiste en una división del trabajo en la realización del delito que lo posibilita o que reduce el riesgo de evitarlo. El fundamento de esta forma de autoría se explica, con la teoría del dominio del hecho, afirmando la existencia de un dominio funcional (Roxin, 2004).

Stein, (2014) señala, que el delito se comete entre todos, repartiéndose los intervinientes entre sí, las tareas que impone el tipo de autor, pero con conciencia colectiva del plan global. Esta forma de dominio ocurre cuando los intervinientes acuerdan previamente la realización del delito, y cada uno realiza un aporte esencial en la ejecución del acto. Si estas dos condiciones se dan, entonces el coautor habrá tenido el co-dominio del hecho total, por lo que podrá afirmarse una coautoría (Reátegui, 2018).

Asimismo, Bacigalupo (2002) indica, que el co-dominio del hecho es resultado de una decisión conjunta al hecho. La coautoría sucede según el plan de los intervinientes, quienes se reparten las aportaciones necesarias para la ejecución del delito, en todos los ámbitos, de la ejecución pues así las personas que no participan en la ejecución de igual determinan la configuración del hecho punible o que se lleve a cabo o no.

Así, Rosales (2012) refiere que, Welzel, sostiene que la coautoría se sustenta en el principio de división de trabajo, el cual hace posible la realización del ilícito penal. Siendo así, el coautor no tiene un dominio total del hecho global por sí solo, tal como lo tiene el autor, sino que “el dominio total se encuentra en varios sujetos que participan en la comisión del delito, de forma que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino de todo el hecho, pues cada uno es coautor.

En la dogmática penal, se reconoce dos requisitos para la configuración de la coautoría, los cuales son: a) decisión común; y, b) ejecución común, ambos son requisitos sine qua non.

Respecto al primer requisito; decisión común, Cavero (2008) indica que mediante la coautoría cada uno de los intervinientes en la comisión del delito, asume su parte necesaria del plan global a ejecutar, lo cual permite una imputación recíproca del hecho, pues no basta un consentimiento unilateral sino todos deben actuar en una cooperación dolosa (conocimiento y voluntad). El acuerdo puede darse en diversos momentos del hecho: antes de la ejecución del hecho punible, o durante la realización del hecho hasta su terminación. Con posterioridad al hecho no es posible una adhesión posterior, pues no habría un co-dominio en la configuración del hecho. Además, si dos o más sujetos realizan un hecho común sin un previo acuerdo que lo relacione, concurrirá una autoría más no una coautoría.

Asimismo, refiere que el requisito del acuerdo común excluye, la imputación recíproca de los excesos, los cuales serían atribuibles solo al sujeto que se excede (ejemplo matar al vigilante de un banco en el atraco cuando el acuerdo solo era robar).

En ese sentido, Sánchez (2012) agrega, que la decisión común debe ser previa a la consumación del hecho ilícito, teniendo como consecuencia jurídica la distribución de funciones, las aportaciones de la decisión común se planeen de manera igual, de modo que ello se dé sin subordinación entre quienes son coautores. Es decir, debe haber un reparto de roles de todos los intervinientes a fin de realizar el plan global ilícito.

Por otro lado, respecto al segundo requisito, es el aporte esencial e individual que realizó cada uno de los coautores de manera relevante de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte se podría haber frustrado el plan de ejecución (Bacigalupo, 2004). Al respecto, Villavicencio (2006) refiere, que el sujeto debe realizar un aporte objetivo al hecho y cada coautor complementa con su parte en el hecho a la de los demás en el plan global, formándose un todo unitario atribuible a todos.

De igual forma, Sánchez (2005) señala, que para la configuración del aporte objetivo no es necesario la presencia del coautor, lo cual se denomina la “coautoría no ejecutiva”. Esta

categoría dogmática fue acogida {por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dejando estableciendo que:

“Es menester precisar, que en la coautoría importa la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran dolosamente; que, a su vez, la coautoría no ejecutiva, exige a sus autores la prestación de tareas, por su nivel de integración al plan criminal, necesarias para comisión del delito. Así, se concretó, de un lado, una Coautoría Ejecutiva parcial pues se produjo un reparto de tareas ejecutivas, y, de otro, lado, como en el caso de Bardales Caballero, se produjo una Coautoría No Ejecutiva, pues merced al reparto de papeles entre todos los intervinientes en la realización del delito, este último no estuvo presente en el momento de su ejecución, pero desde luego le correspondió un papel decisivo en la ideación y organización del delito, en la determinación de su planificación y en la información para concretar y configurar el rescate”.

En ese orden de ideas, Hurtado (2004) manifiesta, que es necesario determinar la importancia de la intervención en el momento de forjarse la decisión común, así la participación material en la ejecución puede o no darse o no ser decisiva, lo cual es de gran relevancia porque permite atribuir la calidad de coautor al “cerebro” o jefe de un grupo o banda criminal que controla las actividades de todos sus integrantes, sin intervenir de manera directa en el hecho ilícito debido a su aporte esencial en la ejecución de la infracción.

Finalmente, para la configuración de la coautoría debe cumplirse con los dos elementos esenciales, los cuales son la decisión común y la ejecución común. Respecto al primero, es cuando cada uno de los intervinientes asume su parte necesaria del plan global a ejecutar lo cual permite una imputación recíproca del hecho; y en cuanto al segundo requisito, no se necesita que todos participen en la ejecución del delito, pues también se le puede imputar la coautoría a aquel sujeto que planeo el hecho criminal y no estuvo presente en el momento de los hechos, pero tuvo un aporte esencial, denominándose “coautoría no ejecutiva”.

2.5. Diferencia entre coautor y partícipe.

Para la coautoría, es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor, solo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no dominio del hecho, y si es o no coautor.

Del mismo modo, Torres (2013) indica, que el aporte esencial permite diferenciar a los coautores de los cómplices en el hecho punible, pues si bien ambos actúan con conocimiento del ilícito y realizan un aporte voluntario que contribuye al hecho global del delito, solo aquel que realiza un aporte indispensable tendrá el co-dominio del hecho será considerado coautor.

Así también, Roxin (2004) indica que lo que debe evaluarse es la realización del delito conforme con el plan, en tanto en función a ello se establecerá en el caso concreto quién tiene una función determinante en el delito; no siendo relevante a estos efectos que se trate de una necesidad absoluta, sino tan sólo que la contribución sea difícilmente reemplazable.

De igual forma, Hurtado (2005) señala que:

La complicidad consiste en ayudar dolosamente a un tercero para que se ejecute el hecho punible previsto en un tipo legal. A la inversa de lo que sucede en el caso de la coautoría, pues los cómplices no tienen dominio del hecho, este le pertenece a los autores. Su participación se limita a favorecer la realización del hecho punible y principal, sea de manera material (darle la llave de la casa al ladrón o el veneno al homicida), sea psíquicamente (prometer al delincuente ayuda a reforzar su decisión de consumir el delito). Por supuesto, este modo de comprender el artículo 25° está condicionado, por la manera como se ha definido autoría y coautoría. (p. 897)

Es decir, para la configuración de la complicidad solo se requiere que el sujeto coadyuve al plan criminal del autor, mientras que en la coautoría, cada uno de los intervinientes domina su acto en el hecho delictivo, pero no el suceso en conjunto, pues lo peculiar de

esta figura es que el coautor no tiene por si solo el dominio global del hecho punible, tampoco tiene un dominio parcial, pues el co- dominio está en las manos de todos los intervinientes, por ello actúan conjuntamente, lo cual no sucede en la complicidad, en donde la participación del cómplice solo es un apoyo empero no participa en el dominio de la acción, en él no está el curso causal del plan criminal, sino en el autor.

Conforme lo señala la Jurisprudencia en el Recurso de Nulidad N° 1317-2012- Lima:

“se distingue al autor y cómplice, por dos elementos a destacar: primero, que la contribución objetiva al hecho, la presta el autor necesariamente en la etapa ejecutiva del delito, mientras que el cómplice la efectúa en la etapa preparatoria y ejecutiva del delito, y segundo, el hecho delictivo como tal le pertenece al autor, por lo que la intervención del cómplice es accesorio y dependiente de aquel. El injusto penal se le atribuye al autor, al cual el cómplice coadyuva y/o colabora, para que este pueda exteriorizarse en la sociedad.

2.6. Formas de Participación:

2.6.1. Instigación.

También denominada en algunas legislaciones como inducción. Consiste en la provocación dolosa a través de la influencia psicológica dirigida por parte de una persona hacia otra, a fin de que esta última ejecute un determinado delito.

Al respecto el artículo 24° del Código Penal de 1991 establece *“El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”*. Los elementos de cualquier acción punible, actuación voluntaria y resultado, se encuentran naturalmente también en la instigación. Mayer (citado en Polo 2018).

Hurtado, (2005) indica que instigador es aquel que determina con intención a otra persona a cometer un delito doloso, pero sin participar en su ejecución, pues de lo contrario ya no sería instigador sino autor.

Asimismo, el instigador debe generar con su influjo psíquico el hecho punible del instigado de ejecutar el delito. Lo cual ocurrirá sólo en el caso que se produzca en el instigado la decisión de realizar el hecho típico y antijurídico, pues, si el autor ya estaba decidido a ejecutar el hecho punible, el tercero será un cómplice y no instigador (Salas, 2003).

Rodríguez (2018) el instigador no debe poseer el dominio del hecho, pues si lo tiene, se configuraría la coautoría, si es que su conducta cumple con los requisitos establecidos por la doctrina y jurisprudencia.

Stein (2014) manifiesta que el instigado es quien domina el hecho a diferencia del instigador que solo lo domina, además se debe tener en cuenta que la instigación culposa no es punible.

Así, Freyre (2016), indica que la instigación supone la determinación mediante el influjo psíquico por parte del inductor, creando en el inducido la voluntad de realización típica. Dicha intervención psíquica del interesado, debe ser idónea y eficaz, a fin de originar una actitud delictiva en la persona del inducido, en la medida que su aporte subjetivo haya sido determinante para la comisión de este delito. Cabe precisar, que el término “determinar”, significa dar lugar al autor a la decisión de cometer el hecho, es provocar un determinado comportamiento en el instigado; la conducta ilícita.

Al respecto, Cavero (2008) señala que la conducta del instigador debe ser objetivamente idónea para determinar en el otro sujeto la decisión de cometer el hecho ilícito, por lo que no se puede indicar que se configura la instigación si mediante dicha conducta no busca convencer a otra de cometer el delito. Por ejemplo, no es instigación un deseo de muerte en un instante de ofuscación, y que otro decide hacerlo para agradarle, puesto que no basta reforzar una decisión de cometer el delito, ni dar ideas al respecto de la forma de realización del hecho ilícito, pues en ese caso el sujeto ya estaba decidido a cometer dicho ilícito penal.

Villavicencio (2006) manifiesta que los medios de los que se puede valer el instigador son varios, no existen límites, los cuales pueden ser consejos, promesas, apuestas, ruegos, persuasiones, etc. Siempre que implique una determinación psíquica; sin embargo, estos medios deben ser idóneos para crear la idea de cometer el delito en el sujeto, es decir se pueden utilizar todos los modos posibles para determinar mediante la psiquis al instigado, pero ello debe ser un estímulo idóneo para la perpetración que se pretende.

Por otra parte, en cuanto a la pena que le corresponde al instigador, Bacigalupo (2004) indica que, si se sigue el tenor literal, al instigador le corresponde la misma pena que al autor; sin embargo, no hay una equiparación pues no es valorativamente lo mismo determinar a cometer a otro un delito y la ejecución en sí de ese ilícito. En ese sentido, habría sido mejor prever una atenuación de la pena para el instigador en relación con la pena prevista o impuesta al autor.

Rodríguez (2018), manifiesta que la responsabilidad del inductor depende del autor principal, ya que es participe del delito cometido por el autor principal, por ello está supeditado a la conducta del principal, en mérito al principio de accesoriedad, por esta razón la pena depende de hasta donde haya llegado el acto ilícito.

Por tanto, para la configuración de la instigación debe haber dos sujetos, el instigador y el instigado, el primero de ellos es el que realiza influjo psicológico, es decir genera la idea del acto criminal en el instigado, siendo el requisito fundamental que el instigador haga nacer la idea delictiva en la mente del autor, quien domina el hecho y tiene el curso causal del evento delictivo, por ello es que si la inducción recae sobre un sujeto que ya está determinado a cometer el delito, no es posible la configuración de la instigación.

2.6.2. Complicidad.

La complicidad se encuentra regulada en el artículo 25 ° del Código Penal el cual señala lo siguiente:

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista del autor.

A los que, de cualquier modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre reside en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo leal no concurran en él.

En ese sentido, Reátegui (2018) manifiesta, que la complicidad es el apoyo doloso a otra persona en el hecho punible cometido por esta. Los actos de complicidad, es decir los aportes contributivos, no deben configurarse dentro de la descripción típica se entiende que estos quedan fuera del tipo penal, para lo cual tenemos que remitirnos a los artículos de la parte general del Código Penal.

Bacigalupo (2004) señala, que el cómplice es el que ha prestado una colaboración, la misma que puede ser esencial (cómplice primario) o no indispensable (cómplice secundario) para la comisión del delito. Además, dicho acto de complicidad puede presentarse en el momento de preparación del delito o durante su ejecución.

Al respecto, Cavero, (2008) indica que:

La complicidad, está constituida por las contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, útiles para la realización de un delito. Estas contribuciones deben haberse dado en un contexto delictivo, pues de lo contrario quedarán en el marco de lo socialmente permitido (prohibición de regreso). Cuando se contribuye a un delito en un contexto delictivo, el hecho delictivo pasa a ser obra también de los cómplices, quienes tienen cierto grado de dominio del hecho, sobre todo en lo

que concierne al “cómo” del delito. La diferencia con el autor no se encuentra en la competencia por el hecho (el cómplice es tan competente por el delito como el autor), sino en una menor cantidad de dominio sobre el hecho que configura el delito. (p. 591)

Ello, quiere decir que el cómplice solo presta su apoyo para cometer el hecho criminal, mientras que el autor tiene en sus manos la ejecución del delito, pues es quien puede decidir si realiza o no el acto ilícito.

Por otro lado, el Código Penal distingue dos clases de complicidad, las cuales son la complicidad primaria y complicidad secundaria:

2.6.2.1. Complicidad Primaria.

El Código Penal hace referencia a esta figura con la expresión: “*El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado*” (primer párrafo).

Cavero (2008) señala que, al cooperador necesario o cómplice primario, se reprime con la pena prevista para el autor; sin embargo, para Siccha (2016) el cómplice no debe tener la misma pena que el autor porque no es quien domina el hecho o tiene el curso del delito, sino solo coadyuva a la realización del delito, sin el cual no se podría perpetrar el mismo.

Bacigalupo (2004) la diferencia entre la complicidad primaria y secundaria reside en que se debe ubicar en un plano de posibilidades de actuación, pero siempre en atención a las circunstancias específicas en las que se realizó el delito. Si la prestación podía sustituirse por otra semejante o simplemente prescindir de ella entonces la complicidad será secundaria.

Reátegui (2018) indica que:

Este tipo de complicidad o cooperación necesaria es una figura de participación intermedia que está a mitad de camino entre la autoría y la complicidad innecesaria, por lo que se debe fijar un límite máximo mediante la delimitación entre la coautoría y la complicidad (necesaria o no). La segunda cuestión que plantea esta singular figura es su límite mínimo, mediante la delimitación entre la complicidad necesaria y la complicidad no necesaria. (p. 127)

Bacigalupo (2004) indica que el cooperador necesario, es aquel que, en la etapa de preparación del hecho, aporta una contribución sin la cual el delito no se hubiera cometido, ello debido a la intensidad de su aportación al hecho criminal, pues sin él no se hubiera consumado el ilícito.

2.6.2.2. Complicidad Secundaria.

Esta figura se encuentra regulada en el artículo 25° del Código Penal, segundo párrafo, el cual establece que: *el aporte del cómplice secundario debe valorarse de “cualquier otro modo”*.

Reátegui (2018) señala que en la complicidad secundaria el cómplice presta una colaboración que no es indispensable para la comisión del hecho punible. Asimismo, consiste en “una cooperación que se presta al autor de un delito”, la cual es aceptada por este, es decir dicha cooperación siempre requiere de una coordinación entre el autor y el cómplice para la obtención del plan criminal. Además, dicho cómplice tiene que tener conocimiento de la cooperación que realiza, y el autor debe aceptar esa ayuda, los cuales son los presupuestos principales para que se configure dicha complicidad (Zafaronni, 2005).

2.6.3. Requisitos de la complicitad:

Según Reátegui, (2018) el requisito de la complicitad se divide en dos: objetivo y subjetivos.

i) Requisitos Objetivos.

El acto de colaboración se haya prestado con ausencia del dominio funcional al hecho del autor. Además, el apoyo o ayuda que brinda el cómplice se rige por el principio de accesoriedad, es decir donde hay un cómplice necesariamente debe haber un autor, y que el aporte sea imprescindible para cometer el delito (complicitad primaria), o dicho apoyo puede ser irrelevante y totalmente reemplazable (complicitad secundaria).

ii) Requisitos Subjetivos.

La complicitad necesariamente debe ser dolosa, es decir el sujeto que coadyuva al plan criminal del autor debe tener voluntad y conocimiento para realizar la acción ilícita, sino no se podría configurar la misma.

2.6.4. Complicidad en los delitos especiales.

Este tema, fue discutido tanto a nivel jurisprudencia y doctrinario. En esta disputa se encuentran fundamentalmente dos teorías: La teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación. La primera de ellas considera que la pena al partícipe determina basándose en el marco legal del delito especial, es decir tanto al cómplice y al autor le corresponde ser castigado en la misma figura, así el cómplice no posea la cualidad especial del autor, por ejemplo (funcionario o servidor público), mientras que la segunda teoría, considera en el marco penal del delito especial solo al autor, más no al cómplice, debido a que este no tiene la cualidad especial, por ende se estaría desnaturalizando la norma penal (Cavero, 2008).

Al respecto, la jurisprudencia en el Recurso de Nulidad N° 4201-2009- Piura señala lo siguiente:

Que el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la accesoriedad de la participación”, es decir, la participación es posible cuando concurre realmente el hecho cometido por el autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia, de tal forma que la unidad de título de imputación será la que corresponda al autor, por ende el extraneus, que no tenga la calidad exigida por la ley para el autor responden en calidad de cómplices de un hecho punible, pues en ese quien contribuye a la realización del delito.

Por último, en nuestro Código Penal, con la modificatoria del artículo 25°, se acogió la Teoría de la Unidad de Título de Imputación, debido a que no desnaturalizaría la norma, pues si bien el cómplice no tiene la cualidad especial del autor, coadyuva a la consumación del delito, correspondiéndole ser sancionado por el mismo delito del autor del hecho punible.

2.7. Diferencias de la inducción con otras formas de participación.

La diferencia entre la instigación y la autoría inmediata radica en que el primero se configura a través de la influencia psicológica dirigida por una persona hacia otra con el objetivo de persuadirlo para que realice un delito específico sin participar en absoluto durante la fase ejecutiva y, en el caso del segundo, esta se refiere a que una persona ejecuta de manera directa y personal los elementos descriptivos y normativos descritos en el tipo penal.

Tratándose de la autoría mediata y de la instigación, es preciso afirmar que ambos tienen como característica central el empleo de una tercera persona para cometer directamente el delito; no obstante, la instigación se materializa a través de un influjo psíquico, a fin de convencer a un tercero a que realice un hecho punible concreto, el mismo que responderá penalmente como autor directo si lo ejecuta, mientras que en la autoría mediata el interviniente que realiza directamente el tipo penal no tiene el dominio del hecho, ya sea porque actúa sin dolo, se encuentra bajo un error, actúa justificadamente, es incapaz (sea por minoría de edad) o actúa bajo violencia o amenaza, y por consiguiente, el único responsable del hecho punible es el hombre de atrás que ha impartido la orden de ejecutarlo (Abanto, 2019).

De la misma manera, el argumento esbozado en el primer párrafo es aplicable para poder delimitar las características que distinguen a la instigación de la complicidad, pese a que ambos tienen como característica semejante para que pueden ser condenados, que el autor material mínimamente haya dado inicio a los ejecutivos del tipo penal.

CAPÍTULO III

**LA PARTICIPACIÓN DEL TERCERO INTERESADO EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURIDICO PENAL**

CAPÍTULO III

3. LA PARTICIPACIÓN DEL TERCERO INTERESADO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

3.1. Posición del solicitante de influencias en el delito de tráfico de influencia.

El artículo 400° del Código Penal tipifica el delito de tráfico de influencias, refiriendo lo siguiente: *“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 o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo (...)”*.

El citado artículo, tipifica la participación del vendedor de influencias, quien ofrece interceder ante un funcionario o servidor público a cambio de una dádiva, promesa o ventaja por parte del interesado. La discusión se inicia a partir de la conducta de este último, respecto a la determinación de su participación en la comisión del delito.

Cabe mencionar que, el interesado en el delito de tráfico de influencias es el “comprador de humo” o “solicitante de las influencias”. Es aquel que ejecuta el trato con el agente, en la medida que la invocación que efectúa al vendedor de influencias esté respaldada por una intención concreta de interceder a su favor ante un funcionario o servidor público abocado a un caso de su interés (Freyre, 2016).

Respecto al comportamiento típico, según Guimaray Mori (citado en Torres, 2018) señala que existen dos maneras de comportamiento típico del solicitante de influencias. La primera

consiste en comprometerse a una “contraprestación” por la intersección ofrecida al traficante y la segunda, en solicitar las influencias al traficante. Ambas conductas pueden llevarse a cabo directa o indirectamente.

En ese sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas, en cuanto al grado de intervención del tercero o solicitante de influencias. Por un lado, la doctrina señala que, cómplice es aquel que aporta una contribución necesaria para cometer el hecho ilícito, en este caso se podría atribuir la calidad de cómplice al interesado que acepte la oferta del traficante y entregue o prometa donativo, promesa o ventaja, convirtiéndose dicho acto en un acuerdo ilícito (Jiménez, 2012). Y, por otro lado, la jurisprudencia manifiesta que, el solicitante de influencias debe responder a título de instigador, en el supuesto que esa “determinación o motivación” que utilice sea determinante para que el traficante de influencias interceda ante el funcionario o servidor público.

Asimismo, señala que el solicitante no puede ser considerado cómplice del delito de tráfico de influencias, pues no presta ningún tipo de colaboración en la acción típica prevista por el tipo penal, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración “necesaria”, o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad. Por el contrario, en el supuesto en donde el autor esté decidido de invocar sus influencias al tercero, pese a ser mínima la aportación de este último, será instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor (Fernández, 2019).

Por tanto, si bien la intervención del tercero interesado es necesaria para la comisión del hecho punible, pues es quien entrega el medio corruptor al traficante de influencias; sin embargo, no está claro el título exacto de imputación del mismo. Es decir, no existe uniformidad de criterios en nuestro Ordenamiento Jurídico, requiriéndose un análisis de las posturas de distintos autores doctrinarios, a fin de obtener claridad y uniformidad en cuanto al grado de participación del solicitante de influencias.

Con ello, concuerda Cancho, (2014) refiriendo, que “un importante sector considera que la conducta del interesado en las influencias es impune, contrariamente otro sector doctrinario, al cual se adhiere el autor considera que, si es posible sancionar al interesado sea a título de instigador o cómplice” (p. 292).

Por otra parte, Abanto (2019) señala que en la modalidad de “tener influencias” tipificada por el Código Penal, se advirtió el peligro de centrarse demasiado en la literalidad del tipo penal, debido a que se puede llegar a exigir para la configuración del delito, que la iniciativa deba iniciar siempre del traficante de influencias, con lo cual quedarían excluidas las conductas pasivas del mismo, es decir aquellas en donde el traficante se hubiera limitado sin invocación previa a acceder a la petición del interesado que acudió a él primero, por recomendaciones o porque tenía conocimiento que aquel tenía influencias. Por lo demás, el otorgar importancia decisiva al término “invocar” en el sentido de considerarla parte de la conducta típica, tendría que llevar a excluir siempre al partícipe de una responsabilidad penal como instigador, pues no sería lógica la conducta de un instigador que motive al traficante a que invoque primero ante él la tenencia de influencias para luego vendérselas.

Siendo así, advertimos que existen dos teorías sobre la conducta del interesado en el delito de tráfico de influencias. Al respecto, Chang (2017), señala que la primera es la teoría de la impunidad, la cual considera que la conducta del solicitante debe ser impune y la segunda es la teoría de la punibilidad, en donde existen dos posturas, por un lado está la teoría de la mínima contribución, la cual sanciona como partícipe al solicitante cuando excede su rol mínimo, es decir cuando sobrepasa la conducta establecida en el tipo penal, y por otro lado se busca sancionar al partícipe, aplicando las reglas de la parte general del Código Penal.

a) Teoría de la impunidad.

Una parte de la doctrina considera la conducta del interesado o solicitante de influencias impune, es decir sin responsabilidad penal; es menester citar a algunos autores.

Bustos Ramírez (citado en Benavente, 2016) señala que, si la influencia es real, solo basta con ofrecerla para que se configure el ilícito penal, porque el delito de tráfico de influencias es un acto preparatorio de inducción a un delito de corrupción de funcionarios.

Asimismo, refiere que, los actos preparatorios se sancionan cuando están expresamente en el tipo penal. En el delito de tráfico de influencias, dicho acto preparatorio es el de ofrecer e interceder, pues el tipo penal tipifica solo la conducta del vendedor de influencias y no la conducta del solicitante de influencias.

Nakasaky (2016) señala, que el “contrato” de compraventa de influencias tiene tres etapas: a) preparación; b) celebración o perfeccionamiento, y c) consumación, ejecución o periodo de cumplimiento. Las tratativas corresponden a la etapa de preparación, son los tratos iniciales, las negociaciones entre traficante e interesado para la formación de la oferta. Si en las tratativas no se llega a establecer el precio, y forma de pago, o no se define el funcionario que el traficante oferta influenciar, no se llega a celebrar el pacto o compraventa de influencias, por lo tanto, resulta atípica la conducta de ambos sujetos.

De igual manera, Rodríguez (2006), manifiesta que la intervención del interesado no puede ser punible o sancionado penalmente; por las razones siguientes:

- i)** Si bien el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad; sin embargo, el tercero interesado no puede ser considerado como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la comisión del hecho punible, pues para ello tendría que prestar auxilio al vendedor de influencias en el hecho de la negociación de estas ante el

funcionario o servidor público con la finalidad de favorecer al interesado en la resolución de un caso judicial o administrativo;

- ii) El solicitante de influencias no es ni coautor ni partícipe en el comportamiento típico de dicho delito. Solo la colaboración “innecesaria” o la extralimitación del rol típico merece castigo; la colaboración “necesaria” o la paramétrica dentro del rol típico es impune, pues el delito de tráfico de influencias es un delito de participación necesaria-mono subjetivo, en donde se requiere la participación de dos o más personas, empero, esta participación no está regulada taxativamente en el tipo penal.

Carmen García (citado en Benavente, 2016) refiere que, en base al principio de legalidad solo es sancionable, por el artículo 400° del Código Penal, la conducta del traficante de influencias y no adicionalmente al tercero interesado, sino hubiera estado expreso en un tipo penal autónomo, tal y como el delito de Cohecho Activo previsto en el artículo 399° CP, en donde sí se sanciona de manera expresa a quién trata de corromper a funcionarios otorgándoles ventajas conducta que, tampoco podría haber sido objeto de sanción penal de no estar expresa en el tipo penal.

b) Teoría de la punibilidad

En esta teoría, se considera que el interesado debe tener responsabilidad penal, por su conducta de entregar la dádiva, promesa ventaja o beneficio al traficante de influencias. No obstante, existen dos posturas según Chang (2017), señala que se le sanciona como partícipe siempre y cuando exceda el rol establecido en el tipo penal y no se limite a realizar la conducta establecida en el tipo penal, sino que realiza algo más allá, y también se sanciona como participe, aplicando las reglas de la parte general.

Asimismo, Jiménez (2012) refiere que, esta teoría fundamenta la punibilidad, cuando la participación del partícipe corrompe al autor convenciéndolo o apoyándolo para cometer el delito, es decir contribuye para que el autor sea delincuente, cuando lo

instiga, o contribuye a realizarlo, cuando el autor ya posee la idea criminal y éste solo entrega el medio corruptor.

Siccha, (2019) señala que, lo discutible es cuando el traficante busca al tercero interesado y le ofrece sus influencias a cambio de una ventaja. En este caso no se puede aceptar que el tercero interesado sea un instigador, pues él en ningún momento hace nacer la resolución criminal del traficante, peor aún, no la puede haber reforzado, pues el traficante tiene claro su propósito y sabe cómo hacerlo (mucho más si se trata de un traficante cuyo modus vivendi es el tráfico de influencias). En este caso, el solicitante sería un cómplice primario debido a que sin su aporte no se podría cometer el delito o no podría llegar la conducta a su grado de consumación.

En cuanto al primer supuesto, de la mínima contribución del interesado, Abanto, (2004) se acoge a dicha postura, en el sentido que el comprador de influencias solo sería sancionado si su aportación hubiera ido más allá del mínimo previsto en el Código Penal. Así, refiere que la doctrina de la contribución necesaria señala que, el partícipe necesario sería responsable penalmente solo si su conducta hubiera ido más allá del mínimo previsto. En el presente caso, la contribución del partícipe necesario constituiría una participación en el delito de tráfico de influencias que debería analizarse según las reglas generales, es decir la complicidad o inducción. Por ejemplo: si el comprador de influencias solamente reaccionara a la oferta del vendedor y pagara, seguiría siendo su conducta impune; no obstante, si fue él quien buscó al vendedor y le pidió ejercer la influencia en el funcionario público, en este caso dicha conducta supera la contribución mínima necesaria y si debería ser sancionado penalmente.

En otras palabras, en el supuesto que el vendedor de influencias le oferta al solicitante de influencias, interceder ante el funcionario público para favorecerlo a cambio de una dádiva, promesa o ventaja, y este pagara, su participación sería impune, pues su acto no fue más allá del mínimo previsto. No obstante, si fuera él quien busca al traficante de influencias, en ese caso sí supera dicha contribución mínima; por tanto, debe sancionarse dicha conducta.

En cuanto al segundo supuesto, para sancionar al partícipe se debe aplicar las reglas de la parte general del Código Penal. Al respecto, hay autores que consideran la conducta del comprador de influencias punible a título de cómplice o instigador del delito de tráfico de influencias; por ende, pasaremos a analizar sus fundamentos a fin de determinar el grado de participación del interesado.

En ese sentido, León, (2017), manifiesta que, estamos ante dos supuestos respecto a la conducta del tercero interesado en delito de tráfico de influencias:

El primer supuesto se configura cuando el comprador de influencias es quien toma la iniciativa y se acerca al futuro traficante de influencias, señalándole la influencia que podría ejercer en su beneficio, le ofrece o entrega la ventaja correspondiente; y este la acepta. En este caso, la conducta del mismo no puede ser impune, sino deberá responder como instigador, pues dicha figura tiene como fundamento la determinación en la psiquis del autor para la comisión del hecho punible.

El segundo supuesto, es cuando el interesado acepta la solicitud de influencias a interceder ante un funcionario público o servidor público y brinda el medio corruptor; deberá ser calificado como cómplice primario, pues el traficante de influencias ya estaba determinado a cometer el delito, y solamente esperaba que el tercero dé o prometa dar la ventaja, dativa o promesa que este haya solicitado.

Pimentel (2016) señala que, el solicitante será considerado en algunos casos instigador, pero no debe descartarse su participación como cómplice primario, lo cual dependerá de su posición en el pacto, por ejemplo, cuando acepta la oferta realizada por el traficante de influencias, toda vez que sin su participación el delito no se configuraría.

Siccha (2016) sostiene que, si el tercero interesado incita al traficante de influencias a cometer un delito será considerado instigador de dicho ilícito penal configurándose la figura de instigación.

También, San Martín Castro, Caro Coria y Reaño, (2002) expresan que, es posible aplicar las reglas de la participación delictuosa prevista en los artículos 24° y 25° del Código Penal que regulan la instigación y complicidad. Por ende, cabe la posibilidad que sea considerado cómplice primario, siempre y cuando acepte el ofrecimiento del vendedor de humo, y éste le prometa entregar dadas, o cualquier ventaja; o instigador, cuando solicita la intersección del traficante de influencias ante el funcionario público a fin de favorecerlo en algún caso judicial o administrativo.

No obstante, Hurtado (2016), difiere con las posturas antes señaladas, indicando que el tercero interesado solo puede ser considerado cómplice secundario, ello según las reglas de la participación secundaria, pues guardan relación con la manera que el legislador tipificó el tipo penal.

Reaño Peschiera, (citado en Rodríguez, 2006), refiere que, sí es posible la punibilidad del cómplice interesado, sin necesidad que se extralimite las conductas típicas del delito de tráfico de influencias, por parte del interesado como partícipe necesario debido a las siguientes razones:

- i) El castigo de la intervención en el tipo penal debe apartarse de la teoría de la accesoriedad, la cual percibe como dependiente la participación de los actos cometidos por el autor y del partícipe, es decir, la conducta del partícipe siempre dependerá del hecho cometido por el autor, es aquel vínculo existente entre el hecho y todos los partícipes. En otras palabras, la base de la teoría de la intervención debe iniciar con el hecho correspondiente tanto a autores como a partícipes, en distinto grado. La aceptación expresada por el solicitante ante el traficante de influencias, es un riesgo determinante para lesionar el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de influencias;
- ii) El tercero interesado es cómplice del delito de tráfico de influencias, debido a su aporte en la negociación ilícita con el traficante para que interceda ante el funcionario

o servidor público, mostrando su interés directo en el resultado posterior, producto del comercio ilícito de influencias.

Por último, una parte de la doctrina considera que el interesado debe ser considerado sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias (víctima), debido al estado de necesidad del tercero interesado frente al traficante de influencias, para poder resolver sus problemas.

Al respecto, Velásquez (citado en Benavente, 2016) manifiesta que, el solicitante de influencias, no puede realizar ninguna de las conductas típicas previstas en el artículo 400° del CP, por ende, no puede ser cómplice porque él no puede realizar personalmente dicha conducta. Asimismo, tampoco debe ser considerado como inductor pues el interesado no puede ser a la vez inductor y víctima del delito de tráfico de influencias, por cuanto no puede ser el mismo sujeto que determina psíquicamente al traficante y a la vez sujeto pasivo de dicho delito, debido a que el interesado es una víctima y no un partícipe del delito de tráfico de influencias.

En ese sentido, Muñoz, (2014) indica que, el comprador de influencias siempre está en un estado de necesidad, debido que al no encontrar una salida para solucionar su problema acude a otra persona influyente en los más altos sectores del poder, quien usando sus influencias podrá resolver sus problemas en la Administración Pública; por tanto, buscar a una persona influyente para resolver algún asunto no constituye delito, porque no se puede responsabilizar penalmente a quien solo es un sujeto pasivo del delito.

En conclusión, se advierte que no existe unanimidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto al grado de intervención del interesado, pues hay un sector que considera al solicitante como cómplice o inductor. Asimismo, otro sector lo considera agraviado e incluso señalan que su conducta es impune. Por esta razón, es muy importante adoptar una postura que brinde seguridad jurídica para la sociedad, la cual se desarrollara más adelante.

3.2. El interesado en el delito de Tráfico de Influencias según el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116.

El interesado en el delito de tráfico de influencias es la persona que se encuentra en una singular ubicación entre el traficante y los destinatarios finales de la influencia, hallándose por lo común urgido en la búsqueda de salidas favorables a sus conflictos o colocado en situación de premura o simplemente de interés para que su caso judicial o administrativo sea resuelto conforme a sus expectativas. Fidel Rojas (citado en Polo, 2018).

El Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, en su fundamento N° 09 señala lo siguiente:

“El tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero de 2014 (RN N° 1692-2013)]. En sentido estricto, el “comprador o solicitante de influencias” no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración “necesaria”, o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad. Aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias”.

Es decir, no cabe la posibilidad que el solicitante de influencias sea cómplice (primario o secundario), pues su conducta sería impune dentro de los alcances de dicha figura. Además, si bien la conducta del interesado es importante en el comercio ilícito; sin embargo, su intervención no es aportar a la configuración de los elementos del tipo penal, ello es recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias, pues solo le corresponde al traficante de influencias.

Por otro lado, en su fundamento 10° señala lo siguiente:

(...) “El “comprador solicitante de influencias”, o “el interesado” en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En este caso, como el “comprador solicitante de influencias” habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al “comprador o solicitante de influencias”, pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor.

En otras palabras, el solicitante de influencias será instigador sí es quien inicia en la psiquis del traficante la idea de la resolución criminal, convenciéndolo de influir ante el funcionario o servidor público para que lo favorezca en un caso administrativo o judicial, a cambio de una contraprestación.

Así también, si el traficante de influencias ya tiene la idea criminal, y solo le propone al tercero interesado interceder ante el funcionario o servidor público, a cambio de una contraprestación, y éste acepta, también es considerado instigador por haber reforzado la idea del autor.

Ahora, en el fundamento 11° menciona lo siguiente:

(...) El “comprador solicitante de influencias”, es decir, “el interesado” en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el “vendedor de influencias” mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente”.

En otras palabras, el interesado solo será instigador siempre y cuando influya en la psiquis del instigado ofreciéndole un bien a fin de que este interceda ante un funcionario público, que esté viendo un caso judicial o administrativo.

A (interesado), tiene un proceso de alimentos, y seguidamente le dice a B, quien es secretario de la Sala Penal que le ayude en dicho proceso; B, le dice que él posee influencias ante el juez que resolverá su caso, indicándole que puede ayudarlo a cambio de una dádiva, promesa o ventaja. Logrando A (instigador) influenciar psicológicamente a B (traficante de influencias). Solo en este caso, el comprador de influencias será considerado instigador, pues es él quien debe generar con su influjo psíquico el hecho punible del instigado de ejecutar el delito. Lo cual ocurrirá sólo en el caso que se produzca en el instigado la decisión de realizar el hecho típico y antijurídico, pues si el autor ya estaba decidido a ejecutar el hecho punible, el tercero será un cómplice y no instigador (Salas, 2003).

Finalmente, el Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116 señala que, el tercero interesado no puede ser cómplice (primario o secundario) pues la intervención del interesado si bien es importante para la configuración del delito; no obstante, dicha conducta no es aportar al delito, ello es recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias, pues ello solo le corresponde al vendedor de influencias. Asimismo, indica que el interesado será instigador solo si es quien inicia en la psiquis del vendedor la idea criminal, logrando que el mismo influya ante el funcionario o servidor público para favorecer al tercero a cambio de una ventaja, dádiva o promesa.

Además, refiere que, si el traficante de influencias ya tiene la idea criminal, y solo le propone al tercero interesado interceder ante el funcionario o servidor público, a cambio de una contraprestación, y éste acepta, será considerado instigador. Sin embargo, discrepamos con dicha postura porque en ese supuesto se desnaturaliza la figura de la instigación, debido a que el artículo respecto el artículo 24° del Código Penal establece *“El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”*, no señalando específicamente que refuerza la idea criminal, sino que se remite al hecho de hacer nacer en el autor la idea de cometer el ilícito penal. Existiendo una total

incongruencia en este fundamento con lo señalado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario antes mencionado.

Lo que a nuestra consideración ha sido un intento del máximo Órgano de Justicia por tratar de amparar de alguna forma el gran vacío legal que tiene el delito materia de análisis, en cuanto al tema de la participación.

3.3. ¿Se vulnera los principios constitucionales “principio de legalidad y lesividad” por la aplicación de una sentencia condenatoria al solicitante, como partícipe en el delito de Tráfico de Influencias?

En nuestro Código Penal, existen casos que la ley prevé expresamente, aunque con distintas técnicas, la punibilidad del “partícipe necesario” (el delito de cohecho, los nombramientos ilegales, etc.), en otros casos no lo ha hecho, por ejemplo: en el proxenetismo, distribución ilegal de obras, tráfico de influencias, etc.

Por otro lado, cuando se trata de delitos de encuentro la interpretación mayoritaria alcanza a la impunidad del partícipe necesario de distinta manera, según los grupos de casos, sea que el partícipe necesario sea considerado víctima del delito pues es portador del bien jurídico protegido; sea que se le reconozcan otras razones sistemáticas, de política criminal, etc., que hagan innecesario su persecución o simplemente el legislador no tipificó la conducta en la norma, pese a que existe una desvaloración de la conducta por parte de la sociedad y del intérprete (laguna de punibilidad). Por esta razón, es impune en el delito de la venta ilegal de obras ajenas (art. 217 letra b), al igual que lo es el cliente de la prostituta pese a que contribuye a la “prostitución” (art. 179° del CP) (Abanto, 2019).

Ello, se trata de una cuestión relacionada con el principio de legalidad, dicho principio exige que toda interpretación deba ser de acuerdo a la ley; cualquier método interpretativo no debe rebasar ese tenor literal que dicha ley prevé a fin de no caer en la analogía, salvo que sea favorable al reo; asimismo, limita el ejercicio del poder penal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles (Villavicencio, 2016).

En los delitos en donde el legislador no tipificó la conducta de uno de los intervinientes en el ilícito penal, la punibilidad por la mera contribución como partícipe necesario solamente sería posible si, hubiera estado prevista expresamente en respectivos tipos penales para todas las partes intervinientes, para los ejecutores de la conducta típica, por un lado y para los partícipes necesarios por otro lado, ello en base al principio de legalidad. Lo cual sucede con el delito de Cohecho en donde se requiere la contribución de dos sujetos para un pacto

ilícito: el funcionario público que acepta o solicita las ventajas y el particular que las ofrece o entrega, mientras que la conducta de los funcionarios públicos está tipificada como cohecho pasivo en los artículos 393°, 394°, 395°, y demás artículos del Código Penal. En este caso la conducta del partícipe necesario (cohechante activo) está prevista expresamente como delito (Abanto, 2019).

Este problema se presenta en el delito de “tráfico de influencias”, donde la ley no ha previsto expresamente al partícipe necesario (el solicitante de influencias) pese a que el tráfico de influencias, requiere el “encuentro “de dos personas; tanto el vendedor (intermediario) y el comprador (interesado) de las influencias. A partir de ello se plantea la premisa si aquella conducta de comprar” influencias fue tipificada en la descripción del tipo penal como la otra conducta de “venta” que tiene una sanción clara y expresa en el tipo penal.

Partiendo de ello, es necesario desarrollar el principio de legalidad, y sus garantías, con la finalidad de determinar si se vulneraría dicho principio a raíz de la condena en calidad de instigador al tercero interesado en el delito de tráfico de influencias.

3.3.1. Principio de legalidad

Uno de los principios básicos al cual se hace referencia al iniciarse el análisis del derecho penal es el principio de legalidad. Este principio es de carácter general, y tiene una conceptualización amplia por las diversas materias en las cuales se utiliza, la cual fija los límites al poder ius punitivo del Estado (Villavicencio, 2016).

El principio de legalidad, se encuentra previsto en la norma constitucional que prescribe que: "Nadie será sancionado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no éste previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley." (artículo 2º Inciso 24 apartado d).

Asimismo, se encuentra regulada en el Código Penal, en el Título Preliminar, artículo II en donde manifiesta que: "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".

En otras palabras, es el fundamento por el cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que lo haya previsto una ley anterior, limitando el ejercicio del poder penal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles (Hurtado, 2011).

Además, en mérito al principio antes indicado, el Estado no puede sobrepasar de lo que está en la ley escrita, la ley se vuelve un instrumento de control a los jueces en la medida que se encuentran vinculados a ella; por esta razón, el operador jurídico puede atribuir responsabilidad penal a una persona siempre y cuando tipifique la conducta ilícita en la normal penal.

Hurtado (2011) agrega que, "el principio de legalidad tiene a establecer exigencias en relación a la manera como el legislador redacta las disposiciones legales. Ello se trata

de las garantías que implica dicho principio las cuales son: *Nulum crimen sine lege certa*; *Nulum crimen sine lege previa*; *Nulum crimen sine lege previa* y *Nulum crimen sine lege stricta*.

a) Nulum crimen sine lege certa.

Este sub principio establece que la ley penal debe ser construida con el más alto grado de precisión y certeza posible, lo cual solamente se podría lograr cuando se logre una descripción exhaustiva de las conductas que son consideradas punibles para el legislador; sin embargo, no se puede exigir que esta precisión, certeza y exhaustividad, sea absoluta toda vez que al ser el propio lenguaje muchas veces no tan claro, debe admitirse un cierto grado de imprecisión, en razón que no se puede exigir que al momento de formular un tipo penal, el legislador se ponga en todos los supuestos (Villavicencio, 2016).

Asimismo, el referido sub principio solamente es exigible al legislador, quien es el encargado de construir la normal penal, sino también a los operadores del derecho (abogados, jueces, fiscales, etc.) al momento de realizar el juicio de tipicidad o subsunción de una conducta a las normas penales.

b) Nulum crimen sine lege previa.

Este sub principio, tiene a garantizar la denominada seguridad jurídica, debido a que para este principio los receptores de la norma penal deben conocer cuáles son las conductas que se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico penal y cuáles serían las sanciones que se aplicarían en caso de transgredir dichas normas (Cavero, 2012).

Este principio se encuentra estrechamente relacionado con el principio de irretroactividad de la ley penal, el cual no solo se encuentra regulado en nuestra constitución política en su artículo 103° segundo párrafo, sino también se encuentra

reconocida por los diferentes acuerdos internacionales que fueron suscritos por el Estado Peruano, destacando entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual lo regula en su artículo 15°, y la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 9° (Villavicencio, 2014).

Debe señalarse, además que no todo tipo de retroactividad se encuentra prohibida por el Derecho Penal toda vez que la retroactividad benigna, la cual favorece al inculpado si se encuentra totalmente permitida por nuestro ordenamiento jurídico. Este sub principio se encuentra dirigida principalmente al juez, quien es el encargado de aplicar la ley penal.

c) Nulum crimen sine lege scripta.

Este sub principio establece que para que exista un delito debe este estar recogido de forma escrita en la norma penal. Por lo que está dirigido a rechazar a la costumbre de los principios generales del derecho y la jurisprudencia como fuentes de creación del derecho penal, en atención que estos principios para la creación de delitos siempre se encontraran en subordinación al principio de legalidad (Cavero, 2008).

d) Nulum crimen sine lege stricta

Este sub principio tiene por finalidad establecer determinante prohibición de la aplicación de la analogía en cuanto a las normas penales.

Esta prohibición no solo se encuentra regulada en el artículo 3° del Título Preliminar del Código Penal que señala “*No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que corresponda*”, sino también tiene justificación constitucional, encontrándose establecido en el artículo 139° numeral 9 de nuestra Carta Magna. Esto se encuentra dirigido al juzgador, quien de ninguna manera

podrá sustituir al legislador y desbordarse de los límites de la ley penal, constituyéndose de esta manera como una garantía en la impartición de justicia.

Cabe mencionar que, al igual que en la retroactividad lo que se encuentra prohibido es la aplicación analógica *in malam partem*, la cual extiende la punibilidad de las conductas prohibidas por el Derecho Penal, siendo que la analogía *in bonam partem* es aceptada siempre y cuando esté dirigida a la interpretación de la ley penal.

En conclusión, sancionar al interesado como cómplice o instigador transgrede el principio de legalidad, debido a que nadie puede ser sancionado por un hecho que no esté previsto ni sancionado por la ley, por lo tanto, si la norma penal no lo prevé, la conducta del solicitante sería impune. Asimismo, transgrede tres sub principios (*Nulum crimen sine lege certa*; *Nulum crimen sine lege previa*; *Nulum crimen sine lege previa*), el primer sub principio hace referencia a que el artículo 400° del CP debe ser con grado de precisión y certeza posible; el segundo indica que no brinda seguridad jurídica y el tercero señala que para sancionar una conducta del interesado debe estar recogida en la norma penal.

3.3.2. Principio de Lesividad.

Cavero, (2012) señala que, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos establece que el Derecho Penal solo interviene para proteger bienes jurídicos que merezcan dicha protección, por lo que la intervención penal no puede sustentarse en cuestiones meramente morales o de simple orden social.

Por su parte, Villavicencio, (2016) manifiesta que, de acuerdo al principio de lesividad, para que la acción sea considerada ilegal no basta tan solo que esta concuerde formalmente con el tipo penal, sino que adicionalmente se requiere que dicha acción haya puesto en peligro o lesionado el bien jurídico protegido por la norma penal presuntamente infringida. Este principio, se encuentra descrito en el artículo IV del Título preliminar del Código Penal, el cual señala “La pena, necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

A fin de tener una mayor precisión sobre el significado de este principio debe establecerse el concepto de bien jurídico, el interés jurídicamente relevante que es protegido por el derecho penal para tener una convivencia pacífica en la sociedad. En ese sentido, entre las diferentes consecuencias de la incorporación de este principio a nuestra ley penal material, se hace necesario que el uso de figuras jurídicas como la del delito de tráfico de influencias, que es considerado de peligro abstracto debe ser limitada, es decir al ser dicho delito de peligro abstracto solo debe sancionar comportamientos que constituyan peligro para el bien jurídico, sin requerir que se haya lesionado dicho bien.

Finalmente, se debe tener en cuenta que el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto; por tanto, la conducta del partícipe tendría que estar tipificada en el tipo penal, porque el legislador de por sí considera solo la conducta del traficante de influencias peligrosa, más no la del tercero interesado, ello a fin de evitar confusiones en los interpretes de la norma penal.

En ese sentido, pasaremos a analizar algunas sentencias de la Corte Superior de Justicia, con la finalidad de verificar si se vulneran los principios constitucionales, específicamente el principio de legalidad y/o de lesividad, por la aplicación de una sentencia condenatoria al solicitante de influencias en calidad de instigador, en el delito de Tráfico de Influencias.

3.3.3. Análisis de Sentencias de la Corte Superior de Justicia sobre el Delito de Tráfico de Influencias.

a) Sentencia condenatoria del solicitante de influencias en calidad de Instigador.

Expediente: 03939-2017-81-1706-JR-PE-09.

Imputados: Mendoza Oviden, Carlos Alberto
Villanueva Velezmoro, Juan Martín
Torres Gonzales, Roberto
Vertiz Cellerini, Jorge Alfredo

Agraviado: El Estado.

Delito: Tráfico de Influencias.

SENTENCIA

Mediante la Resolución N° 05, de fecha 2 de febrero de 2018 el Noveno Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo emite sentencia condenatoria contra Jorge Alfredo Vertiz Cellerini, en calidad de instigador; Carlos Alberto Mendoza Oviden, en calidad de autor; Juan Martín Villanueva Velezmoro, en calidad de cómplice primario; y absuelven a Roberto Torres Gonzales, en calidad de cómplice primario, del delito contra la Administración Pública en su figura de corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias en agravio del Estado, representado por el Procurador Público Anticorrupción.

En este caso, se condena a Jorge Alfredo Vertiz Cellerini en calidad de instigador del delito de tráfico de influencias, puesto que el 10 de setiembre obtuvo una Resolución de edificación respecto del inmueble ubicado en la calle Andrés Avelino Cáceres N° 203-Chiclayo, para edificación de cinco pisos más azotea. Y de proyectarse al sexto, séptimo, octavo y noveno pisos más azotea.

No obstante, debido a que no obtuvo oportunamente la licencia de ampliación, comenzó a buscar al acusado Carlos Alberto Mendoza Oviden para que converse con Roberto Torres

Gonzales, a fin de obtener la ampliación de la licencia de edificación dentro de este contexto hubo un ofrecimiento de entrega de suma dineraria para interceder y lograr que influya en los funcionarios encargados del otorgamiento de licencia; entregándole vía depósito la suma de S/ 80,000.00 a la cuenta del acusado Carlos Alberto Mendoza Oliden, demostrándose que determino e instigó al acusado Mendoza Oliden.

Juan Martín Villanueva Velezmoro, en calidad de cómplice primario, pues fue quien tomó pleno conocimiento de la propuesta dineraria que iba a hacer Jorge Vertiz Cellerini al acusado Mendoza Oliden y contribuyó a la decisión de este último, recibiendo la suma dineraria, concurriendo a la gerencia de Urbanismo de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, para interceder ante la abogada de dicho organismo a favor de la persecución y otorgamiento de la licencia a favor de Vertiz Cellerini.

Del análisis de la presente sentencia, se advierte que no se vulnera el principio de legalidad, debido a que se está condenando a Vertiz Cellerini en calidad de instigador, y si bien la norma penal no prevé sanción para el tercero interesado si lo hace la jurisprudencia, tal y como se aprecia en el Acuerdo Plenario 03- 2015/ CIJ-116; sin embargo, sólo en este supuesto puede ser sancionado penalmente a título de instigador por ser quién determinó de manera idónea en la psiquis del vendedor de influencias a fin de que interceda ante el funcionario público y entregarle la licencia de construcción de más de ocho (8) pisos.

Por ende, consideramos que dicho Acuerdo Plenario no es la solución a los vacíos legales presentados en la norma penal, pues tanto la figura de la complicidad como la instigación no son la mejor propuesta para determinar el grado de participación del solicitante de influencias; y, además, solo brinda solución para este caso, más no para otros supuestos, en donde el autor posee la idea criminal y el interesado solo la refuerza, siendo imposible que sea considerado instigador, debido a que solo refuerza el ilícito penal, más no determina idóneamente mediante el influjo psíquico al traficante de influencias.

Asimismo, no se vulnera el principio de lesividad, pues la conducta del solicitante de influencias, si vulnera el correcto funcionamiento, la imparcialidad de la Administración

Pública; además, el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, en donde basta la conducta peligrosa de los sujetos para poner en peligro dicho bien jurídico. Por lo tanto, el delito de tráfico de influencias no transgrede el principio de lesividad del Código Penal.

b) Sentencia Condenatoria del solicitante de influencias en calidad de instigador.**Expediente: 12756-2018-84-1706-JR-PE-10.****Imputado: Manuel Alberto Facho Castillo y Otro.****Agraviado:** El Estado- Instituto Nacional Penitenciario.**Interesado:** Teodoro Hernández Sánchez**Delito:** Tráfico de Influencias.**SENTENCIA**

Mediante Resolución N° Tres, de fecha 25 de abril de 2019, el Décimo Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo, aprueba el acuerdo de Terminación Anticipada, condenando a Manuel Alberto Facho Castillo, en calidad de autor y José Israel Andonayre Arévalo, en calidad de instigador del delito contra la Administración Pública, en su figura de Tráfico de Influencias, previsto en el primer párrafo del artículo 400° del Código Penal.

Ello, debido a que, en el mes de diciembre de 2017, el encausado Manuel Alberto Facho Castillo, ofreció a su co imputado José Israel Andonayre Arévalo, interceder ante el Director del Centro Nacional de Estudios Criminológicos del Instituto Nacional Penitenciario Max Nicol Flores Quispe, quien participaba como presidente del Comité de Admisión en el proceso de Admisión para el “Curso de Formación n Seguridad 2018-I”, convocado por la referida escuela, para que “hiciera ingresar” a su hijo, el postulante Giancarlo Antonuee Andonayre Zamora; José Israel Andonayre Arévalo, aceptó tal propuesta, y en su domicilio ubicado en Manuel Alberto Facho Castillo, entregó la suma de cinco mil soles con tal fin.

Del análisis de la sentencia, se advierte que el representante del Ministerio Público en el Acuerdo de Terminación anticipada con los imputados, postula, que Manuel Alberto Facho Castillo, sea sancionado en calidad de autor y José Israel Andonayre Arévalo en calidad de cómplice, por el delito de tráfico de influencias, primer párrafo del artículo 400° del Código Penal; no obstante, el Juez del Décimo Juzgado de Investigación Preparatoria, condena a

Manuel Alberto Facho Castillo en calidad de autor y a José Israel Andonayre Arévalo, en calidad de instigador, por cuanto fue quien determinó el comportamiento del traficante de influencias, pues según su propia declaración citó a su domicilio al mismo para que lo conecte con el referido funcionario público.

En este caso, se aprecia que el traficante (Manuel Alberto Facho Castillo), es quien ofrece a José Israel Andonayre Arévalo (comprador de influencias) interceder ante un funcionario público (Director del Centro Nacional de Estudios Criminológico del Instituto Nacional Penitenciario), con la finalidad que lo favorezca en un proceso de admisión convocado por dicha entidad.

En ese sentido, no concordamos con la sentencia en mención, pues si bien no lesiona los principios de legalidad y lesividad; sin embargo, advertimos una interpretación errónea de la figura de instigación. Dado que, tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan que el instigador es aquel que determina de manera idónea mediante la psiquis a otra persona a fin de cometer un hecho ilícito, generando en el instigado, mediante el influjo psíquico, la ejecución del delito, ello por cuanto si el instigador participa en la ejecución del ilícito penal, sería autor.

Siendo así, José Israel Andonayre Arévalo (solicitante de influencias), no debió ser condenado por el delito de tráfico de influencias, en calidad de instigador, porque desnaturaliza dicha figura. Cabe mencionar que, el comprador de influencias, participa en la comisión del delito, por medio de la entrega de la dádiva, promesa, ventaja o beneficio al traficante de las influencias.

Por tal motivo, el interesado no puede ser considerado instigador, ni tampoco cómplice porque su conducta en el caso en concreto no determina de manera idónea al traficante de influencias, el cual ya tenía la idea criminal, ni coadyuva a realizar los verbos rectores “invocar y ofrecer”, los cuales le corresponden al traficante de las influencias y no al solicitante.

c) Sentencia Condenatoria del solicitante de influencias como cómplice primario.**EXP. 00193-2012-9-1826-JR-PE-03.****Procesados:** Roberto Luis Zevallos Zerpa y Otros.**Agraviado:** El Estado.**Delito:** Tráfico de Influencias.**Fecha:** 18 de julio de 2013.**Sala Penal de Apelaciones****SENTENCIA**

Mediante Resolución N° 05, de fecha 18 de julio de 2013, se confirmó la Sentencia de fecha 29 de abril de 2013, expedida por la Juez del tercer Juzgado Unipersonal, magistrada Nayko Techy Coronado, en el extremo que resuelve condenar a Roberto Luis Zevallos Zerpa, como cómplice primario del delio de tráfico de influencias agravado, en agravio del Estado; imponiéndole 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de 2 años, sujeto a reglas de conducta. Además, la pena limitativa de derechos de inhabilitación con el carácter de principal para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, por el plazo de 2 años.

En el presente caso, el Ministerio Público atribuyó a Roberto Luis Zevallos Zerpa, en su condición de accionista y director de Operaciones y Marketing de la Empresa de Transporte Turismo Huaral Sociedad Anónima, haber solicitado la intercesión del funcionario municipal (sentenciado) conformado Alí Florencio Aquiles Munive Murga– con la finalidad de que no sea revocada la licencia de funcionamiento de la citada Empresa por la Municipalidad Distrital del Rímac, aceptando el requerimiento y prometiendo la entrega de una suma de dinero entre \$ 5,000.00 a \$ 7,000.007. Hechos de los que el Ministerio Público tomó conocimiento el domingo 22 de julio de 2012, a través del programa televisivo Punto Final, de Frecuencia Latina, en el que se difundió un audio que reproduce la conversación grabada por Zevallos Zerpa con Munive Murga el 13 de abril de 2012.

La defensa del acusado Zevallos Zerpa sostiene que no se ha probado los títulos de participación, ya que, si bien fue acusado como instigador, la juez lo ha condenado por complicidad primaria. El único acto atribuible a su patrocinado es haber aceptado, pero la aceptación no es un acto de complicidad, porque no contribuye a la realización de la acción típica que es vender, el comprador no ayuda al vendedor, no puede ser cómplice primario ni secundario. Agrega que el hombre a influenciar era el alcalde; sin embargo, este no participó en la emisión de la resolución en el proceso administrativo de revocatoria, sino el subgerente, a quien delegó funciones.

La Fiscalía no ha postulado y en la sentencia no se ha establecido quién era ese funcionario que intervenía y sobre el cual se iba a influir, más aún cuando la prueba apunta al alcalde.

No obstante, el colegiado considera que el bien jurídico penal en este delito es la imparcialidad y objetividad de la función pública en la decisión del funcionario o servidor público que tiene conocimiento o va a conocer un caso administrativo o judicial, bienes institucionales que se protegen porque pertenecen a las entidades u organismos del Estado.

La intervención del interesado en el caso, se sustenta en la teoría de la intervención delictiva (injusto de la intervención). Tanto el autor como el partícipe acceden al tipo penal de la parte especial por el aporte al hecho principal común y la vinculación al injusto, ello conforme al “principio de accesoriadad”, toda vez que los dispositivos 23°, 24° y 25° del Código Penal se refieren a la intervención “en el hecho punible”. Principio que se compatibiliza con el de “autorresponsabilidad”, según el cual cada persona es responsable penalmente por su propia conducta, ya que no se puede imputar a un sujeto lo que hace responsable a otra persona. Interpretación que a criterio del Colegiado no infringe el principio de legalidad.

Además, señaló que, el cómplice no solo requiere la aceptación de la invocación de la influencia real y del ofrecimiento de interceder por parte del traficante, sino la compra de los mismos mediante la promesa de donativo. El aporte no solo se mide por la contribución fáctica del cómplice primario (contenido en reuniones, acuerdos, suministro de información, llamadas telefónicas, correos electrónicos, audios y videos, etc.) que constituye un referente o una pauta de valoración, sino también, en un sentido jurídico-normativo, como quebrantar las expectativas inherentes al rol o

comportamiento (imparcialidad y objetividad) del funcionario que tiene conocimiento del caso administrativo a través de un traficante ante determinado organismo del Estado.

Sin embargo, del análisis de la sentencia antes señalada, se puede apreciar que la valoración realizada en base al grado de participación de Roberto Luis Zevallos Zerpa como cómplice primario es errada, pues si bien fue quien reforzó la idea criminal del autor, pues cómplice es aquel que presta una colaboración, la misma que puede ser esencial (cómplice primario) o no indispensable (cómplice secundario) para la comisión del delito. Lo cual no se advierte en el delito de tráfico de influencias, pues el interesado no realiza los verbos rectores (invocar, tener, recibir, hacer dar y prometer) del ilícito penal, ni contribuye a su realización, deviniendo en imposible ello, pues dichas conductas solo le corresponden al traficante de las influencias más no al interesado. Por ende, en el caso en concreto Zevallos Zerpa no puede ser considerado cómplice primario del delito de tráfico de influencias.

d) Sentencia Absolutoria que considera al solicitante de influencias como agraviado.

Recurso de Nulidad N° 2873-2003-Lima.

Procesado: José Luis Pacheco León

Agraviado: El Estado

Interesado: Miguel Gutiérrez Albán

Delito: Tráfico de Influencias.

SENTENCIA

Mediante el Recurso de Nulidad N° 2873-2003-Lima, de fecha 11 de noviembre de 2004, se aprecia que al solicitante de influencias es considerado como agraviado del delito de tráfico de influencias, y para determinar la responsabilidad penal del sujeto activo, se valoró la sindicación del “agraviado”. Indicando lo siguiente:

“Que, del presente cuaderno, se tiene que, como fundamento activo de imputación en contra del procesado José Luis Pacheco León, que en su condición de funcionario del Instituto Nacional Penitenciario, solicitó sumas de dinero al trabajador de la misma institución Miguel Gutiérrez Albán a cambio de interceder ante las instancias correspondiente para solucionar un proceso administrativo en dicha entidad por abandono de destino siendo que previo acuerdo el 29 de noviembre de 2001, a hora 13:00 horas se reunieron en un restaurante donde el agraviado hizo entrega al procesado de la suma de S/ 60 soles, siendo intervenido en el acto por efectivos policiales, hechos por los cuales fue acusado por el delito de tráfico de influencias (...) Tercero.- Que, analizados los autores se tiene que en contra del procesado Luis Pacheco León, existe la sindicación coherente y uniforme de Miguel Gutiérrez Albán, tanto a nivel policial y de instrucción, en donde afirmó que el procesado le solicitó dinero con el fin de ayudarlo en el proceso administrativo que se tramitaba en el Instituto Nacional Penitenciario- INPE, lo que motivó que formulara la denuncia contra el citado encausado, interviniéndosele en flagrancia conforme se verifica del acta de incautación, acta de reconociendo, y denuncia verbal y acta de impregnación de billetes; que en tal sentido en la presente instrucción ocurrió los elementos objetivos y

subjetivos del delito de tráfico de influencias, puesto que existió la invocación de un ofrecimiento de interceder ante un funcionario y se hizo dar dinero por ese apoyo, por tanto el Superior colegiado efectuó una debida apreciación de los hechos.

De ello, podemos advertir que los hechos fueron denunciados directamente por el solicitante de influencias, lo cual es valorado conjuntamente con la realización de su declaración de los hechos por el órgano de justicia para no imputarle responsabilidad penal. Con relación al pronunciamiento jurisprudencia recogido de la sentencia de segunda instancia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 00172-2001-6-1826-JR-PE-01, de fecha 26 de abril de 2013, en donde se tomó en cuenta la denuncia presentada por la compradora de influencias para confirmar su absolución por los cargos de instigación en el delito de tráfico de influencias. En ese sentido, el Colegiado está de acuerdo que no acreditó la responsabilidad de la propuesta realizada por Miano La Roca de interceder ante los servidores públicos de la Dirección de Licencias y de la Sub Gerencia de Salud Pública y Alimentación de la Municipalidad mencionada para obtener una licencia de funcionamiento y un carnet de sanidad con pleno conocimiento que no cumplía con los requisitos legales, siendo notorio por el contenido de la imputación, que no se da la figura de la instigación, pues tendría que haberse probado que fue ella quien determinó al sentenciado Miano La Roca a cometer el acto de interceder (...).

(...) Además, concluye el juzgador que no existe prueba directa o indirecta que acredite que le entregó los S/ 800 soles para que éste influya en los servidores o funcionarios públicos de la citada Municipalidad, habiéndose valorado positivamente que en la cartilla de orientación para obtener licencias de funcionamiento no se consigna que constituye requiere para consultorio médico y/o laboratorio clínico que se encuentre previamente inscrito en el RENAES.

Por otro lado, el Colegiado tiene en cuenta que los hechos se conocen por la denuncia que formuló la sentenciada Aliaga Laura ante el procurador del Municipio Mario José Chávez Villanueva, y si bien el contenido del Acta fue cuestionado por que la valoración del juzgador fue negativa en relación al testimonio de Chávez Villanueva, lo cierto es que fue

la presunta instigadora quién denunció los hechos y presentó el carnet de sanidad que sirvió para que sea implicada en estos hechos. Razones por las cuales se confirmó la sentencia absolutoria a su favor.

En este caso, concordamos que no se responsabilice penalmente al solicitante de influencias, debido a que no existían suficientes medios probatorios y además fue quien denunció el hecho ante las autoridades del Ministerio Público, lo cual hace no punible su conducta, por ser neutral al no haber ninguna puesta en peligro del bien jurídico y no estar consignada como punible en el tipo penal. Por ende, dicha sentencia no vulneró ninguno de los principios antes indicados.

3.4. Análisis crítico de la participación del interesado en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal: Necesidad de la incorporación del artículo 400°- A en el Código Penal.

Para la configuración del delito de tráfico de influencias, se requiere que el traficante reciba una ventaja, promesa o donativo por parte del interesado (comprador de las influencias) y se comprometa a interceder ante un funcionario judicial o con cargo de un caso administrativo, sin que la consumación requiera que el ofrecimiento se realice, basta la sola conducta peligrosa para configurar el hecho punible.

El interesado o también denominado “solicitante” o “comprador de influencias”, es la persona que se encuentra entre el traficante y los destinatarios finales de la influencia, (funcionario o servidor público) hallándose por lo común urgido en la búsqueda de salidas favorables a sus conflictos o colocado en situación de interés para que su caso judicial o administrativo sea resuelto de acuerdo a sus perspectivas.

Por tanto, es necesario analizar la participación del solicitante o interesado en nuestro Ordenamiento jurídico, debido a la existencia de un vacío legal en el artículo 400° del Código Penal, en cuanto al título de imputación correspondiente al solicitante o comprador de las influencias. Siendo así, el Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116, de fecha 10 de junio de 2015, señala que el tercero interesado debe ser considerado instigador del delito de tráfico de influencias, en el supuesto que haya sido él, quien mediante el influjo psíquico determinó al traficante a cometer el hecho punible.

Postura, con la que nos encontramos de acuerdo, pues según la figura de la instigación, es hacer nacer la idea criminal en la psiquis del autor a cometer el ilícito penal. En el caso el comprador de las influencias es quien, mediante la dádiva, promesa ventaja o beneficio busca incentivar, instigar, convencer al traficante de las mismas a configurar el delito, por esta razón su conducta si puede sancionarse a título de instigador.

Asimismo, dicho Acuerdo Plenario señala en su fundamento N° 09, señala que el comprador de las influencias no puede ser sancionado penalmente a título de cómplice, debido a que

no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito o en la acción típica prevista por el tipo penal, pues si bien el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, además se requiere se requiere la participación del traficante y solicitante de las influencias; sin embargo, la intervención de este último, no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias.

En ese orden de ideas, concordamos que la conducta del interesado, no puede ser sancionada penalmente a título de cómplice, toda vez que la complicidad es el apoyo doloso a otra persona en el hecho punible cometido por esta. Los actos de complicidad, es decir los aportes contributivos, no deben configurarse dentro de la descripción típica se entiende que estos quedan fuera del tipo penal, para lo cual tenemos que remitirnos a los artículos de la parte general del Código Penal. Siendo el cómplice aquel que presta una colaboración, la misma que puede ser esencial (cómplice primario) o no indispensable (cómplice secundario) para la comisión del delito. Lo cual no se advierte en el delito de tráfico de influencias, pues el interesado no realiza los verbos rectores (invocar, tener, recibir, hacer dar y prometer) del ilícito penal, ni contribuye a su realización, deviniendo en imposible ello, pues dichas conductas solo le corresponden al traficante de las influencias.

Cabe mencionar que, existe la posibilidad que un tercero realice actos de complicidad, es decir alguien ajeno a la relación traficante y comprador de las influencias, puede ser aquella persona encargada de conseguir compradores de influencias anunciando que el traficante posee las influencias, o quien haya facilitado la compraventa de influencias, realizando una reunión para tratar los términos de la compraventa (contratando el hotel, reservando una mesa en un restaurante, comprando pasajes de viaje, etc.), con la finalidad de lograr que la reunión entre el traficante y el funcionario o servidor público se lleve a cabo.

Por ejemplo, en la Resolución N° 05, de fecha 2 de febrero de 2018, el noveno juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo, emite sentencia condenatoria contra Jorge Alfredo Vertiz Cellerini, en calidad de instigador; Carlos Alberto Mendoza Olliden, en calidad de autor;

Juan Martín Villanueva Velezmoro, en calidad de cómplice primario, pues fue quien tomó pleno conocimiento de la propuesta dineraria que iba a hacer Jorge Vertiz Cellerini (solicitante de influencias) al acusado Mendoza Oviden (traficante de influencias) y contribuyó a la decisión de este último, para que se reciba la suma dineraria, concurriendo a la gerencia de Urbanismo de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, para interceder ante la abogada de dicho organismo a favor de la persecución y otorgamiento de la licencia a favor de Vertiz Cellerini.

No obstante, dichos supuestos son diferentes, porque en la sentencia presentada, se considera cómplice primario a quien contribuye a la participación del traficante de influencias, lo cual no sucede en el caso del solicitante de influencias, pues es quien compra las influencias mediante dádiva, promesa, ventaja o beneficio, su conducta no cabe dentro de la figura de complicidad, pues, *para ello tendría que prestarle auxilio al vendedor de influencias en el hecho de la negociación de las mismas*; lo cual deviene en imposible, dado que no es quien contribuye dolosamente con la acción del traficante de influencias, sino quien quiere ser favorecido por el funcionario o servidor público en un caso judicial o administrativo.

Por otro lado, el Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116, menciona que, si el traficante de influencias ya tiene la idea criminal y solo le propone al tercero interesado interceder ante el funcionario o servidor público, a cambio de una contraprestación, y éste acepta, si puede ser considerado instigador, por reforzar la idea criminal del autor.

Con esta posición discrepamos, debido a que desnaturaliza la figura jurídica de la instigación, toda vez que el artículo 24° del Código Penal de 1991 establece “*El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor*”, no señalando textualmente el “reforzamiento” de la idea criminal, sino limitándose al hecho de hacer nacer en el autor la idea de cometer el ilícito penal. Por este motivo, se evidencia una total incongruencia entre este fundamento y lo señalado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario antes mencionado; siendo que a nuestra

consideración este criterio ha sido un intento por tratar de amparar de alguna forma el gran vacío legal que tiene el delito materia de análisis, en cuanto al tema de la participación.

Por otra parte, hay autores que señalan, que debe considerarse agraviado al interesado del delito de tráfico de influencias. En cuanto a esto, debemos mencionar que el agraviado siempre será el titular del bien jurídico protegido, el cual sería para este delito, el Estado, puesto que es quien detenta tanto la correcta Administración Pública, como la imparcialidad de la misma, no debiendo ser considerado como agraviado el tercero solicitante pues no detenta la titularidad del bien jurídico protegido; más aún si se tiene en cuenta que el Derecho Penal no protege conductas ilícitas.

En ese sentido, debemos señalar que la disyuntiva existente entre la jurisprudencia y la doctrina penal respecto al grado de participación del solicitante de influencias, se resolvería con la tipificación de la conducta del mismo, dentro de la parte especial del Código Penal, dotando esta conducta de relevancia jurídica penal, y de esta manera elevar a la categoría de autor la conducta desplegada por este sujeto.

Pues en mérito al principio de legalidad, solo la conducta del vendedor de influencias podría ser sancionada y no adicionalmente la del interesado, debido a que nadie puede ser castigado por un hecho que no esté expreso en la norma penal o no este tipificado como delito, por ende se acude a la parte general del Derecho Penal (artículos 24°, 25° y 26° CP), para calificar al partícipe como instigador o cómplice; sin embargo, a pesar de ello aún existen vacíos legales, en algunos supuestos del delito de tráfico de influencias, lo cual genera inseguridad jurídica en los justiciables.

Por ende, ante la discrepancia entre el Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116 y la doctrina sobre el grado de participación del solicitante de influencias, advertimos que no existe seguridad jurídica en la sociedad, siendo un claro ejemplo de ello, los criterios disimiles de los magistrados plasmados en las sentencias de tráfico de influencias, en donde el grado de participación es distinto para el interesado, ello porque no hay uniformidad en el tratamiento

de la participación del mismo, por lo que se deberá realizar el análisis respectivo, a fin de evitar los vacíos legales e interpretaciones erradas.

Ahora bien, el artículo 400° del Código Penal, sólo tipifica la conducta del traficante y no del comprador de influencias; tipo penal que está redactado de la siguiente forma:

“El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace, dar o prometer para sí o para un tercero, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, o este 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 funcionario o servidor público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36°; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa.

Por tal motivo, recomendamos la incorporación del artículo 400-A, en donde se sancione expresamente la conducta del tercero interesado, ello con la finalidad de no vulnerar el Principio de Legalidad, el cual señala que *“nadie puede ser sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión (...)”*, pues el delito de tráfico de influencias solo sanciona al traficante más no al solicitante de las influencias, es decir si se sanciona penalmente la conducta de éste último, se transgrediría el referido principio; no obstante, consideramos que su conducta es igual de reprochable que la del traficante de influencias.

Siendo así, el artículo 400-A debería quedar redactado de la siguiente manera:

“El que, bajo cualquier modalidad ofrece o entregue a otro, en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para sí o para un tercero, a fin de que éste en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, que ha de conocer, este 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 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, 2 y 8 del artículo 36° del Código Penal (...)”.

La finalidad de la referida descripción típica, es sancionar la conducta del interesado, el mismo que recibirá las mismas penas que el traficante, pues ambos sujetos (traficante y solicitante) accionan en posiciones distintas, pero su objetivo es el mismo, el cual es cometer el ilícito penal. Asimismo, el referido delito es de peligro abstracto, para lo cual sólo se requiere la mera conducta peligrosa de los sujetos para realizar el hecho punible; por último, se trata de un delito común, en donde los sujetos no tienen la cualidad especial y puede ser cometido por cualquier persona.

Por ello, a ambos sujetos (traficante y solicitante de influencias) les correspondería la misma pena, tal cual como señala el artículo 400° del CP *“(...) 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”.* En donde ambos responden como autores del hecho punible.

En el segundo párrafo del citado artículo, se pretende sancionar al funcionario o servidor público, con una pena mayor que entregue u ofrezca a otro, en forma directa o indirecta, donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para sí o para un tercero, lo cual se fundamenta en los deberes especiales del sujeto frente a la Administración Pública,

pues al ser un funcionario o servidor público su conducta constituye mayor reprochabilidad en la sociedad.

Por otro lado, nuestra base legal de la incorporación del artículo antes citado, es el delito de cohecho, puesto que como advertimos de los artículos 393° hasta el 398° del Código Penal, se sanciona la conducta tanto del funcionario o servidor público (cohecho pasivo) como del particular (cohecho activo), en tipos penales autónomos, ello con la finalidad de responsabilizar penalmente a ambos sujetos intervinientes.

Asimismo, nuestra posición toma como base la doctrina comparada, siendo el Código Español, el cual desarrolla el delito de tráfico de influencias de forma más amplia, en sus artículos 429⁸ y 430⁹, , dividiendo las conductas de los sujetos (magistrado, traficante y comprador) en tipos penales autónomos, en donde son considerados autores de los hechos ilícitos tipificados por el referido Código; y, el Código Penal Argentino en su artículo 258¹⁰, el mismo que también divide las conductas de los sujetos intervinientes en el hecho punible, para sancionarlos en calidad de autores, en tipo penales independientes.

Con ello, se concluiría la discrepancia existente entre la jurisprudencia y la doctrina, pues la finalidad es sancionar la conducta del interesado a título de autor en el delito de tráfico de influencias, con la finalidad de disipar las dudas respecto al grado de participación del solicitante de influencias, si corresponde sancionarlo a título de instigador o cómplice, por el contrario, ambos por tener funciones distintas en el hecho punible se encuentran para

⁸ **Artículo 429° del C.P. Español:** “El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior”.

⁹ **Artículo 430°:** “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.

¹⁰ **Artículo 258° del C.P. Argentino-** “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dadivada en procura de alguna de las conductas reprimidas por el artículo 256 primer párrafo. Si la dadiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en el artículo 256°, segundo párrafo y 257, la pena de reclusión o prisión de dos a seis años (...).

cometer el delito, siendo la participación de ambos necesaria para la tipificación del tipo penal.

Finalmente, se pretende uniformizar el tratamiento de la participación del solicitante de influencias, debido a la división de criterios tanto en la jurisprudencia y a nivel doctrinario con la finalidad de generar seguridad jurídica en la sociedad, para que las decisiones adoptadas por los magistrados en la resolución de casos judiciales no vulneren derechos fundamentales como el principio de legalidad, lesividad y terminen motivando aparentemente sus resoluciones, generando inseguridad jurídica.

4. METODOLOGÍA

4.1. Tipo y nivel de investigación

4.1.1. Según el objetivo

La presente investigación es básica o fundamental, la cual es conducida por la curiosidad o interés en una pregunta científica. Su objetivo es obtener conocimiento teórico a partir de análisis de conceptos doctrinarios, con la finalidad de incrementar el conocimiento doctrinario o jurídico sobre el tema en mención, sobre la figura jurídica analizada y contribuir a su mejor aplicación en la realidad social.

4.1.2. Según los datos empleados

La investigación cualitativa se refiere a fenómenos difíciles o imposibles de cuantificar matemáticamente, tales como creencias, significados, atributos y símbolos. Se busca recolectar un entendimiento profundo del comportamiento humano y las razones que rigen dichos comportamientos. (Los métodos cualitativos investigan el por qué y el cómo de la toma de decisiones, no solo qué, dónde y cuándo).

4.2. Diseño de investigación

En ese sentido, el diseño es descriptivo, analítico, causal - explicativo porque lo que se busca es establecer, describir, analizar, interpretar y explicar de manera correcta el tratamiento de la participación del solicitante en el delito de Tráfico de Influencias, para finalmente, llegar a conclusiones y recomendaciones y contribuir a que dicha figura, institución o regulación se aplique de forma efectiva en la vida social.

4.3. Operacionalización de variables.

4.3.1. Tráfico de Influencias.

El delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, por ello para su consumación solo se requiere la concurrencia de la conducta del vendedor y comprador de influencias (aquel que presta su aceptación de cometer el ilícito penal), pues la participación de este último es un aporte importante, dado que si no acepta comprar las influencias, es decir no da su voluntad a la invocación efectuada por el traficante, el delito no se consuma y quedará en grado de tentativa (Frisancho, 2017, p.700).

En este delito, existen varias deficiencias y vacíos en la ley, por esta razón el autor Abanto (2014) refiere:

En los casos en que el legislador tan solo ha descrito la conducta de uno de los sujetos intervinientes en la realización de la conducta no tipificada es indispensable para la realización del tipo, esta “participación necesaria” no siempre podrá estar penada como instigación o complicidad (p. 963).

4.3.2. Participación del solicitante.

El solicitante de influencias en este tipo de delitos, (aquel que entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor), no puede ser considerado cómplice de dicho ilícito, dado que este no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito, a pesar que la intervención del tercero interesado sea indispensable para el hecho delictivo, pues su intervención no es configurar los elementos típicos del delito de tráfico de influencias; recibir o solicitar una ventaja indebida (Sichha, 2016, p. 695).

El interesado o solicitante, solo será considerado cómplice si la conducta del mismo consiste concretamente en actos de colaboración eficaces y causales destinados a la

consecución del objetivo del traficante (interceder ante la Administración Pública), por ejemplo un caso típico sería que el sujeto preste su vehículo motorizado, para que el vendedor o traficante de las influencias vaya al domicilio del funcionario judicial o administrativo; al margen de si logra su objetivo o no (porque el funcionario puede rechazar la visita en su casa del traficante), del cual se puede apreciar la existencia de un acto de colaboración específica y consiente del sujeto interesado, a la conducta desplegada por el traficante de influencias (Abanto, 2014, p.962).

Por otro lado, se verifica que hay autores quienes manifiestan que el interesado o solicitante sea considerado instigador del delito de tráfico de influencias; asimismo consideran que el mismo puede ser considerado cómplice, pues su aporte esencial está dirigido a consumir el objetivo del ilícito penal. Por ejemplo, el autor Reátegui (2015) afirma:

Si el sujeto interesado es quien haya tenido la intención de nacer la idea delictiva en la cabeza del traficante será inductor; sin embargo, cabe la posibilidad que la conducta del interesado sea considerada como un cómplice del acto ejecutado por el traficante (p.773-774).

4.3.3. Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-116.

El Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ -116, no admite la complicidad del comprador o solicitante de influencias sino solo la instigación o la impunidad de su conducta, fundamentando que el interesado de influencias nunca podrá responder a título de cómplice según los alcances del artículo 25° del Código Penal, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización de tipo penal, pues para ello tendría que coadyuvar al “vendedor de influencias” en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia (León, 2017).

Dicho acuerdo plenario, señala en sus fundamentos que el solicitante de influencias en este tipo de delitos, (aquel que promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor), no puede ser considerado cómplice de dicho ilícito, dado que este no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito, a pesar que la intervención del tercero interesado sea indispensable para el hecho delictivo, su intervención no es configurar los elementos típicos del delito de tráfico de influencias, los cuales son recibir o solicitar una ventaja indebida (Paz, 2016).

4.4. Técnicas, instrumentos de recolección de datos.

Se utilizará la técnica del fichaje.

4.5. Procedimientos

La información recopilada se analizará profundamente. Se utilizarán las concepciones teóricas existentes para comprobar su verificación en la realidad. Se partirá de analizar concepciones generales relacionadas con el delito de Tráfico de Influencias, la participación del solicitante de influencias y el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, con la finalidad de generar un aporte a la doctrina y jurisprudencia nacional.

La aplicación de estos métodos se articula de manera coherente, lo cual nos permite obtener conceptos generales, describirlos, desarrollarlos, compararlos y sustentar las razones que fundamenten nuestra hipótesis. Esta tarea permitirá formular la uniformidad del tratamiento de la participación del solicitante de influencias, que contribuyan a la solución de la problemática planteada.

Posteriormente, a través de la síntesis se plantearán las conclusiones correspondientes.

4.6. Plan de procesamiento y análisis de datos

Primero se hará una búsqueda bibliográfica, para luego revisar la documentación obtenida. El fichaje se desarrollará consignando datos ciertos de las diversas referencias bibliográficas relacionadas con las variables objeto de estudio.

Posteriormente, la información recopilada se verá, organizará, analizará y archivará utilizando los programas y paquetes de procesamiento de datos existentes

4.7. Matriz de Consistencia.

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN : PROBLEMAS ACTUALES EN EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO.			
TEMA : EL TRATAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL SOLICITANTE EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO ACTUAL.			
PROBLEMA : ¿CUÁL SERÁ EL TRATAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL SOLICITANTE DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS, A PROPÓSITO DEL ACUERDO PLENARIO 03-2015/CIJ-116?			
TESISTA: LESLIE INES BECERRA CORDOVA		ASESORA: GLADYS YOLANDA PATRICIA RAMOS SOTO CACÉRES.	
VARIABLES (CATEGORÍAS CONCEPTUALES)		OBJETIVOS:	
1. TRÁFICO DE INFLUENCIAS. 2. ACUERDO PLENARIO 03-2015/CIJ-116. 3. EL SOLICITANTE DE INFLUENCIAS.		GENERAL:	
		UNIFORMIZAR EL TRATAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL SOLICITANTE DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS, A PROPÓSITO DEL ACUERDO PLENARIO 03-2015/CIJ-116, A FIN DE GENERAR SEGURIDAD JURÍDICA	
		ESPECÍFICOS:	
	Analizar el delito de tráfico de influencias, su regulación y sus alcances en nuestro ordenamiento jurídico.	Definir las clases de autoría y participación en el ordenamiento jurídico.	Demostrar la necesidad de incorporar el tipo penal de tráfico de influencias activo, a fin de sancionar la participación del solicitante de influencias y uniformizar los criterios.
APORTE		Generar la necesidad de incorporar en el Código Penal el tipo penal, donde se sancione la participación del solicitante de influencias, a propósito de las deficiencias encontradas en el Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-116.	

CONCLUSIONES

1. El delito de tráfico de influencias, es un delito común, por cuanto los sujetos (traficante y solicitante) no poseen la cualidad especial de funcionario o servidor público, en donde el bien jurídico genérico es el buen funcionamiento de la Administración pública y el específico es la imparcialidad de la misma. Además, concluimos que las influencias simuladas no transgreden el principio de lesividad, debido a que la regulación de la conducta conocida como “venta de humo” es oportuno en nuestro ordenamiento jurídico, dado que se protege el buen nombre de la Administración Pública.
2. Del análisis de la doctrina y jurisprudencia, hemos logrado determinar que, autor es aquel que realiza el hecho, es decir la persona que conduce todos los acontecimientos para cometer su objetivo ilícito, cuya conducta tiene que ser típica, antijurídica (teoría del dominio del hecho), el cual tiene sus clases: a) autoría directa, b) autoría mediata, c) coautoría; y, dentro de las clases de participación se encuentra la complicidad y la instigación, en donde el primero es aquel que presta una colaboración, la misma que puede ser esencial (cómplice primario) o no indispensable (cómplice secundario) para la comisión del delito y el segundo es el que genera la idea del acto criminal en el instigado, es decir hace nacer la idea delictiva en la mente del autor, quien domina el hecho y tiene el curso causal del evento delictivo.
3. Al incorporar el tipo penal de Tráfico de Influencias Activo en el Código Penal, se sancionaría la conducta del solicitante de influencias, lo cual concluiría con las deficiencias presentadas en el Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116, el cual señala que se debe castigar al solicitante de influencias en calidad de instigador, cuando refuerza la idea criminal del traficante de influencias, desnaturalizando la figura de instigación. Además, su

participación no podría ser sancionada a título de cómplice, dado que no contribuye a la comisión del delito ni de instigador pues no refuerza la idea criminal, sino hace nacer la misma mediante el influjo psíquico en el instigado. Siendo por ello la presente tesis busca sancionar la conducta del interesado en el delito de tráfico de influencias; por ende, se propone la incorporación del artículo 400- A en el Código Penal.

RECOMENDACIONES

Después de haber llevado a cabo la presente investigación, proponemos como recomendación, se incorpore el tipo penal de Tráfico de Influencias Activo, en el artículo 400°-A en el Código Penal, el cual sancione la conducta del solicitante de influencias, por cuanto el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, en donde basta la conducta del comprador y traficante de influencias para configurar el tipo penal; por ende, dicha descripción debe ser de la siguiente manera:

“El que, bajo cualquier modalidad ofrece u entregue a otro, en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para sí o para un tercero, a fin de que éste en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, que ha de conocer, este 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 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, 2 y 8 del artículo 36° del Código Penal (...)”.

Nuestra base legal, es el delito de es el delito de cohecho, pues de los artículos 393° hasta el 398° del Código Penal, se observa que el Código Penal Peruano tipifica las conductas del funcionario o servidor público y del particular, en tipos penales independientes, con la finalidad de reprimir las conductas de ambos sujetos.

Asimismo, fundamentamos lo propuesto en la doctrina comparada, siendo el Código Español, el cual desarrolla el delito de tráfico de influencias de forma más amplia, en sus artículos 429 y 430, dividiendo las conductas de los sujetos (magistrado, traficante y comprador) en tipos penales autónomos, siendo considerados autores de los hechos ilícitos tipificados por el referido Código; y, el Código Penal Argentino en su artículo 258 , el mismo que también divide las conductas de los sujetos intervinientes en el hecho punible, para sancionarlos en calidad de autores, en tipo penales independientes.

Por otro lado, en el segundo párrafo, se busca sancionar al comprador de influencias, quien, en calidad de funcionario o servidor público, ofrezca o entregue donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido, para sí o para otro, con una pena mayor, lo cual se fundamenta en las cualidades especiales que posee frente a la Administración Pública.

Por tal motivo, recomendamos la incorporación del artículo 400-A, en donde se sancione la conducta del solicitante de influencias en un tipo penal independiente, en calidad de autor del delito de tráfico de influencias. Ello, con la finalidad de generar seguridad jurídica en los justiciables y evitar vacíos legales en nuestro Código Penal e interpretaciones erradas en los operadores de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abanto, M. (2004). “*Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción del Deber*”. Revista Penal N° 14, pp.3-23. Recuperado en: [<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>].
2. Abanto, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley. Aguilar, M.A (2016). “*Delitos de Peligro e Imputación Objetiva*”. pp.1-14. Recuperado en: [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/2_delitos-de-peligro.pdf].
3. Abanto, M. (2019). *El delito de tráfico de influencias*”. Lima- Perú. Instituto Pacífico.
4. Álvarez. J.B y Huarcaya. B.S. (2018). “*Delitos contra la Administración Pública. Análisis Dogmático, tratamiento jurisprudencial Acuerdos Plenarios*”. Lima- Perú. Gaceta Jurídica.
5. Álvaro, E. (2008). “*Autoría Mediata en Derecho Penal- formas de instrumentalización*”. Recuperado en: [nifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_24.pdf].
6. Arismendi, E. (2018). “*Manual de Delitos Contra la Administración Pública*”. Lima- Perú. Instituto Pacífico.
7. Arismendi. E. (2019). “*La intervención delictiva del interesado a título de cómplice primario a propósito del Acuerdo Plenario N° 03-2015/CIJ-116*”. Actualidad Penal. Recuperado en: [<https://actualidadpenal.pe/revista/decd991d-64ed-4d21-b17c-4d2de806018a?goTo=actualidad-legal-y-jurisprudencial&menu-item=cb0c282b-08c4-4851-8a64-53006122209f&q=trafico%20de%20influencias>].
8. Bacigalupo, E. (2002). “*Derecho Penal- Parte General*”. Lima. Editorial Hammurabi.
9. Bacigalupo, E. (2004). “*Derecho Penal- Parte General*”. Lima. Ara Editores.
10. Bacigalupo, E. (2009). “*Teoría y práctica del Derecho Penal*”. Madrid- España. Recuperado en: [<https://www.marcialpons.es/media/pdf/100843982.pdf>].

11. Barja, J. (2004). *“Derecho Penal- Parte General”*. Lima. Gaceta Jurídica.
12. Benavente, A. (2016); *“La Tipificación del Delito de Tráfico de Influencias en la Legislación Penal Peruana”*, Tesis para optar el grado de Abogado. Recuperado: [http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/2658/1/benavente_ga.pdf].
13. Bolaños, A. (2016). *“La Teoría de la Unidad del Título de Imputación y la persecución y Represión Penal de los Delitos Especiales cometidos por Corrupción de Funcionarios”*. Tesis de grado. Recuperado en: [http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/2255/1/RE_DER_CLEVER.AGUILERA_TEORIA.DELA.UNIDAD.DEL.TITULO.DE.IMPUTACION_DATOS.pdf].
14. Cancho, R. (2014). *“La Imputación del Delito y de la Pena en los delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos”*. Lima-Perú. Ediciones Jurídicas del Centro.
15. Cavero, P. (2008). *“Lecciones de Derecho Penal”*. Lima. Jurídica Grijley.
16. Cavero, P. (2002). *“La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro”*. *“Revista de derecho penal y criminología”*. Recuperado en: [<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5030&dsID=Documento.pdf>].
17. Cavero, P. (2012). *“Derecho Penal-Parte General”*. Jurista Editores. Lima-Perú.
18. Clemente, J y Ríos, C. (2011) *“Cohecho y Tráfico de Influencias”*. Córdoba- Argentina. Lerner Editora.
19. Corcino, F. (2017). *“Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder: Fundamentos Dogmáticos y Consecuencias Prácticas”*. Tesis Doctoral. Recuperado en: [<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/74634/Tesis%202017%20Corcino%20%28completa%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].
20. Cugat, M. (2014). *“Delito de Tráfico de Influencias: Un tipo prescindible”*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. pp. 1-23. Recuperado en [<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-07.pdf>].
21. Cugat, M. (2016). *“Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 11-11-2015 (caso Aurelio Pastor) desde la perspectiva del Derecho Penal español”*. Actualidad Penal. Tomo N° 19.
22. Chang, R. (2017). *“Delitos contra la Administración Pública- Tráfico de influencias”*. Recuperado en: [<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/09/Tr%C3%A1fico-de-Influencias-Dra.-Romy-Chang.pdf>].

23. Donna, E. (2009). *“Derecho penal, parte general”*. Santa Fé.
24. Espinoza, A. (2008). *“Razones dogmáticas que justifican y solucionan la controversia sobre la punibilidad del “cómplice” interesado en el delito de tráfico de influencias”*. Revista Vox Juris- Lima- Perú. Recuperado en: [<file:///C:/Users/LESLY/Downloads/1310-4689-1-PB.pdf>].
25. Fernández, C. (2019). *“Notas Relevantes del delito de tráfico de influencias”*. Ius Et Veritas. Recuperado en: [<http://ius360.com/columnas/notas-relevantes-del-delito-de-traffic-de-influencias/>].
26. Freyre, A. R. (2010). *“Derecho Penal- Parte Especial”*. Lima- Perú. Idemsa.
27. Freyre, A.R. (16 de agosto de 2016). *“La impunidad del comprador de humo (el tercero interesado) a la luz del Acuerdo Plenario N°03. 2015/CIJ-116”*. Actualidad Penal. Tomo 86. Pp. 121-140.
28. Finocchiaro, E. (2010). *“Los tipos penales de peligro, el peligro abstracto y los delitos contra la seguridad pública en el Código Penal Argentino”*, pp. 1-12. Recuperado de [<http://www.aapdp.com.ar/wp-content/uploads/2016/03/2010-ponencia-peligro-abstracto-enzo-finocchiaro.pdf>].
29. Frisancho, M. (2017). *“Delitos contra la administración Pública”*. Lima, Perú: Editorial Ediciones Legales E.I.R.L.
30. García. C. y Díaz. M. (2008). *“Autoría y Participación”*. Revista de Estudios de la Justicia. Recuperado en: [https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_1_material_sobre_doctrina.pdf].
31. García. G. (2018). *“Los ofrecimientos y prebendas como delito. Análisis a propósito de los Kenjivideos. Actualidad Penal. Edición N° 47.Pp. 33-52. Recuperado en: [<https://actualidadpenal.pe/revista/47034882-cf7e-428d-8923-5cfdbacfe3c0?goTo=2-responsabilidad.be733eb398ab3846&q=responsabilidad%20penal%20por%20el%20delito%20de%20trafico%20de%20influencias>]*.
32. Guerrero. M. (2016). *“La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas”*. Actualidad penal. N° 26. Pp. 138-148.
33. Guimaray. E. (2018). *“Análisis, Descripción Criminológica y una propuesta de tipificación a partir del denominado caso Mamanivideos”*. Actualidad Penal. N° 47. Pp.

- 63-73. Recuperado en: [<https://actualidadpenal.pe/revista/47034882-cf7e-428d-8923-e331b4b77566&menu=especial-del-mes&menu-item.3846&q=MAMANIVIDEOS>].
34. Hurtado, J. (2004). *“La reforma del proceso penal peruano. Anuario de derecho penal”*, Lima- Perú. Recuperado en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_01.pdf].
35. Hurtado, J. (2005). *“Manual de Derecho Penal- Parte General I”*. Lima. Jurídica Grijley.
36. Hurtado, J. (2008). *“Manual de Derecho Penal- Parte General I”*. Lima. PUCP.
37. Hurtado, J. (2011). *“Manual de Derecho Penal- Parte General I”*. Lima. Idemsa.
38. Hurtado, J. (2014). *“Ministerio Público y Derecho Penal”*. Lima- Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú- PUCP.
39. Hurtado, J. (2016) J. *“Interpretación y Aplicación del Artº 400 CP del Perú: Delito llamado Tráfico de Influencias”*. Lima- Perú: Editores Pacífico.
40. Jiménez, J. (26 de setiembre del 2013). *“El delito de Tráfico de Influencias- Participación y tipo de influencia”*. Recuperado en: [<http://eltrova.blogspot.com/2013/09/el-delito-de-traffic-de-influencias.html>].
41. Jiménez. C. (2015). *“Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder”*. (Tesis doctoral). Recuperado en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:DerechoCjimenez/JIMENEZ_MARTINEZ_Custodia_Tesis.pdf.
42. Jiménez, S. (10 de agosto de 2016). *“El interesado en el delito de tráfico de influencias: a propósito del Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116”*. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 86. pp. 87-106.
43. Jiménez. S. (28 de agosto de 2016). *“Al otro lado del camino: El interesado en el delito de tráfico de influencias”*. Gaceta Penal y Procesal Penal- Gaceta Jurídica. Tomo N° 17. Pp. 199-223.
44. Lara. H. (2016). *“Autoría mediata por dominio de la voluntad y aparatos de poder”*. Recuperado en: [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/5_autoria-mediata.pdf].
45. León, J. (2017). *“Problemas sustanciales en el delito de tráfico de influencias, el bien jurídico protegido y la punibilidad del tercero interesado”*. Gaceta Penal y Procesal Penal- Gaceta Jurídica. Tomo 99. pp. 153-168.
46. Lombana. J. (2013). *“La Tipificación del Tráfico de Influencias y del Cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción Pública”*. (Tesis Doctoral). Recuperado en:

https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/3274/tesis_498b6e.PDF?sequence=1
<https://eprints.ucm.es/41034/1/T38328.pdf>.

47. Montoya, Y. y Guimaraes E. (2015). “*Manual de delitos contra la Administración Pública*”. Lima, Perú: Editorial Open Society, IDEHPUCP.
48. Muñoz, J. (2014) “*Delitos de Tráfico de Influencias*”. Eunomía, pp. 1-8. Recuperado en: [file:///C:/Users/LESLI%20VECERRA/Downloads/2247-1912-1-PB%20(1).pdf].
49. Muñoz, J. (2016). “*La venta de influencias reales o simuladas en el Código Penal peruano y su relación con el ejercicio legítimo de la profesión de abogado. La derogación de facto del delito efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la República*”. Actualidad Penal. Tomo N° 19, pp. 66-86.
50. Nakasaky, C. (2016). “*Problema de falta de definición adecuada de la acción típica Tráfico de Influencias*”. Delitos contra la Administración Pública (pp.10-14). Lima, Perú: Editorial el Búho E.I.R.L.
51. Paz, M. (08 de agosto de 2016). “*Análisis de la participación del interesado en el delito de Tráfico de Influencias y Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116*”. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 86. pp. 107-120.
52. Polo, M. (2018). “*La posición del interesado en el delito de tráfico de influencias*”. Tesis para optar el grado de Magister. Recuperado en [http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/3948/3/gonzales_dmp.pdf].
53. Pimentel, D. (16 de setiembre de 2016) “*El adelantamiento de la barrera de punibilidad en el delito de tráfico de influencias: a propósito del Acuerdo Plenario N° 03-2015/CIJ-116*”. Actualidad Penal. Tomo 87. Pg. 63-74.
54. Puig, P. (2004). “*Derecho Penal- Parte General*”. Barcelona. Editorial Repertor
55. Puchuri, F. (2018) “*Delito de tráfico de influencias: una de las modalidades de corrupción más comunes en el ámbito público y privado*. Recuperado en: [<http://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis/delito-de-trafico-de-influencias-una-de-la-corrupcion-mas-comunes-en-el-ambito-publico-y-privado/>].
56. Quispe, I. (16 de setiembre de 2016). *Los otros finales de la historia: el interesado como instigador en el delito de tráfico de influencias*. Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima, págs.39-62.
57. Reátegui, J. (2014). “*Delitos cometidos por funcionarios contra de la Administración Pública*”, Lima, Jurista Editores.

58. Reátegui, J. (2015). “*Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*”. Lima, Perú: Jurista Editores.
59. Reátegui, J. (2018). “*Código Penal Comentado*”. Lima-Perú. Legales Ediciones.
60. Rojas, F. (2015). “*Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*”. Lima, Perú: Editorial Nomos y Thesis.
61. Rojas, F. (2016). “*Código Penal: Parte especial y Leyes Penales Especiales*”. Lima-Perú. RZ Editores.
62. Rodríguez, J. A. (2006). *El final de la historia: “El interesado en el tráfico de influencias es impune”*. En Revista Ius Et Veritas. Edición N°33.
63. Rodríguez, A. (2013). “*El delito de Tráfico de Influencias*”. Recuperado el 03 de agosto de 2019 en:
<http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/2421/Trabajo.pdf?sequence=1>]
64. Rodríguez, J. (2019) “*La impunidad del interesado en el delito de tráfico de influencias*”. Revista Actualidad Penal. Edición N° 02.Pp. 178-201. Recuperado en:
[\[https://actualidadpenal.pe/revistas/busquedaavanzada?buscar=parte%20general&page=1&filtrando=true\]](https://actualidadpenal.pe/revistas/busquedaavanzada?buscar=parte%20general&page=1&filtrando=true).
65. Rosales, D. (2012). “*La Coautoría en el Derecho Penal. ¿Es el cómplice primario un coautor?*”. Tesis de maestría. Recuperado en:
[\[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4531/ROSALES_ARTICA_DAVID_COMPLICE_PRIMARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y\]](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4531/ROSALES_ARTICA_DAVID_COMPLICE_PRIMARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
66. Roxin, C. (2000). “*Derecho Penal- Parte General*”. Tomo I. Civitas. Recuperado en:
https://www.academia.edu/5955280/Derecho_Penal_Parte_General_-_TOMO_I_-_Claus_Roxin.
67. Roxin, C. (2004). “*Problemas actuales de dogmática penal*”. Lima. Ara Editores.
68. San Martín Castro, Coria y Reaño, (2002). “Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos sustantivos y procesales. Lima- Perú: Editorial Jurista.
69. Sánchez, J. R. (2005). “*Los delitos de Corrupción de Funcionarios y Criminalidad Organizada*”. pp. 1-32. Recuperado en:
[\[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20080612_49.pdf\]](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20080612_49.pdf).
70. Siccha, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú. Grijley
71. Siccha, R. (2016). “*Delitos contra la administración pública*”. Lima, Perú: Editorial Iustitia S.A.C.

72. Siccha, R. (2019). “*Delitos contra la administración pública*”. Lima- Perú. Jurídica Grijley.
73. Siccha, S. (2016) “*El delito de tráfico de influencias y el Acuerdo Plenario N.º 3-2015/CIJ-116*”. Revista Actualidad Penal. Tomo 79. Recuperado en: [<https://actualidadpenal.pe/revista/69badff6-2694-4986-b595-e5850561ab17?goTo=1-introduccion-cfa66340-20modalidad%20de%20influencias%20simuladas>].
74. Siccha, S. (11 de enero de 2016). “*El delito de tráfico de influencias y la casación del caso Aurelio Pastor*”. Gaceta Penal y Procesal Penal- Gaceta Jurídica. N° 79. Pp. 51-76.
75. Soto, K. (2009). “*La autoría y la participación en los delitos contra la Administración Pública*”. Actualidad Jurídica. N° 185. pp. 111-117.
76. Stein, J. (2014). “*Derecho Penal- Parte General*”. Lima. Ara Editores.
77. Tiffer, C. (30 de diciembre del 2017). “*Tráfico de Influencias: el delito del año*”. La nación. Recuperado en: [<https://www.nacion.com/opinion/columnistas/trafico-de-influencias-el-delitodelano/GMLQNTTJXFFQ3MU5XGCR32PMAE/story/>].
78. Torres, D. (2012). “*Apuntes sobre el bien jurídico protegido en el delito de Tráfico de Influencias*”. IDEHPUCP. pp. 1-12. Recuperado en: [<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wpcontent/uploads/2012/07/Comentariosjurisprudencial2.pdf>].
79. Torres, J. (2018). “*Cohecho Activo Genérico y Tráfico de Influencias: Deslinde Dogmático, Análisis Jurisprudencial, Constitucional y de Gestión Pública a propósito de los Kenjivideos*”. Actualidad Penal. N° 47. Pp. 53-62. Recuperado en: [<https://actualidadpenal.pe/revista/47034882-cf7ecfdbacfe3c0?goTo=cohecho-activo-generico-y-trafico-de-influencias-deslinde-dogmatico-analisis-jurisprudencial-constitucional-y-de-gestion-publica-a-proposito-de-los-kenjivideos-55278b1d>].
80. Torres, L. (2013). “*Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata: Contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en el ámbito judicial peruano*” (Tesis de pregrado). Recuperado en: [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4691/TORRES_JIMENEZ_LUCAS_AUTORIA_PARTICIPACION.pdf?sequence=1].
81. Urtencho, A. (16 de agosto de 2016). “*La ilegitimidad de la intervención penal en el delito de tráfico de influencias simuladas. Un enfoque a partir del bien jurídico, y a la vez una crítica al Acuerdo Plenario 03-2015/CIJ-116*”. Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 87. pp. 11-38.

82. Valdez, F. (9 de octubre del 2015). “*El delito de Tráfico de influencias: La lesividad de la influencia simulada y el titulo de imputación del interesado en las influencias*”. Enfoque Derecho. Recuperado en: [<https://www.enfoquederecho.com/2015/10/09/el-delito-de-trafico-de-influencias-la-lesividad-de-la-influencia-simulada-y-el-titulo-de-imputacion-del-interesado-en-las-influencias/>].
83. Valverde, W. (2015); “*Estudios sobre la evolución doctrinaria y legislativa del delito de tráfico de influencias*”, Tesis para optar el grado de Doctor. Recuperado en: [<https://eprints.ucm.es/41034/>].
84. Ventura. C. (2004). “*La autoría y la participación*”. Recuperado en: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/12.pdf>].
85. Vicente. F. (26 de agosto de 2011). “*La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes N° S° 29703 y 29758. La vendita di fumo en el Pacto Sceleris*”. Gaceta Penal y Procesal Penal- Gaceta Jurídica. N° 8. Pp. 13-20.
[<https://actualidadpenal.pe/revista/decd991d-64ed-4d21-b17c-4d2de806018a?goTo=i-caso- menu=actualidad-legal-y-jurisprudencial&menu-item=cb0c282b-08c4-4851-8a64-53006122209f&q=trafico%20de%20influencias>].
86. Villavicencio, F. (2006). “*Derecho Penal- Parte General*”. Lima. Jurídica Grijley.
87. Villavicencio, F. (2009). “*Derecho Penal- Parte General*”. Lima. Jurista Editores.
88. Villavicencio. F (2013). “*Derecho Penal- Parte General*”. Lima- Perú. Grijley.
89. Villavicencio. F (2016). “*Derecho Penal- Parte general*”. Lima- Perú. Grijley.
90. Zaffaroni, A. (2005). “*Manual de Derecho Penal- Parte General*”. Buenos Aires. Ediar.

ANEXOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
IX PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 3-2015/CIJ-116

Lima, dos de octubre de dos mil quince. -

FUNDAMENTO: Artículo 116° TUO LOPJ.

ASUNTO: La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas.

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 246-2015-P-PJ, de fecha 10 de junio de 2015, y el concurso del centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor PARIONA PASTRANA, acordaron realizar el IX Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, que incluyó el Foro de Participación Ciudadana, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial en adelante, LOPJ, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. El IX Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales

y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los jueces supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados-, en la sesión de fecha de 12 de agosto último, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han conocido en sus respectivas Salas durante el último año. Fue así cómo se establecieron los temas de agenda, así como sus respectivos problemas específicos.

3. La segunda etapa, consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos.

4. La tercera etapa del IX Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de deliberación, votación y formulación de los Acuerdos Plenarios con la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los seis temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, con igual derecho de voz y voto. Es así como, finalmente, se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme con lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial —en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República— a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales de orden jurisdiccional que integran.

5. Atendiendo a la complejidad y a las características peculiares del tema referido a la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas, se decidió, pues, redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar las bases jurídicas correspondientes para así establecer una posición jurisprudencial sólida que responda las inquietudes arriba señaladas. De igual forma, se decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la República. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como ponentes los señores VILLA STEIN y PARIONA PASTRANA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias

6. Nuestro ordenamiento jurídico-penal vigente prevé el delito de tráfico de influencias. En efecto, el artículo 400° CP respecto de tal ilícito establece lo siguiente: Artículo 400° CP:¹¹¹

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para si 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.

Este precepto ha originado diversas interpretaciones materializadas en opiniones académicas que califican la participación del tercero interesado en dicho delito ya como un supuesto de complicidad primaria, ya como un supuesto de instigación; no obstante, adolecen de una explicación clara respecto de sus fundamentos, y, por ello, aquí se pretende determinar cuál es el título de imputación que corresponde a aquél.

7. El análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, el autor. La doctrina ampliamente mayoritaria conviene en la necesidad de exigir ciertos elementos del delito cometido por el autor para admitir la punibilidad de la participación, tales como que el hecho principal sea típico y antijurídico (accesoriedad limitada) [VILLA STEIN, Javier: *Derecho penal. Parte general*, ARA Editores, Lima, 2014, pp. 390 ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 499].

En ese sentido, ha de quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido, ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone su involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos [JAKOBS,

Günther: “Intervención delictiva” en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 5, Grijley, Lima, 2004, p. 228 s.; ROBLES PLANAS, RICARDO: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons Editores, Madrid/Barcelona, 2003, pp. 215 ss.].

Esta consideración básica resulta de suma importancia para el problema abordado en la medida en que permite delimitar prima facie el ámbito de la intervención delictiva y, en consecuencia, sienta las bases para definir el título de imputación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias.

8. El primer párrafo del artículo 25° CP prevé la regla general de la complicidad primaria, en los siguientes términos:

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

De igual forma, el artículo 24° del mismo cuerpo de normas regula el instituto de la instigación con el siguiente tenor:

El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

A partir de una interpretación literal de ambos preceptos, hay quienes consideran que no existe inconveniente alguno para que el solicitante de las influencias, esto es, el comprador de las mismas, responda penalmente tanto a título de cómplice (primario), como a título de instigador [SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2009, pp. 573 ss.].

Sin embargo, aunque una interpretación ceñida al texto de la ley es lo más acorde con el principio de legalidad, el entendimiento trazado en el párrafo anterior sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias es demasiado estrecho, ya que no valora la real dimensión de los institutos dogmáticos de la complicidad y la instigación.

El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad [por ejemplo, “A” tiene un proceso civil en el Despacho del juez “B”; “C” le dice a “A” que tiene gran amistad con “B”, y, por tanto, puede influir en este pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene “D” que reafirma la amistad entre “B” y “C” y la influencia de este sobre aquel.

En el ejemplo citado, se advierte, pues, que “C” es autor y “D” cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por “C”]; sin embargo, el “comprador o solicitante de influencias” [en este caso, “A”] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25° CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al “vendedor de influencias” en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

9. En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero de 2014 (RN N° 1692-2013)]. En sentido estricto, el “comprador o solicitante de influencias” no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito —o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal—, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración “necesaria”, o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2001, p. 472], Aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias.

10. Es por esta razón que la instigación, entendida como una forma de intervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito (término empleado por el artículo 24° CP), se erige en la condición sin la cual el evento delictivo no habría tenido lugar. En otros términos, el instigador es quien, mediante su influjo psíquico, determina a otro a cometer un delito, de manera que de no existir tal influencia el ilícito no se cometería.

En esa línea de argumentación debe precisarse que a la conducta del instigador debe ser posible imputarle objetivamente la determinación dolosa del instigado a cometer el delito. Por lo tanto, no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador debe ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador hacia al instigado, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo [JAKOBS, Günther: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2a ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, § 22, núm. marg. 22].

En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesoria que, por ende, únicamente es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, la actuación del tercero interesado se erige claramente en una instigación. La conducta típica del autor (es decir, el vendedor de las influencias) responde única y sustancialmente al influjo psicológico del tercero interesado, quien lo determina dolosamente a llevar a cabo el hecho principal consistente en ofertar las influencias con el fin de favorecer a este último.

Por lo tanto, siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso, permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito.

De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriedad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias.

En consecuencia, el “comprador solicitante de influencias”, o “el interesado” en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En este caso, como el “comprador solicitante de influencias” habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al “comprador o solicitante de influencias”, pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor.

11. En síntesis, el “comprador solicitante de influencias”, es decir, “el interesado” en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el “vendedor de influencias” mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

2. Legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas

12. La legitimidad de la intervención penal en el caso del tráfico de influencias simuladas atraviesa una encendida discusión doctrinaria. Así, hay quienes consideran que tal supuesto no significa una extralimitación del legislador penal en su rol de titular del establecimiento del concreto modelo de política criminal [SALINAS SICCI-IA, Ramiro: *Delitos contra la administración pública*, Lima 2009, pp. 556 ss.]; otros, por su parte, estiman que la criminalización de los supuestos de influencias simuladas constituye un exceso del legislador penal de su libertad de configuración normativa [RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: “El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune!”, en *Ius et Veritas* (33), 2006, p. 262]. Siendo este el contexto, compete a la máxima autoridad jurisdiccional establecer pautas que permitan determinar si quien invoca influencias irreales supera el nivel de riesgo jurídico-penalmente permitido y, con ello, trasgrede bien jurídico alguno.

13. Un delito para ser tal debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal, cuya literalidad señala:

La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

En estricto, el sentido de relevancia penal de la conducta se concreta en el tipo penal como una conducta que en el caso concreto comunica el significado de haber superado el riesgo permitido, o de haber rebasado los límites de la libertad general de acción [CARO JOHN, José Antonio: *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*, ARA Editores, Lima 2010, pp. 29 ss.]. Obviamente, esta materialización de la superación del riesgo permitido se da mediante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal.

14. Dados estos presupuestos, se tiene que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la administración pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública [MIR PUIG, Carlos: *Delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, en ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la administración pública*, 4a ed., Lima 2007, p. 783], que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella.

Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que

tiene influencia en la administración pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva sólo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces.

15. En un Estado donde no se criminaliza la conducta de alguien que afirma que sus poderes son corruptos, es un Estado inviable. De hecho, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que

En modo alguno [...] necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional. [Exp.00017-2011-PI/TC, de 03 de mayo de 2012, F.J. 36]

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala en su artículo 18° que:

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.

Con esto se evidencia que, con la criminalización del tráfico de influencias, no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad en un Estado de Derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú. Asimismo, en la medida que el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con la persecución penal del tráfico de influencias simulado, se entiende que su punición es deseable en tanto optimiza la lucha contra la corrupción.

16. No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400° del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el indicio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva ex ante en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido,

como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública.

Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad [DOVAL PAÍS, Antonio: “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (36), 1994, p. 46; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel: *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, pp. 67 ss. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3a ed., Valencia 2011, p. 197].

17. En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública. Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad.

III. DECISIÓN

18. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación unánime respecto del primer problema (la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias), y también con una votación unánime en lo concerniente al segundo problema (la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

19. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 11° y del 13° al 17°.

20. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del Estatuto orgánico.

21. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano.

Hágase saber.

S.s

SAN MARTIN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA