



FACULTAD DE DERECHO

**LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS
EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA**

**PRESENTADA POR
ANTHONY BENAVENTE GRÁNDEZ**

**ASESOR
FERNANDO NÚÑEZ PEREZ**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA – PERÚ

2016



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada
CC BY-NC-ND**

El autor solo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO



**“LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE
TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN LA
LEGISLACIÓN PENAL PERUANA”**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

ANTHONY BENAVENTE GRÁNDEZ

ASESOR

DR. FERNANDO NÚÑEZ PEREZ

LIMA – PERÚ

2016

DEDICATORIA

Deseo dedicar la presente tesis a mi familia, en especial, a mi sobrina Ariadna, por la incalculable felicidad que causa en mí su compañía.

AGRADECIMIENTO

Deseo dar un agradecimiento especial a los Doctores Luis Alberto Bramont-Arias Torres y María del Carmen García Cantizano por haberme permitido hacer uso de su biblioteca personal, obteniendo así la bibliografía necesaria para poder realizar la presente tesis.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PRIMER CAPÍTULO	
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	7
1. CÓDIGO PENAL DE 1924	7
1.1. FUENTES NORMATIVAS	8
2. CÓDIGO PENAL DE 1991	11
CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO:	16
SEGUNDO CAPÍTULO	
BIEN JURÍDICO TUTELADO	18
1. EL BIEN JURÍDICO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	18
1.1. BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	19
1.1.1. Resguardo Constitucional	24
1.1.2. Idea final.....	27
2. BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.....	28
2.1. IMPARCIALIDAD Y SOMETIMIENTO A DERECHO EN LA TOMA DE DECISIONES PÚBLICAS.....	28
2.1.1. Opiniones en doctrina	34
2.2. PROTECCIÓN DEL PRESTIGIO O BUEN NOMBRE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	37
2.2.1. Críticas a esta postura	41
2.2.2. Postura similar: Protección de la institucionalidad de la Administración Pública.....	43
2.3. JURISPRUDENCIA RECIENTE	44
2.4. IDEA FINAL	48
CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CAPÍTULO:	48
TERCER CAPÍTULO	
TIPO PENAL DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS	50
1. SUJETOS	54
1.1. EL COMPRADOR DE INFLUENCIAS COMO SUJETO PASIVO	56
2. INVOCAR O TENER INFLUENCIAS REALES O SIMULADAS	59
2.1. INFLUENCIAS REALES	61
2.2. INFLUENCIAS SIMULADAS.....	64
2.2.1. Críticas	66

2.3. VENTA DE INFLUENCIAS SIMULADAS COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO	70
2.3.1. Opinión propia.....	74
2.3.2. Casos judiciales.....	86
3. RECIBIR, HACER DAR O PROMETER PARA SÍ O PARA UN TERCERO, DONATIVO O PROMESA O CUALQUIER OTRA VENTAJA O BENEFICIO	90
4. 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.....	96
4.1. LA VENTA DE INFLUENCIAS RESPECTO A LAS DECISIONES ADOPTADAS POR LOS FISCALES.....	100
4.1.1 Opinión Propia.....	101
4.1.2. Casos Judiciales.....	108
5. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE	117
CONCLUSIONES DEL TERCER CAPÍTULO:	119
CUARTO CAPÍTULO	
EL INTERESADO COMPRADOR DE INFLUENCIAS	122
1. NOCIONES REFERENTES A LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA.....	122
1.1. INSTIGACIÓN.....	125
1.2. COMPLICIDAD.....	127
2. RESPONSABILIDAD PENAL DEL COMPRADOR DE INFLUENCIAS	129
2.1. OPINIÓN NUESTRA.....	135
2.2. JURISPRUDENCIA RECIENTE	144
3. CASOS JUDICIALES	148
CONCLUSIONES DEL CUARTO CAPÍTULO:	157
CONCLUSIONES.....	159
RECOMENDACIONES.....	161
BIBLIOGRAFÍA.....	165

INTRODUCCIÓN

1. Área de investigación.-

La investigación se relaciona con el área del derecho penal, derecho procesal penal y derecho constitucional.

2. Tema de investigación.-

Los actos de corrupción generan una desconfianza total en la población respecto a cómo se manejan los asuntos de interés público en las instituciones estatales. Es por ello que, como constituyen una conducta considerada de gran afectación social, el legislador acude al derecho penal como un instrumento para prevenir y reprimir la comisión de estas conductas. Ello ha generado el interés por investigar uno de los delitos comprendidos en este rubro que, por su descripción típica, ha dado lugar a varios criterios de interpretación en la doctrina y jurisprudencia nacional, por lo que es de nuestra especial atención hacer un estudio del delito de tráfico de influencias en nuestra legislación penal y así dar respuesta a las inquietudes que se han suscitado a lo largo de su vigencia.

Conforme a lo anterior, en la presente investigación se abordará y se responderá si el interesado en la compra de las influencias debería ser sancionado penalmente, siendo que, si la respuesta fuera afirmativa se determinará si la imputación es a título de complicidad o de instigación. Previamente a ello delimitaremos cuál es el bien jurídico tutelado en este delito y, una vez visto qué se intenta proteger con su tipificación, pasaremos a responder si es que la venta de las influencias simuladas puede ser objeto de sanción como un delito contra la administración pública o si, por el contrario, cabría poder subsumirlas dentro de los delitos contra el patrimonio, en específico, el delito de estafa. Por último, analizaremos la relevancia del funcionario público sobre el cual se busca el ejercicio de las influencias, siendo que en este apartado veremos si es posible sancionar la venta de influencias que tenga alguien sobre los miembros del Ministerio Público (fiscales en específico) al disponer el artículo 400º del código penal

que el funcionario o servidor público debe estar a cargo de un "caso judicial o administrativo". Al final de esta labor investigativa nos atreveremos a proponer una reforma legal del artículo 400º del código penal que sancione con una mejor técnica el delito de tráfico de influencias en nuestra legislación

3. Título de la investigación.-

La investigación lleva por título:

"LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA"

4. Planteamiento del problema de investigación.-

4.1 Descripción del problema de investigación

Los delitos contra la Administración pública en nuestro país llegaron a tomar mayor importancia con el descubrimiento y la reproducción de los videos en donde se pudo ver al ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres ofreciendo dinero y cerrando acuerdos junto con otros personajes vinculados a la política, canales de televisión, empresas, entre otros. Esos hechos dieron como resultado que se instruyeran numerosos procesos por delitos de corrupción de funcionarios, siendo que, uno de los que más trajo problemas de interpretación fue el delito de tráfico de influencias.

En específico, comenzando el siglo XXI, se discutió sobre la relevancia penal de la participación del sujeto comprador de las influencias ofrecidas por el vendedor. Uno de los casos que dio origen a esta cuestión fue el proceso que se siguió por el caso de la afectación de los Pantanos de Villa que vinculó a los representantes de la empresa Lucchetti, quienes acudieron a conversar con el ex asesor presidencial con el fin de que, con el ejercicio de sus influencias sobre los jueces que tramitaban su caso, los ayude a obtener una licencia de funcionamiento. En el proceso penal seguido por el delito de tráfico de influencias se llevó a debate si el comprador de las influencias debía ser sancionado penalmente a título de participación delictiva o si debía quedar impune.

La doctrina se manifestó dando sus opiniones (jurisprudencialmente también hubieron opiniones), incluso hubieron informes redactados por juristas extranjeros que interpretaron nuestro delito de tráfico de influencias y se pronunciaron respecto a la participación del comprador de las influencias. Así, unos apoyaron la idea de que el comprador de las influencias debía ser condenado bajo los parámetros de la participación delictiva (cómplice o instigador dependiendo de la situación) dado que sin su aporte no se llegaría a consumar el delito de tráfico de influencias; mientras que otros acogieron la idea de dejar impune la participación del comprador de las influencias obteniéndose distintos comentarios como que el tipo penal de tráfico de influencias en nuestro código penal no decía nada respecto a una posible sanción como lo hacía con el delito de cohecho al haber previsto un cohecho activo y otro pasivo, también se le atribuyó al comprador de influencias la calidad de víctima o que serían de aplicación figuras jurídicas como la del estado de necesidad, entre otros comentarios.

Por otro lado, muy aparte de la polémica generada por la participación del interesado en la compra de las influencias, se discute también la necesidad de mantener como una modalidad típica del delito de tráfico de influencias a la venta de influencias "simuladas". La discusión parte de la consideración por un sector de la doctrina de que si el vendedor manifiesta tener influencias que en realidad no posee no podría poner en peligro el buen funcionamiento de la Administración Pública al no tener algún vínculo real con el funcionario o servidor público que esté llevando el caso (sea este judicial o administrativo), por lo que opinan que en realidad ello es una manifestación del delito de estafa. Contrario a ello otro sector doctrinal opina que las influencias simuladas no pueden constituir un delito contra el patrimonio al no protegerse en este delito al comprador de las influencias, siendo que con esta modalidad se protege en específico el prestigio y buen nombre de la Administración Pública.

Así también, otro de los problemas interpretativos que genera nuestro delito de tráfico de influencias está relacionado con el funcionario o servidor público sobre el cual se busca ejercer las influencias vendidas. En ese sentido, el artículo 400º del código penal describe textualmente que la venta de las influencias debe realizarse respecto a "un funcionario o

servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo". La doctrina nacional ha opinado que existe un vacío legal al no haberse previsto a los representantes del Ministerio Público (Fiscales) como funcionarios públicos objeto de la venta de influencias, ya que sus decisiones no son jurisdiccionales ni tienen un carácter administrativo. Por lo que es necesaria una labor interpretativa del artículo en mención y poder concluir si es que en realidad existe un vacío legal o si es que es posible subsumir en el presente delito a la venta de influencias en la función fiscal.

Los problemas planteados con anterioridad demuestran que es necesario realizar una investigación con el fin de delimitar mejor el asunto y encontrar las soluciones pertinentes.

4.2 Preguntas de investigación

Nuestra investigación pretende responder básicamente las siguientes interrogantes:

- ¿La venta de influencias simuladas constituye un delito contra el patrimonio?
- ¿La participación del interesado comprador de las influencias es merecedora de sanción penal?
- ¿Es posible concebir en nuestro actual delito de tráfico de influencias como punible a la venta de influencias que se pudieran tener sobre los representantes del Ministerio Público (fiscales)?

4.3 Justificación de la investigación

El delito de tráfico de influencias, como se mencionó anteriormente, tiene en nuestra doctrina y jurisprudencia distintos puntos de vista al momento de la interpretación de sus elementos típicos. Siendo que, ello tiene repercusión al momento de dictarse una sentencia (condenatoria o absolutoria) u otra resolución que intente poner fin a un proceso penal por este delito (excepción de improcedencia de la acción). Por lo que se hace necesario un estudio minucioso de este delito que tiene relevancia en la sanción de actos de corrupción.

Lo que se busca con esta tesis es dar un aporte dogmático y práctico para el mejor entendimiento de cómo debe interpretarse el delito de tráfico de influencias en nuestro país y así poder contribuir en nuestro medio en la toma de decisiones judiciales y fiscales, como en el ámbito de la defensa técnica.

5. Hipótesis

La realización de la presente tesis conllevará a la obtención de nuevos criterios y conceptos que nos permitirán comprender mejor la regulación actual del delito de tráfico de influencias en nuestro medio, proporcionándonos los alcances necesarios para plantear una reforma legal y hacer una mejor construcción legislativa

6. Motivación

La motivación para realizar la presente tesis viene constituida por el hecho de poder dar solución a temas problemáticos y con distintos puntos de vista en la doctrina y jurisprudencia nacional respecto al delito de tráfico de influencias. Asimismo, con la presente tesis se busca entender mejor e incrementar mis conocimientos en lo referente a los delitos contra la administración pública, en específico, los delitos vinculados a la corrupción de funcionarios públicos.

7. Marco teórico

Se tomará como base el código penal, el código de procedimientos penales, el código procesal penal del 2004, la ley N° 28024 – Ley que regula la gestión de intereses en la Administración Pública, entre otros libros y revistas especializadas en la materia. En esencia, esta tesis se basará en lo desarrollado por Fidel Rojas Vargas en su libro titulado “Delitos contra la Administración Pública”, también en lo desarrollado por San Martín Castro; Caro Coria y Reaño Peschiera en la obra titulada “Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales” y en las obras publicadas por Cabrera Freyre en el Tomo V del libro “Derecho Penal. Parte Especial” y por Reátegui Sánchez en su libro titulado “Delitos contra la Administración Pública en el código penal”.

También se tomarán en cuenta algunos pronunciamientos jurisprudenciales que serán de importancia para la presente investigación como el R.N. N° 1401-2013-Lima en donde podemos apreciar que se determina el grado de participación como instigador del interesado en la venta de las influencias, así como el R.N. N° 1706-2003-Cono Norte en donde se puede apreciar que, además de sancionar al procesado por el delito de tráfico de influencias, se le condena por el delito de Estafa al obtener un beneficio económico por prometer interceder ante las autoridades jurisdiccionales para obtener la libertad del hijo de la compradora de las influencias, también en la Casación N° 374-2015-Lima se dejó establecido que el tráfico de influencias simuladas protege la imagen y prestigio de la Administración Pública, entre otros.

8. Estado de la Cuestión

En nuestro país el delito de tráfico de influencias se encuentra previsto en el artículo 400° del código penal. Existen pocos comentarios respecto a los problemas planteados en el presente plan de tesis. Dichos comentarios están descritos en algunos libros y revistas referentes a la parte especial del derecho penal, en específico a los delitos contra la administración pública (como los descritos con anterioridad). Por lo que, en lo que fuere de aplicación para nuestro medio, se citarán las opiniones que tiene la doctrina extranjera respecto a este delito, así como a su descripción legislativa para poder plantear una reforma legal en nuestro medio.

9. Metodología

La metodología a trabajar es la metodología exploratoria, ya que poco se ha tratado en nuestro medio respecto al presente tema de investigación y lo que se busca con la presente tesis es dar un aporte interpretativo para que en el futuro se promuevan reformas legislativas y que los operadores de justicia penal apliquen con un mejor criterio el delito de tráfico de influencias.

PRIMER CAPÍTULO

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En nuestra legislación el delito de tráfico de influencias actualmente se encuentra regulado en el artículo 400º del código penal cuyo texto legal es el siguiente:

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

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

Pero no siempre tuvo dicha descripción legal. Por lo que, antes de desarrollar los problemas a tratar en la presente tesis, es pertinente hacer un comentario referente a la aparición y a las modificaciones legales de las que ha sido objeto el delito de tráfico de influencias en nuestro medio.

1. Código penal de 1924

Precisamente, el delito de tráfico de influencias tuvo su origen en nuestra legislación penal por medio del **Decreto Legislativo N° 121**¹, de fecha 12 de junio de 1981, el cual modificó el texto de varios artículos en materia

¹ Véase dicha norma legal en la siguiente página web: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00121.pdf> (visitado el 07.03.2016).

penal² y dispuso en su artículo 8 que se adicionara al artículo 353º del código penal de 1924 (que según el texto de dicha norma legal vendría a tipificar el delito de cohecho activo) el artículo 353-A con el siguiente texto legal:

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

Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27º por doble tiempo de la condena."

Dicho texto legal no se diferencia en mucho de la actual redacción. Como se puede apreciar, no se utilizaba la terminología "beneficio". En lugar de decir "con el ofrecimiento de interceder", se utiliza la terminología "con el fin de interceder". Así también, no se preveía que las influencias ofrecidas recaerían sobre un funcionario o servidor público que "ha de conocer" un caso judicial o administrativo.

1.1. Fuentes normativas

Solo como complemento a lo escrito con anterioridad, nos permitimos señalar cuáles han sido las fuentes legales consultadas por nuestro legislador al incorporar por primera vez en nuestra normativa al delito de tráfico de influencias. En ese sentido, se ha señalado que dichas fuentes se hallan en el artículo 346º del código penal Italiano de 1930, el artículo 451º del código penal del El Salvador de 1973, el artículo 480º del Proyecto de

² Creemos prudente citar lo comentado por Hurtado Pozo en lo referente a que el dictado del presente decreto legislativo: "Constituyó una expresión de la idea políticamente predominante entonces, que apuntaba a facilitar la represión eficaz de los funcionarios que durante el fenecido gobierno militar habían cometido delitos contra los intereses del Estado. Con este fin, se consideró que —ya desde la manera de elaborar los tipos legales— era necesario disminuir las dificultades que podrían surgir para probar la comisión de los tradicionales delitos contra la administración pública", véase: HURTADO POZO, José: *Interpretación y Aplicación del Artículo 400º del Código Penal del Perú. Delito llamado de Tráfico de Influencias*. En: Anuario de Derecho Penal 2005. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal, Lima, 2006, pp. 273-274.

Ley Orgánica del Código Penal Español de 1979 y el artículo 147º del código penal de Colombia de 1980³.

Los textos de las conductas típicas de dichos artículos tienen la siguiente descripción, sin perjuicio de que haya habido algún cambio en su marco punitivo:

Artículo 346º del código penal italiano:

Quienquiera que atribuyéndose influencia cerca de un oficial público o de un empleado público que preste un servicio público, recibe o hace dar o prometer, a sí o a otros, dinero u otra utilidad, como precio de su mediación ante el oficial público o el empleado público, es castigado con la reclusión de uno a cinco años y con la multa de seiscientos mil a cuatro millones de liras.

La pena es la de reclusión de dos a seis años y la de multa de un millón a seis millones de liras, si el culpable recibe o hace dar o prometer, a sí o a otros, dinero u otra utilidad, con el pretexto de tener de comprar el favor de un oficial o empleado público, o de tener que remunerarle⁴.

Artículo 451º del código penal de El Salvador

El que aparentando o valiéndose de su influencia con un funcionario o empleado público, reciba o hiciere que le prometan para sí o para otro, dinero u otras ventajas como estímulo o recompensa de su mediación con aquella persona, o a pretexto de comprar favores o remunerar beneficios, será sancionado con prisión de dos a seis años⁵.

Artículo 480º del proyecto de ley orgánica del código penal español:

Los que ofreciendo hacer uso de influencias cerca de los funcionarios o encargados de servicios públicos, solicitaren de terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas en que puedan incurrir si alegaren falsamente que el provecho era en todo o en parte para el funcionario.

³ Véase: BRAMONT ARIAS, Luis Alberto: *Temas de Derecho Penal*, T. 4, Editorial San Marcos, Lima, 1990, p. 69.

⁴ Puede revisar dicho texto legal en la siguiente página web: [http://perso.unifr.ch/derecho penal/assets/files/legislacion/l_20080616_59.pdf](http://perso.unifr.ch/derecho%20penal/assets/files/legislacion/l_20080616_59.pdf) (visitado el 05.04.16)

⁵ Puede revisarse dicho texto legal en la siguiente página web: [http://www.diariooficial.gob. sv/diarios/do-1973/03-marzo/marzo-1973_Parte40.pdf](http://www.diariooficial.gob.%20sv/diarios/do-1973/03-marzo/marzo-1973_Parte40.pdf) (visitado el 05.04.16).

Si el delito fuere cometido por funcionario público que se ofrezca a influir sobre otro u otros funcionarios, se le impondrá, además, la pena de suspensión por el término de tres a seis años⁶.

Artículo 147º del código penal colombiano:

El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, 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 seis (6) meses a cuatro (4) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años⁷.

Ahora bien, vemos que la redacción de nuestro artículo 353-A recoge textualmente de la legislación colombiana la frase “invocando influencias reales o simuladas”, así como de las conductas “reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero”, que en un sentido parecido se muestran también en la legislación italiana y salvadoreña. El término “promesa” lo encontramos en la legislación española y; el de “cualquier ventaja”, similar en la legislación salvadoreña al preverse en su texto “otras ventajas”.

También se puede apreciar el uso por parte de nuestro legislador de las palabras “con el fin de”, extraídas de la legislación colombiana, y que se prefirió usar el término “interceder” en lugar del de “mediación” (como se puede ver en la legislación italiana y salvadoreña). Asimismo, nuestro legislador optó por reducir el círculo de funcionarios públicos sobre los que se busca la venta de influencias al preverse que éste debe estar a cargo de “un caso judicial o administrativo”, no acogiendo una terminología genérica de funcionario o servidor público como se advierte en las legislaciones extranjeras consultadas.

Por último, cabe señalar que la circunstancia agravante prevista en nuestro artículo 353-A guarda relación con la prevista en el proyecto del código

⁶ Puede revisarse dicho texto legal en la siguiente página web: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1980-10010100249_ANUARIO_DE_DER ECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Proyecto_de_Ley_Org%E1nica_de_C%F3digo_penal (visitado el 05.04.16).

⁷ Puede verse dicho texto legal en la siguiente página web: https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/codigo_penal_1980_pr003.htm#147 (visitado el 04.04.16).

penal español y que se aceptó el uso de las palabras "haya conocido", en lugar de "haya de conocer" que fue prevista en el código penal colombiano.

2. Código penal de 1991

Continuando con los cambios legislativos que sobrellevó nuestro delito de tráfico de influencias, nos percatamos que con la entrada en vigencia del actual código penal también se mantuvo una descripción no tan distinta a la actual regulación del delito de tráfico de influencias. Así, el texto decía 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 con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".

Podemos ver que en dicho texto legal no se regulaba el término "beneficio" (al igual que en artículo 353-Aº del código penal de 1924) y se comenzó a utilizar la frase "con el" ofrecimiento de interceder, en lugar de "con el fin" de interceder. Así también no se preveía aún que las influencias vendidas tendrían que recaer sobre un funcionario o servidor público que "ha de conocer" un caso judicial o administrativo ni se preveía una pena de multa ni una circunstancia agravante por la condición de ser funcionario o servidor público.

Dicho texto mantuvo su vigencia hasta el 06 de octubre del 2004, fecha en la que se publica la **Ley N° 28355**⁸ en cuyo artículo primero hace una modificación de los textos de varios artículos en materia penal, estando entre ellos el artículo 400º del código penal. Así, la nueva descripción legal quedó de la siguiente manera:

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

⁸ Se puede consultar la presente ley en la siguiente página web: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28355.pdf> (visitado el 08.03.16).

reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

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.”

En dicho texto legal se puede ver que por primera vez se utilizan los términos “teniendo influencias” y “beneficio” en este delito, asimismo, con esta ley se prevé la sanción de la venta de influencias que recaiga sobre un funcionario o servidor público que “ha de conocer” un caso judicial o administrativo. También, se agregó en el segundo párrafo la circunstancia agravante por el hecho de ser funcionario o servidor público al momento de cometer el delito (al igual como se leía en el código penal de 1924). Situaciones que son previstas en la actual regulación legal.

Luego, el 10 de junio del 2011, se publica la **Ley N° 29703**⁹ que tuvo como objetivo modificar los textos legales de algunos delitos, en específico, los que atenten contra la administración Pública. Siendo que, en esta oportunidad el artículo 400º de nuestro código penal tuvo también un cambio en su redacción quedando descrito de esta forma:

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

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

Lo que hace resaltante a esta redacción es el uso del término “solicita”, por lo que para su consumación delictiva no era necesario que exista un acuerdo terminado con el sujeto interesado, en otras palabras, no se requería que la venta concluya con el aporte de un bien económico u otra ventaja por parte del comprador interesado, bastando que el sujeto activo

⁹ Véase dicha norma legal en la siguiente página web: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29703.pdf> (visitado el 08.03.16).

le "pida" algún donativo, alguna promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. En ese sentido, comentaba Núñez Pérez lo siguiente:

"(...) con esta reforma se agregó el término solicitar. Bajo este esquema, era posible la consumación del tráfico de influencias sin que necesariamente debiera existir un interesado o un beneficiario que haya entregado o haya prometido entregar algún tipo de ventaja o beneficio al vendedor de humo. Por lo tanto, sin perjuicio de considerar al tráfico de influencias como un delito plurisubjetivo, con esta ley, como una excepción a la regla, se estableció en forma expresa que la consumación de este delito era posible con la sola presencia del vendedor de humo sin que exista en forma obligatoria, un comprador (...) siendo que existiría el delito así el potencial interesado o beneficiario haya rechazado la propuesta o le haya sido indiferente (delito monosubjetivo) (...)"¹⁰

Otro de los aspectos que llama la atención es la supresión de las palabras "invocando o teniendo influencias reales o simuladas", centrándose la conducta de la venta de influencias en la frase "por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público". Por lo que, quedó suprimida, como modalidad del delito de tráfico de influencias, la venta de influencias simuladas.

Respecto a ello, es necesario agregar que existió un proceso de inconstitucionalidad en contra de la Ley N° 29703, en específico, se cuestionaba la utilización del término "real" en la presente modificación, ya que daría lugar a interpretar que sólo deberían ser objeto de sanción la venta de influencias reales, más no las simuladas. En ese sentido, el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia recaída en el expediente 00017-2011-AI del 03 de mayo del 2012 declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad en este extremo (es necesario precisar que dicha demanda de inconstitucionalidad también abarcaba algunos aspectos del delito de colusión desleal, lo que no es materia de la presente investigación) señalando lo siguiente:

34. Lo que se cuestiona en el presente caso es la descriminalización de un supuesto de tráfico de influencias. Así, habiéndose tipificado desde un principio el tráfico de influencias reales, como el de influencias simuladas, se cuestiona que por efecto de la ley

¹⁰ NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente: "La Configuración Típica del Delito de Tráfico de Influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La Vendita di Fumo en el Pacto Sceleris", En: *Gaceta Penal y Procesal penal*, T. 26, Lima, Agosto, 2011, pp. 18-19.

impugnada el tráfico de influencias simuladas no pueda ser perseguido penalmente (...)

35. En cuanto al único argumento esgrimido por la parte demandante atinente a que la exclusión del supuesto de tráfico de influencias simuladas no es conforme con el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cabe señalar que el referido tratado internacional no contiene en estricto un mandato imperativo al Estado peruano para criminalizar de determinada manera el delito de tráfico de influencias. Este no es el caso, por ejemplo, de los artículos 16, 17 y 23 de la Convención, referidos a la obligación de reprimir soborno de funcionarios públicos extranjeros, la desviación de bienes y blanqueo del producto del dinero, respectivamente, que sí contienen un mandato imperativo para el Estado Peruano. (...) En cambio, para el caso del tráfico de influencias el referido tratado internacional en su artículo 18 prescribe que "cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otras índole que sean necesarias para tipificar como delito...". (subrayado nuestro). De este modo, el Tribunal Constitucional no considera que de dicho tratado se derive una obligación del Estado peruano de prever como supuestos de tráfico de influencias los casos de influencias simuladas.

*36. Ahora bien, cabe señalar que la desestimación de este extremo de la demanda atinente al cuestionamiento de la descriminalización del tráfico de influencias simuladas no implica en modo alguno que necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional. En efecto, en el presente caso se ha analizado la constitucionalidad de la **despenalización** de los actos de tráfico de influencias irreales, no habiéndose encontrado disconformidad con la norma constitucional. Sin embargo, de ello no se puede inferir de manera mecánica que el legislador esté prohibido de incorporarlo nuevamente al ordenamiento jurídico. Ello supondría un nuevo juicio de constitucionalidad sobre su criminalización, aspecto que no ha sido materia de demanda de inconstitucionalidad.*

Lo importante de este pronunciamiento es el comentario hecho por el Tribunal Constitucional de que no estamos obligados por la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, ratificado por el Estado Peruano el 16 de noviembre del 2004, a sancionar como modalidad del delito de tráfico de influencias a la venta de influencias simuladas, teniendo éste un carácter facultativo¹¹. Así también, señala en su fundamento 36 que el

¹¹ En el artículo 18 de la mencionada Convención se prevé en el numeral a) un supuesto típico de compra de influencias y; en el numeral b), uno de venta de influencias. El texto de dicho artículo es el siguiente:

Artículo 18. Tráfico de influencias

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:

hecho de considerar que el cuestionamiento a la despenalización de la venta de influencias simuladas debe desestimarse, no implica que dicha modalidad delictiva sea inconstitucional, por lo que el legislador no se encontraría impedido de regularla. Pero al final parece que deja abierta la posibilidad de poder hacer un cuestionamiento, en otra oportunidad, sobre la criminalización de la venta de influencias simuladas.

Ahora bien, antes de la expedición de la sentencia comentada el legislador peruano decidió modificar nuevamente el artículo 400º del código penal. Así, al mes de haber sido publicada la Ley Nº 29703, en específico, el 21 de julio del 2011 se publicó la **Ley Nº 29758**¹² con la cual el delito de tráfico de influencias tuvo la siguiente redacción:

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

Si el agente es un funcionario 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."

Como puede verse, el texto legal es idéntico al impuesto por la Ley 28355. Por lo que el legislador nacional decidió volver a la descripción legal mantenida hasta antes de los cambios efectuados por la Ley 29703.

-
- 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.

¹² Puede revisarse la presente Ley en la siguiente página web: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29758.pdf> (visitado el 09.03.16).

Finalmente, por medio de la **Ley N° 30111**¹³ publicada el 26 de noviembre del 2013 se decidió adicionar como sanción la pena de multa en algunos delitos contra la administración pública, no siendo la excepción en este caso el delito de tráfico de influencias, quedando el texto que tipifica este delito como lo señalamos al comenzar el presente capítulo. Por tanto, tenemos que actualmente se sanciona la venta de influencias reales, como también las simuladas o irreales. No basta para la consumación típica que el sujeto activo solicite o pida alguna ventaja económica o de cualquier índole, sino que es necesaria la participación de un sujeto interesado en la compra de las influencias ofrecidas, siendo que, dicha participación consiste en dar o prometer un donativo, ventaja o un beneficio de cualquier índole. El funcionario o servidor público sobre el que se busca el ejercicio de las influencias debe estar conociendo, haber conocido o estar en la posibilidad de conocer a futuro un caso judicial o administrativo. Así también, se prevé una circunstancia agravante por la calidad del sujeto activo al cometer el presente delito siendo un funcionario o servidor público y se prevé, adicionalmente a la pena privativa de libertad e inhabilitación, una pena de multa en ambos párrafos.

Conclusiones del primer capítulo:

1. El origen de nuestro tipo penal de tráfico de influencias lo encontramos en la incorporación del artículo 353-A al código penal de 1924 por medio del Decreto Legislativo N° 121, de fecha 12 de junio de 1981, teniendo como fuentes normativas consultadas para su redacción el artículo 346° del código penal Italiano de 1930, el artículo 451° del código penal del El Salvador de 1973, el artículo 480° del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal Español de 1979 y el artículo 147° del código penal de Colombia de 1980.
2. Actualmente nuestro tipo penal de tráfico de influencias se encuentra regulado en el artículo 400° del código penal de 1991, siendo que, desde su entrada en vigencia hasta la actualidad, han existido cuatro

¹³ Puede revisarse la presente Ley en la siguiente página web: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30111.pdf> (visitado el 09.03.16).

reformas legislativas en su texto, no diferenciándose en mucho la descripción típica presente con la prevista originariamente en el código penal de 1924

SEGUNDO CAPÍTULO

BIEN JURÍDICO TUTELADO

En el capítulo anterior hemos visto brevemente la continuidad legislativa que ha tenido nuestro delito de tráfico de influencias. Siendo que, con el código penal vigente ha tenido cuatro cambios legislativos en su texto. Pero lo que nunca fue objeto de modificación fue su ubicación sistemática dentro los delitos contra la Administración Pública.

Así, el delito de tráfico de influencias se encuentra regulado en el artículo 400º del código penal, Libro Segundo: Parte Especial, en su Título XVIII: Delitos contra la Administración Pública, Capítulo II: Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, Sección IV: Corrupción de Funcionarios.

Si bien su ubicación dentro del rubro de delitos cometidos por funcionarios públicos, como señala García Cantizano, "resulta ya a *priori* errónea por cuanto el delito de tráfico de influencias es un delito común en el sentido de que no se requiere la condición de funcionario para ser su autor"¹⁴, consideramos que su ubicación dentro del código penal ha sido objeto de valoración por el legislador nacional más por su vinculación con los delitos de corrupción de funcionarios y con la afectación al normal desenvolvimiento de la administración pública. Por lo que es necesario entrar a detallar qué es lo que se protege con la tipificación del delito de tráfico de influencias.

1. El bien jurídico Administración Pública

Como hemos señalado, el delito en estudio se encuentra en el Título XVIII del Libro Segundo del código penal denominado Delitos contra la Administración Pública. Pero cómo debemos entender, para efectos penales, a la Administración Pública.

¹⁴ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: "Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias. Al amparo del principio de legalidad en materia penal", En: *Actualidad Jurídica*, T. 102, Lima, Mayo, 2002, p. 12.

1.1. Buen funcionamiento de la Administración Pública

Partimos de la idea básica de que la definición de Administración Pública tiene una concepción objetiva y otra subjetiva. Así, según la primera concepción Roberto Dromi, citado por Isasi Cayo, señala que:

*"Objetivamente es una acción, un conjunto de actividades enderezadas hacia un fin, con total prescindencia de la índole del órgano, agente o autor del acto. Es la actividad concreta dirigida a través de una acción positiva a la realización de los fines de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad, función por lo tanto encaminada a la integración de la actividad individual en vista del interés colectivo"*¹⁵.

Por el contrario la concepción subjetiva define a la administración pública como el conjunto de órganos a los que se les ha encargado la actividad estatal. Esta perspectiva, siguiendo lo señalado por Dromi, "implica una estructura orgánica, un ente o complejo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar"¹⁶.

Visto esto, podemos decir que la concepción objetiva pone su énfasis en la función pública entendida como actividad prestadora de servicios del Estado para con sus miembros sin importar a qué institución u organismo en específico le corresponda dicha labor. Mientras que la concepción subjetiva pone su interés en la estructura del Estado, en otras palabras, en las instituciones públicas que conforman todo el aparato estatal, sin importar qué función o servicio a la comunidad se les haya asignado.

También, se distingue a la función pública (concepción objetiva) en dos planos: uno interno y otro externo. En el ámbito interno se comprende a la actividad vinculada a la organización interna del Estado, es más que todo una labor de gestión interna propia de la relación Estado – funcionario o servidor público, en donde este último cuenta con deberes específicos, según el cargo que ostente, con las instituciones públicas respectivas. Siendo que, el incumplimiento de dichos deberes genera sanciones de carácter disciplinario.

¹⁵ ISASI CAYO, Juan Felipe: *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ra Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 61-62.

¹⁶ Loc. Cit., pp. 65-66.

Por el contrario, en el ámbito externo se le concibe a la función pública como toda actividad relacionada con la prestación de servicios públicos a la ciudadanía, reconociéndose así una relación Estado – ciudadanía, en donde es el Estado quien tiene el deber de garantizar la participación de los ciudadanos en la satisfacción de las necesidades básicas (educación, salud, empleo, justicia, etc.), sirviendo así, como un medio para obtención del bienestar general.

Ahora bien, según la doctrina mayoritaria se ha llegado a reconocer como bien jurídico protegido genérico en esta clase de delitos a la concepción objetiva – externa de la Administración Pública¹⁷. Por ello, para el derecho penal, como rama del ordenamiento jurídico subsidiaria para la sanción de conductas, se ha tomado como relevante proteger a la Administración Pública en su sentido “funcional” bajo la terminología del “buen” o “correcto” funcionamiento de la Administración Pública¹⁸.

Respecto a ello, creemos necesario citar algunos comentarios. Así, Ortiz de Urbina ha opinado que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es:

¹⁷ Respecto a ello Mir Puig comentando el código penal español indica que: *El bien jurídico protegido con carácter general o categorial en los delitos del título XIX, objeto del presente estudio, lo constituye el **correcto funcionamiento de la Administración pública**, en su vertiente objetiva de «función pública» o **servicio público**, en su aspecto más bien **externo**, de la relación Administración-ciudadano, aunque en algunos delitos (delito de nombramientos ilegales y desobediencia funcionarial) se protege de un modo directo e inmediato el aspecto **interno** (de organización, o de relación Administración-funcionarios), aunque sin dejar de proteger siquiera sea indirectamente el aspecto externo antes referido.* En: MIR PUIG, Carlos: Los Delitos Contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 19-20.

¹⁸ Dentro de ello debemos comprender no solo a la actividad realizada por los tradicionales poderes del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial, sino que se debe abarcar a toda forma de manifestación estatal. En ese sentido Rojas Vargas señala: *“Si bien en el terreo del derecho administrativo existen tendencia a circunscribir la administración pública al estricto ámbito de la actividad del aparato ejecutivo, no obstante, actualmente prima una perspectiva más amplia para dejar incluida en ella al «todo estatal» en cuanto desarrollo de funciones y servicios públicos. Administración pública comprenderá entonces a las funciones y competencias específicas de lo que en estricto se entiende tradicionalmente por Estado, es decir los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo (incluyendo los Ministerios y los organismos descentralizados), electoral. También las entidades de los organismos autónomos del Estado (Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Banco Central de Reserva, Superintendencia de Seguros, Superintendencia de Fondo de Pensiones, entre otros). Igualmente los Gobiernos Regionales y Locales), y demás instituciones especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes oficiales (funcionarios y servidores públicos). Forman parte también de la administración pública las funciones y competencias de los funcionarios de las empresas públicas. Obviamente que quedan fuera del ámbito de la administración pública las funciones privadas ejercidas al interior de las empresas mixtas y estatales”.* En: ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos Contra la Administración Pública*, 4ta edición, Grijley, Lima, 2007, pp. 12-13.

"(...) el buen funcionamiento de la Administración Pública. Lógicamente, las concretas figuras delictivas comprendidas en este título proceden a especificar alguna faceta de este genérico interés, protegiendo alguna de las concretas cualidades que caracterizan el buen ejercicio de la actividad administrativa (...)

*Es importante resaltar que no se protege a la Administración con mayúscula, esto es, como organización (ni su «prestigio» o su «dignidad», como todavía se lee en ocasiones), sino a la **administración con minúscula**, en sentido funcional como instrumento al servicio de los ciudadanos. Por este motivo, en el título que nos ocupa no sólo se tipifican conductas realizadas por autoridades, funcionarios y personas que colaboran con la Administración en el ejercicio de las funciones públicas, sino que también se recogen algunas llevadas a cabo por particulares"¹⁹.*

Consideramos importante esta cita, ya que, además de reconocer como bien jurídico al buen funcionamiento de la administración pública, reconoce que este bien jurídico genérico está compuesto por varios aspectos específicos que los delitos previstos en este rubro vienen a proteger. También se hace hincapié en que no se protege a la concepción subjetiva de la Administración Pública, en el sentido de protegerla *per se* como estructura orgánica, por lo que cuestiones como el prestigio o buen nombre de las instituciones públicas no pueden ser materia de protección por el derecho penal. Respecto a esto último también Bustos Ramírez señalaba que:

"No son los órganos administrativos ni el debido deslinde de poderes, el que se encuentra afectado, ya que ello es un problema político de control (...); de lo que se trata es del ejercicio debido o correcto de la función administrativa, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema, y que consiste en dar vías procedimentales para que todos y cada uno de los miembros de la colectividad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses"²⁰.

También, se hace referencia en la cita anterior a que no solo los funcionarios o servidores son los únicos que pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico genérico administración pública, sino que, por su carácter funcional, también es posible que conductas de sujetos particulares ajenos al aparato estatal afecten al buen funcionamiento de la

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) y RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da Edición, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 309-310.

²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, p. 366.

administración pública (ello es así, porque si se protegiera a la concepción objetiva – interna, los únicos que pudieran afectarla serían los funcionarios o servidores públicos sujetos a sus deberes especiales).

En referencia a ello, nuestro código penal sanciona en el capítulo I del título XVIII del Libro Segundo a los delitos cometidos por particulares, encontrándose como ejemplo a los delitos previstos bajo el nombre de violencia y resistencia contra la autoridad. Pero también, en la parte respectiva a los delitos cometidos por funcionarios públicos, se sancionan algunas conductas cometidas por sujetos particulares, como es el caso del cohecho activo (artículo 397º) o del presente delito de tráfico de influencias.

Ahora bien, la doctrina nacional ha dado sus comentarios. Siendo que también se acepta como bien jurídico objeto de protección a la visión funcional de la Administración Pública.

En tal sentido, Rojas Vargas señala lo siguiente:

*"En esta perspectiva de interpretación la Administración Pública desde la lectura penal no son las instituciones, no son las jerarquías, sino que Administración Pública de acuerdo al bien jurídico protegido debe ser entendida como **las funciones y los Servicios Públicos, son las competencias y atribuciones de los funcionarios y servidores públicos.***

*Allí es donde apunta el bien jurídico protegido, a garantizar que las atribuciones y roles de los funcionarios y servidores públicos se cumplan en una buena marcha administrativa. Entonces el bien jurídico protegido está concebido como **aquel conjunto sistemático y eficiente de funciones y Servicios Públicos que el Estado proyecta a la sociedad, para construir Estado y para dar calidad de vida a los pobladores de la sociedad.** Y en esta conceptualización funcional de Administración Pública, el principal papel lo cumplen los funcionarios y servidores públicos (...)*

En el ámbito Administración Pública nos interesa entonces una concepción funcional de administración, en tanto conjunto de funciones y de Servicios Públicos dirigidos a la población y que el Derecho Penal asegura a su manera"²¹.

También, entre otros comentarios²², Abanto Vásquez opina lo siguiente:

²¹ ROJAS VARGAS, Fidel: "Delitos contra la Administración Pública: Generalidades", En: *La Imputación del Delito y de la Pena en los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2014, pp. 106-107.

²² Se encuentran también a favor en proteger el buen funcionamiento de la administración pública: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: *Delitos Contra la Administración Pública en el Código*

“Modernamente, con un entendimiento distinto del concepto “bien jurídico”, se sostiene que en este ámbito lo que interesa proteger es el “normal funcionamiento de los órganos de gobierno”, la “regularidad funcional de los órganos del estado” o el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Esta última es la tesis más acorde con el concepto de Estado social y democrático de Derecho en el cual debe enmarcarse también el Derecho penal. Entonces, no se trata de proteger a la Administración per se, ni a su prestigio o dignidad, sino a la actividad pública en cuanto constituya “los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado social y democrático de Derecho” (...)

(...) en la doctrina penal se distinguen dos ámbitos en la relación entre los funcionarios y la Administración Pública; un ámbito interno referido a la organización misma de la administración (“deberes de cargo”) y un ámbito externo donde el funcionario entra en relación con los ciudadanos, realizando actividades referidas a los fines institucionales que la Constitución atribuye a la Administración Pública. Sólo este último ámbito es el que circunscribe las “acciones funcionariales” relevantes para efectos penales; el “ámbito interno” únicamente debería tener relevancia disciplinaria (...)²³.

En nuestra jurisprudencia existen también pronunciamientos al respecto. En el R.N. Nº 2400-2004-Huánuco, de fecha 25 de enero del 2005, en donde el delito materia de pronunciamiento fue el de cohecho pasivo específico, se señaló lo siguiente: *SÉTIMO: (...) que el bien jurídico tutelado por este tipo penal es el normal funcionamiento de la administración pública y una transparencia frente a la corrupción de autoridades y funcionarios públicos, no importando por ende la finalidad de la conducta irregular del servidor público.*

También se tiene el siguiente pronunciamiento:

Cuarto: Que asimismo se ha establecido en la doctrina que el titular del bien jurídico “administración pública” es siempre el Estado. Todo delito por acción u omisión siempre va a afectar a dicho titular que viene a constituirse así en un sujeto pasivo genérico. Que además debe destacarse que si bien el derecho penal toma a la administración pública como objeto de tutela en su dimensión objetiva o material, es decir como actividad funcional, sin embargo es el Estado como órgano global – y la diversidad de sus instituciones (dimensión subjetiva) – quien asume la titularidad de sujeto pasivo. No obstante, puede hablarse, sin que exista problemas de contradicción lógica, de un sujeto pasivo genérico El

Penal, Jurista Editores, Lima, 2015, pp. 74-75. SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos Contra la Administración Pública*, 3ra Edición, Grijley, Lima, 2014, pp. 4-5.

²³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, 2da Edición, Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 16-17.

*Estado, y un sujeto pasivo específico (directo): la entidad Estatal afectada o el funcionario*²⁴.

Esta jurisprudencia nos parece relevante, ya que, además de indicar que para el derecho penal es objeto de protección la concepción objetiva de la administración pública, señala que para determinar al sujeto pasivo en este rubro de delitos debemos recurrir a la concepción subjetiva. Entonces, como sujeto pasivo genérico tendremos al Estado (como estructura orgánica) y, como sujeto pasivo en específico, a la institución pública sobre la cual ha recaído la conducta lesionadora²⁵.

Ello se entiende porque la actividad prestacional del Estado se realiza mediante sus entidades públicas que la representan en la toma de sus decisiones. Entonces, el Estado en su visión orgánica, al tener a cargo el ejercicio de la correcta prestación de los servicios públicos, se convierte en el único sujeto pasivo de los delitos contra administración pública.

Como último ejemplo²⁶ tenemos el R.N. Nº 668-2007, de fecha 03 de junio del 2008, en cuyo fundamento tercero se señala: *Que en los delitos contra la Administración Pública, como es el caso de autos, el bien jurídico protegido dentro de este rubro es la recta funcionabilidad de la Administración Pública, por ello el sujeto pasivo por excelencia es el Estado o sus organismos autónomos o dependientes de éste, mas no la persona natural.*

Queda claro entonces que, jurisprudencialmente, se ha llegado a la opinión de que la persona humana no puede ser sujeto pasivo en los delitos contra la administración pública, cosa que consideramos correcto ya que el ser humano no es concebido en una visión funcional.

1.1.1. Resguardo Constitucional

²⁴ R.N. Nº 1560-04-ICA, de fecha 08 de febrero del 2005.

²⁵ Comparte esta idea también ROJAS VARGAS, F.: Ob. cit., p. 19.

²⁶ Cabe agregar que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también existe acuerdo en la protección de la concepción funcional de la Administración Pública. Así, en el fundamento 26 de la sentencia recaída en el expediente Nº 3194-2004-HC/TC, del 28 de diciembre del 2004 ha señalado que: *De hecho, el bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración Pública es la protección de la correcta marcha de las entidades estatales, evitando una desviación tanto del poder asumido por los funcionarios como de la población con respecto a la consideración de tal investidura.*

Aparte de los comentarios y la jurisprudencia citada con anterioridad respecto al bien jurídico protegido en esta clase de delitos, consideramos que la visión funcional antes descrita se encuentra presente y cuenta con el respaldo de nuestra Constitución Política. Como es de verse, en su artículo 39º prescribe que "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación". También, en el artículo 1º se reconoce que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" y; en su artículo 44º, que son deberes primordiales del Estado "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

Por lo que, más que un resguardo dogmático-penal, la perspectiva funcional de la Administración Pública tiene reconocimiento a nivel constitucional, protegiéndose a la administración pública en cuanto su actuación esté dirigida al servicio de la población y al logro del bien común.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 00017-2011-AI, mencionado con anterioridad, ha descrito que el correcto funcionamiento de la administración pública puede ser visto desde una perspectiva constitucional, encontrando el respaldo en los artículos 39º y 44º de nuestra Constitución:

14. La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el "correcto funcionamiento de la administración pública". A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (vgr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal "De la Función Pública".

15. Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39º de la Constitución que establece que "...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...", subyace el principio de "buena administración" (Cfr. Exps. Nsº 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44º de la Constitución que establece que "(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el

bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° 008-2005-AI, fundamento N° 14).

No está por demás agregar el siguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el que nos describe en qué consiste la finalidad esencial del servicio a la Nación:

Los servidores del Estado sean civiles, militares o policías, están obligados, conforme el artículo 44º de la Constitución, por los deberes primordiales de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. En suma, de las normas citadas se concluye que la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública²⁷.

Pero también, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido que la dignidad de la persona humana debe ser considerada como el motivo y guía de la actuación estatal. Así, en la sentencia recaída en el expediente 2868-2004-AA-TC del 24 de noviembre del 2004, señala que: (...) *de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En ese sentido, el respeto por la persona se convierte en el leit motiv que debe informar toda actuación estatal²⁸*. También, en la sentencia recaída en el expediente 2016-2004-AA-TC del 5 de octubre del 2004 ha reconocido que:

"Partiendo de la máxima Kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado, suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas"²⁹.

²⁷ Expediente N° 3149-2004-AC/TC, f.j. 3. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Dir.): *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional*, Grijley, Lima, 2009, pp. 287-288.

²⁸ Véase dicho texto en: RUBIO CORREA, Marcial; EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011, p. 50.

²⁹ Loc. Cit., p.51.

Visto ello, nos atrevemos a decir que cualquier interpretación que vaya dirigida a proteger a la administración pública en su concepción subjetiva, es decir, protegerla *per se*, contradice nuestro texto constitucional que legitima su existencia por el hecho de servir para el desarrollo y la defensa de la persona humana, siendo que, el único ente al que se le protege *per se* y se constituye en un fin en sí mismo es el ser humano.

1.1.2. Idea final

Entonces, llegamos a la conclusión que, en principio, lo que el derecho penal viene a proteger en el rubro de los delitos contra la administración pública es a esta última entendida en su sentido funcional (en específico, en su concepción objetiva – externa) como aquella actividad del Estado, constituida por la prestación de servicios públicos, destinada a satisfacer las necesidades básicas de la población y así servirle como instrumento para la concreción de sus proyectos de vida. Siendo que, por acogerse esta concepción de administración pública, el derecho penal se ve legitimado para intervenir y sancionar los ataques que también pudieran venir dirigidos por sujetos particulares extraños a la propia administración.

Ahora bien, dicha actividad prestacional debe ser caracterizada como “buena” o “correcta”. Siendo que, con ello se viene a reconocer una serie de cualidades o principios que la catalogarán como tal, alejándola así de todo ánimo de arbitrariedad. En ese sentido, tenemos como ejemplo que habrá un correcto funcionamiento de la administración pública si es que las decisiones tomadas en el sector público se rigen bajo el principio de imparcialidad y sometimiento al derecho, si es que el patrimonio del Estado es manejado correctamente por los funcionarios que tienen a cargo su resguardo, si es que existe una regular gestión del gasto público conforme al presupuesto establecido; como también, si es que los funcionarios públicos pueden ejercitar sus atribuciones en un ámbito de libertad, entre otros ejemplos.

Por lo tanto, afirmamos que el delito de tráfico de influencias, por su redacción y por su ubicación dentro de los delitos contra la administración pública, viene a proteger de manera genérica el buen o correcto

funcionamiento de la misma. Pasemos ahora a ver qué manifestación, en específico, de ese buen funcionamiento vendría a proteger.

2. Bien jurídico en el delito de tráfico de influencias

2.1. Imparcialidad y sometimiento a Derecho en la toma de decisiones públicas

Partimos de la idea de que, como vimos con anterioridad, el delito de tráfico de influencias se encuentra ubicado dentro de la sección correspondiente a los delitos de corrupción de funcionarios. Siendo que, se le ha llegado a considerar como un delito de consumación anticipada respecto a los otros delitos de corrupción, en el sentido de que se estaría tipificando actos preparatorios a los delitos de cohecho como un delito autónomo. Así, Núñez Pérez comenta que:

"Normalmente este delito aparece en la estructura del iter criminis como una conducta previa de los futuros cohechos, por lo que no estaría mal señalar que la compra y venta de influencias son como actos preparatorios de los proyectos de sobornos. (...) Con esta configuración típica se castiga actos preparatorios elevados a la categoría de delito consumado, siendo considerado un delito de consumación anticipada, que por regla general debieran ser considerados como actos impunes e inocuos, siendo que por regulación expresa, en virtud del principio de legalidad, se permite su punición como un tema excepcional a fin de proteger el bien jurídico Administración Pública"³⁰.

Así también se ha pronunciado nuestra jurisprudencia: en el Recurso de Nulidad N° 4218-2009-Piura, de fecha 20 de abril del 2010, se puede leer lo siguiente: **TERCERO:** *Que, el delito de tráfico de influencias se caracteriza por el adelantamiento de la barrera de punición, en comparación al delito de cohecho; por ello, es que el tipo penal, para su consumación solo exige la invocación de influencias, haciendo hincapié que resulta irrelevante si estas son reales o simuladas (...)*

Lo dicho tiene sentido, ya que el delito de tráfico de influencias, según el texto legal nuestro, vendría a sancionar el llegar a un acuerdo mediante el cual un sujeto se compromete a ejercer las influencias que pudiera tener

³⁰ NÚÑEZ PÉREZ, Fernando., Ob. cit., p. 14.

sobre un funcionario o servidor público (juez por ejemplo) a cambio de dinero u otra ventaja de cualquier índole. Por lo que, en el momento de ejecutar su intercesión puede haber algún acto de corrupción frente al juez y así inclinar su posición frente a una de las partes litigantes. Por ello es que se ha comentado que lo que se protege, en específico, en este delito es la imparcialidad de la administración pública. Respecto a ello, García Cantizano ha señalado lo siguiente:

"El porqué se criminaliza este tipo de conductas es algo que sólo puede encontrar respuesta si se considera que a través del tráfico de influencias se gesta lo que en el futuro puede constituir un acto que atenta contra la imparcialidad de la que debe hacer gala todo funcionario en su actuación; no en vano la doctrina es unánime cuando señala que esta conducta se caracteriza por ser un acto preparatorio elevado a la categoría de delito consumado dada la puesta en peligro que supone la afectación al bien jurídico protegido, esto es, la imparcialidad de la Administración Pública"³¹.

Es necesario precisar, en lo referente a esta cita, que se ha llegado a considerar que la afectación que padecería el bien jurídico sería la de una puesta en peligro. Ello por su propia naturaleza de constituirse como un acto preparatorio concebido como un delito autónomo. Pero además, según la descripción del tipo penal, para la consumación del presente delito no sería necesario que se llegue a concretar un acto efectivo de intercesión ante el funcionario o servidor público, sancionándose, como señalamos con anterioridad, el sólo hecho de llegar a un acuerdo en el que uno vende su capacidad de influir y determinar la voluntad del funcionario o servidor público a cambio de una contraprestación de cualquier índole. Respecto a ello San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera señalan que:

"La criminalización del tráfico de influencias como delito de peligro, evidencia la decisión político criminal de anticipar la punibilidad a un estadio previo a los actos de cohecho o corrupción de funcionarios, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional y administrativa, sin que se exija la materialización efectiva del acuerdo entre el traficante y el interesado en el ámbito de la Administración Pública"³².

³¹ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Ob. Cit., p. 12.

³² SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro: *Los Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir. Aspectos Sustantivos y Procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 27.

Siendo más específicos, se ha llegado a considerar como un delito de peligro abstracto y de mera actividad. Así, en el Recurso de Nulidad Nº 4097-2008-SANTA, de fecha 28 de enero del 2010, se ha descrito que:

El delito de tráfico de influencias previsto en el artículo cuatrocientos del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco es un delito de peligro abstracto, pues no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo; es pues un delito de mera actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material; de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas³³.

Ahora bien, visto ya que el delito de tráfico de influencias guarda relación con los delitos de cohecho, en el sentido de constituirse como un acto previo a la consumación de los delitos de corrupción. Consideramos también que no necesariamente, luego de haberse consumado la venta de influencias, el ejercicio de las mismas conlleve a un acto de corrupción posterior. Ya que el vendedor bien puede hacer uso efectivo de sus influencias sin mediar alguna contraprestación de por medio con el funcionario público que esté conociendo un caso judicial o administrativo (juez por ejemplo). En ese sentido, el vendedor puede hacer uso de su condición de ser familiar, amigo, jefe superior, pareja, etc., para posicionar al juez en favor de una de las partes, parcializando con ello sus decisiones.

Vinculado a ello, en la legislación española se sanciona en los artículos 428³⁴ y 429³⁵ de su código penal actos que implican un ejercicio real de

³³ GACETA JURÍDICA S.A.: *Los Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 481.

³⁴ Cuyo texto legal es como sigue: *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 dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.*

³⁵ Cuyo texto legal es como sigue: *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 dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida*

las influencias que se pudieran tener sobre funcionarios públicos, torciendo su voluntad mediante el prevalimiento de alguna relación personal o jerárquica, exceptuándose entonces las contraprestaciones referentes a dinero o al ofrecimiento de alguna otra ventaja propias del cohecho. Siendo que, se ha llegado a comentar que lo que se estaría protegiendo con la tipificación de estas conductas sería la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función pública, En ese sentido se pronuncian Morales Prats y Rodríguez Puerta al señalar que:

(...) las conductas previstas en los preceptos indicados presentan una clara afinidad con el delito de cohecho. Esta última figura delictiva pretende evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos en la adopción de decisiones públicas, por cuanto se endereza a la tutela del principio de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas: a idénticas metas, en principio, responden los delitos de tráfico de influencias. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el tráfico de influencias se incriminan aquellos supuestos en los que se persigue situar al funcionario en una posición parcial respecto a su futura decisión utilizando medios distintos a las dádivas o presentes para influir en su proceso de motivación. No obstante, los delitos de los artículos 428 y 429 CP únicamente contemplan la conducta del particular o funcionario que pretende incidir en la voluntad de otro funcionario público, prevaliéndose de sus facultades o bien de una relación jerárquica o personal (...) De este modo, en el delito de tráfico de influencias, sólo se confiere tutela a una de las vertientes del principio de imparcialidad, que se corresponde con aquella que concierne al particular en el delito de cohecho, concretada en la obligación de dirigirse a la Administración para formular sus peticiones sin interferir ilícitamente en la toma de decisiones, es decir, utilizando los cauces lícitos para su obtención³⁶.

Con la presente cita solo queremos hacer un hincapié en que no solo se podría afectar la imparcialidad de la función pública mediante los propios medios corruptores del cohecho, sino que las relaciones personales o de jerarquía también son medios idóneos para tal lesión (siendo ello tomado en cuenta por legislador español para sancionar no solo la venta de influencias, sino también su ejercicio).

de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

³⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín (Coordinador): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9na Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1799.

Por lo que, en nuestro medio, con la tipificación del tráfico de influencias se estaría protegiendo la imparcialidad en la toma de decisiones públicas no solo por constituirse como un acto previo a los delitos de cohecho, sino que de llegarse a hacer uso de las condiciones familiares, amicales, jerárquicas, etc., que se pudieran tener, éstas constituirían también un medio idóneo para la determinación de la voluntad del funcionario o servidor público.

Respecto a ello, en el Recurso de Nulidad Nº 10-V-01-Lima, de fecha 08 de julio del 2003, podemos observar un ejercicio efectivo de las influencias vinculadas a la relación jerárquica que ostentaba el sujeto activo sobre una funcionaria pública, siendo que, al no lograr obtener la aceptación por esta última, hizo que la removieran del cargo que ocupaba:

Quinto.- *Se le imputa al procesado Alejandro Rodríguez Medrano, en su condición de Vocal Supremo Provisional de la Corte Suprema de Justicia de la República, haber presionado a la Juez Suplente en lo Penal, Sonia Medina Calvo; para que en su actuación de magistrada resuelva en forma inmediata y con resultado favorable el proceso de querrela interpuesta por el Director de la revista Gente, Enrique Escardó Vallejo Gallo, en contra del periodista Hugo Guerra Arteaga, hecho acontecido entre los últimos días de agosto y primeros días del mes de setiembre del año dos mil; a- al respecto la mencionada Juez refirió que el procesado Rodríguez Medrano la citó a su despacho, por intermedio de su secretaria Milagros Graciela Sandoval Vargas; ya en la oficina de esta secretaria, le dijo que había sido llamada para que dé cuenta sobre la Querrela seguida por el Director de la revista "Gente" Enrique Escardó Gallo contra Hugo Guerra periodista de canal "N", seguidamente le entregó un documento consistente en una ayuda memoria del cuestionado caso, la misma ayuda memoria que fue remitida después a su despacho por el querellante; posteriormente cuando se entrevistó con el procesado éste le manifestó que era amigo de Enrique Escardó y que le interesaba dicho proceso, replicándole ella que se encontraba en trámite, luego el procesado en forma altanera le respondió que "no le interesaba el trámite sino el resultado", ante el actitud del citado magistrado, optó por retirarse; después de esto, el día diecinueve de setiembre del dos mil el señor Vocal Superior Sixto Muñoz Sarmiento, entonces encargado de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, expidió una Resolución Administrativa dejando sin efecto el nombramiento de la referida Magistrada, reponiéndola en el cargo de secretaria, lo cual evidentemente era una represalia; en razón de ello ese mismo día presentó una Queja ante el Órgano de Control de la Magistratura (OCMA) contra el procesado y luego de lo acontecido nuevamente fue restablecida en el cargo de Juez que venía ostentando (...)*

Por lo que, la Sala Penal concluye que ha habido una afectación al correcto desenvolvimiento de la administración pública, en específico, a su imparcialidad funcional:

Octavo.- *Que al haberse lesionado el bien jurídico tutelado que consiste en el correcto desenvolvimiento de la administración pública, de una manera externa, en tanto y en cuanto lo que se pretende con ello es evitar la influencia de factores extraños en la determinación de los operadores de justicia del Estado, al igual que la independencia, imparcialidad y honestidad a que tiene derecho todo magistrado, siendo que la conducta concretamente del sujeto activo el "invocar" e "influir" en la decisión de un proceso pendiente de fallo, entendiéndose como influencia, el valimiento que hace el corruptor al magistrado para que emita una decisión final, y que el hecho que no le haya señalado si debería resolver contrariando el derecho, o fallando conforme a derecho, lo lesivo aquí es el hecho de que el sujeto activo Alejandro Rodríguez Medrano haya aprovechado su relación vertical laboral y real de prevalimiento, con la citada magistrada para presionarla a realizar actos contrarios al derecho y al debido proceso³⁷.*

Ahora bien, es necesario considerar que, debido a su estrecha relación con los delitos de cohecho y conforme a lo manifestado en la última parte del fundamento jurisprudencial antecedido, el ejercicio posterior de las influencias puede tener el objetivo de que el funcionario o servidor público realice u omita un acto propio de su cargo, o bien un acto en contra de sus funciones (similar al cohecho propio³⁸). Por tanto, el delito de tráfico de influencias también vendría a constituirse como un acto previo a las incitaciones de cometer abusos y de obtener decisiones prevaricadoras por parte de los funcionarios o servidores públicos, protegiéndose entonces, además de la imparcialidad funcional, el sometimiento a derecho en la toma de decisiones públicas, evitando que éstas puedan estar en contra de lo que la Constitución y las leyes mandan.

Por ello, nos atrevemos a decir, como una pequeña conclusión en general, que con la tipificación del delito de tráfico de influencias se vendría a

³⁷ El subrayado es nuestro.

³⁸ Respecto a lo que se protege en el cohecho propio Mir Puig señala: "Así, se dice, que en el delito de cohecho **propio** se trata de preservar la legalidad de los actos administrativos que no tengan por causa la venalidad del funcionario, castigándose, por consiguiente, la **ilegalidad** de los actos administrativos «**por venalidad**». Se trata de evitar que los funcionarios públicos realicen actos de su competencia que sean constitutivos de delito, o sean injustos o bien se abstengan de actuar cuando la ley les ordene actuar, y que, además, tengan por causa la venalidad (corrupción)". MIR PUIG, C.: Ob. cit., pp. 226-227.

proteger la imparcialidad y el sometimiento a Derecho en el ejercicio de la función pública, en específico, en la toma de decisiones en procesos judiciales y de carácter administrativo.

2.1.1. Opiniones en doctrina

En nuestro medio se han dado algunos comentarios referentes a la protección de la imparcialidad funcional. Pero, como lo resaltan algunos autores, en nuestro delito de tráfico de influencias se tipifican tanto la venta de influencias reales como simuladas, no pudiendo encontrarse un bien jurídico unívoco que proteja a ambas modalidades. En ese sentido Abanto Vásquez comenta que:

El "bien jurídico específico" u OBJETO del bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser ningún "prestigio" o el "buen nombre" de la Administración Pública, pues este concepto no armoniza con un Estado social y democrático de Derecho, tal como se ha demostrado en las consideraciones iniciales. Aquí, más bien, también existe un atentado, aunque lejano, contra la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función; y, en el supuesto de la "influencia simulada", el patrimonio individual³⁹.

En la presente cita podemos ver que el autor considera que para la venta de influencias reales se vendría a proteger la imparcialidad y el carácter público de la función; mientras que para la venta de influencias simuladas es el patrimonio lo que se estaría protegiendo.

Por su parte, San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera sostienen, luego de hacer un análisis diferenciado de cada modalidad y concluir que la venta de influencias simuladas "no posee entidad lesiva para el bien jurídico institucional que se pretende proteger"⁴⁰, comentan que, para el caso de la venta de influencias reales, se vendría a proteger a la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función pública:

"(...) el objeto de protección en la modalidad de tráfico de influencias reales ha de concretarse en «la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas», como interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, consagrado en el art. 139, inc. 2), de la Constitución. Esta modalidad, caracterizada por la idoneidad del acuerdo entre

³⁹ ABANTO VÁSQUEZ, M.: Ob. cit., pp. 524-525

⁴⁰ SAN MARTÍN CASTRO, C. y otros: Ob. cit., p. 34.

traficante e interesado –sobre la base de la veracidad de las influencias invocadas-, lleva consigo una afectación –en términos de peligro abstracto- a la autonomía de los Magistrados judiciales y funcionarios encargados de decidir casos administrativos”⁴¹.

También Peña Cabrera Freyre, haciendo una diferenciación entre la venta de influencias reales y simuladas, comenta 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 actividad pública, de acuerdo con un criterio teleológico y hermenéutico a la vez, de identificación únicamente en el caso de la modalidad de la influencia “real”, pues en la “simulada” no hay idoneidad alguna de poner en peligro la imparcialidad de la actuación funcional, tampoco se advierte la existencia de un objeto jurídico patrimonial, en tanto, la otra parte de la negociación, está formando parte de un negocio jurídico desprovisto de legalidad, incidiendo en un juicio de tipicidad negativo por el delito de estafa”⁴².

Por último, Reátegui Sánchez, sin hacer distinción alguna, hace referencia a que el delito de tráfico de influencias es un tipo pluriofensivo:

“En el delito de tráfico de influencias, tal como está redactado en el código penal, nos encontramos ante un tipo de los llamados pluriofensivos, con el que se trataría de proteger, no solo la transparencia e independencia de la función pública, sino también la situación de igualdad de los ciudadanos frente a esta. Asimismo es protegido el valor de la incorruptibilidad funcional, que resulta lesionada por el ejercicio de la acción del tráfico de influencias determinante de una resolución facilitadora por medio de un beneficio económico”⁴³.

De lo leído en los comentarios citados podemos percatarnos que en parte de nuestra doctrina⁴⁴ se ha llegado a aceptar como objeto de protección en el delito de tráfico de influencias, en la modalidad de influencias reales, a la imparcialidad, objetividad o independencia de la función pública. Mientras

⁴¹ Loc. Cit., p. 38.

⁴² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, 2da Edición, Idemsa, Lima, 2013, pp. 662-663.

⁴³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, j: Ob. cit., p. 750.

⁴⁴ También está a favor de la protección de la “imparcialidad y el correcto funcionamiento de la administración pública”: PAZ PANDURO, Moisés N.: “Aproximación al delito de tráfico de influencias”, En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 8, Nro. 64, Trujillo, Junio, 2006, pp.7-8. Asimismo, comentando que se protege la “objetividad e imparcialidad en la administración de la jurisdicción estatal”, tenemos a: CANCHO ALARCÓN, Rafael Elmer: “El delito de tráfico de influencias en la legislación peruana: discusiones político-criminales y dogmáticas”, En: *La Imputación del Delito y de la Pena en los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2014, p. 283.

que la venta de influencias simuladas tiene críticas al considerarse que no se podría con ella afectar el normal funcionamiento de la administración pública.

Cabe agregar, a modo ilustrativo y haciendo un paralelo con el artículo 256 bis⁴⁵ del código penal argentino, el cual describe también un acto de venta de influencias, que existen comentarios en su doctrina que reconocen como bien jurídico tutelado de esta conducta a la imparcialidad u objetividad de los funcionarios públicos. En ese sentido autores como Edgardo Donna se han mostrado a favor de dicha posición⁴⁶, así como Jorge Buompadre cuyo comentario creemos pertinente citar:

"De la ubicación, redacción, discusión y antecedentes parlamentarios no cabe duda de que el bien jurídico penalmente tutelado por la nueva figura se circunscribe al funcionamiento normal y correcto de la Administración pública, resguardando especialmente la imparcialidad, objetividad y libertad moral de sus funcionarios, garantizando de esta manera la plena vigencia de un Estado de derecho moderno, inspirado en los valores que conforman la ética pública y la transparencia en los procesos de decisión y gestión estatales, en los que deben primar los intereses generales frente a los intereses o pretensiones particulares o de grupos de poder o influencia.

La ley pretende abarcar conductas verdaderamente perniciosas, que permanecían al abrigo de la impunidad. Es, con los defectos y virtudes propios de toda obra humana, un avance en la lucha contra las prácticas corruptas en el ámbito de la Administración pública, que envilecieron y envilecen la actuación de ciertos funcionarios influenciados, y las personas influyentes que –persiguiendo intereses mezquinos– se prevalía de su posición y ascendencia sobre aquél, hasta lograr torcer la voluntad estatal en beneficio propio, de sectores o grupos que representaban”⁴⁷.

⁴⁵ Cuyo texto legal es el siguiente:

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

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

⁴⁶ DONNA, Edgardo: *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, pp. 229-230.

⁴⁷ BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, T. 3, 3era Edición, ASTREA, Buenos Aires, 2009, p. 222.

2.2. Protección del prestigio o buen nombre de la Administración Pública

En nuestro medio algunos autores no comparten las opiniones antes señaladas, estando a favor de la protección del prestigio de la Administración Pública. En ese sentido, Bramont Arias comentaba:

*"Objeto específico de la tutela penal es el interés concerniente al honor y al prestigio de la administración pública en sentido lato, en cuanto conviene salvaguardar la función o el servicio público del descrédito que puede derivarse del hecho de quien trafica pretendidas influencias ante algún funcionario público o servidor público, haciendo creer que son corruptibles o doblegables ante sugerencias ilícitas"*⁴⁸.

Otro comentario lo tenemos por parte de Rojas Vargas quien considera que:

*"El objeto de tutela penal buscado por el delito de tráfico de influencias de conformidad a los elementos que componen la estructura de su tipicidad y a su ubicación sistemática es, en términos generales, el de proteger el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y, en términos específicos, garantizar el prestigio y buen nombre de esta"*⁴⁹⁵⁰.

También, entre otros comentarios⁵¹, Salinas Siccha se muestra a favor de esta posición señalando que:

"El bien jurídico específico que se pretende proteger y preservar es el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa, toda vez que la materialización del alguna de las hipótesis delictivas recogidas en el artículo 400º del Código penal, le desacreditan ante el conglomerado social hasta el punto que se puede hacer creer que aquellos ámbitos de la administración pública solo funcionan por medio de dádivas, promesas o influencias. El prestigio de la administración pública se convierte de esa forma en bien jurídico

⁴⁸ BRAMONT ARIAS, L. A.: Ob. cit., p. 70.

⁴⁹ ROJAS VARGAS, Fidel: *Derecho Penal Práctico, Procesal y Disciplinario. Dogmática y Argumentación*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 347.

⁵⁰ También, en una publicación reciente mantiene la posición de que "es de considerar como bien jurídico la preservación del prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública y específicamente de la administración de justicia jurisdiccional-administrativa". Véase: ROJAS VARGAS, Fidel: *Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Nomos & Thesis, Lima, 2016, p. 370

⁵¹ También se muestran a favor de la protección del buen nombre o del prestigio de la Administración Pública: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: "La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias", En: *Actualidad Jurídica*, T. 127, Lima, Junio, 2004, p. 91. HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.: *Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos Contra la Administración Pública*, 2da Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 219.

*específico relevante de este delito. Ese prestigio debe cautelarse y resguardarse en todo sentido, caso contrario se deslegitima y pierde la confianza de los ciudadanos*⁵².

Dentro de los comentarios de autores extranjeros que interpretaron nuestro delito de tráfico de influencias tenemos lo dicho por Fernando Velásquez quien también se muestra a favor de esta postura y con la protección del patrimonio individual:

*"La descripción típica, como ya se dijo, implica un doble atentado contra los bienes jurídicos: contra la Administración pública, que es el interés primordial objeto de tutela por parte de la Ley Penal; y, por supuesto, contra el patrimonio de la víctima. Desde luego, al Estado le interesa preservar su buen nombre velando por el honor y el prestigio de la Administración Pública, lo cual lo lleva a combatir todos aquellos brotes criminosos que comporten deslucimiento, mengua o descrédito para ella; sin embargo, también tiene interés en que no se juegue con los particulares a los que se les burla por inescrupulosos que terminan, finalmente, obteniendo de ellos prebendas y remuneraciones a las que no debe haber lugar*⁵³.

También, Bustos Ramírez, quien comentando nuestro tipo penal de tráfico de influencias, ha señalado que el objeto de protección estaría en la credibilidad de la Administración Pública:

*"A pesar de lo anterior, estimo que el bien jurídico protegido es la Administración Pública, pues ésta requiere en su ejercicio credibilidad en su transparencia e imparcialidad (el tribunal del alguna manera recoge esta idea, en cuanto hace consistir el bien jurídico protegido en el prestigio y regular funcionamiento de la Administración Pública) y ciertamente dicho bien jurídico **podría** verse afectado por las conductas descritas en el tipo legal en análisis*⁵⁴.

En nuestra jurisprudencia hemos encontrado pronunciamientos a favor de esta postura. Así, en la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 06-2006-A.V., de fecha 21 de mayo del 2007, se puede leer lo siguiente:

⁵² SALINAS SICCHA, R.: Ob. cit., 597-598.

⁵³ VELÁSQUEZ V., Fernando: Informe, En: *Delitos Contra la Administración Pública*, T.I, ARA editores, Lima, 2013, pp. 1323-1324.

⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Informe en relación a la aplicación del artículo 400 del código penal peruano, que tipifica el delito de tráfico de influencias, a las conversaciones sostenidas entre los representantes de la empresa Lucchetti Perú S.A. y el que fuera asesor gubernamental, Sr. Montesinos Torres, En: *Delitos Contra la Administración Pública*, T.I, ARA editores, Lima, 2013, p. 1338.

A estos efectos es de puntualizar la afectación al funcionamiento de la Administración Pública que tuvo lugar con la conducta del imputado. Los administrados, como es público y notorio, disminuyeron ostensiblemente su confianza para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades, situación que debe mensurarse equitativamente. El menoscabo es, pues claro y, como tal, la causa del perjuicio, pero vista su falta de objetivación - tiene una magnitud no sujeta a concreción y homologación- su evaluación económica en virtud al desprestigio sufrido debe ser discrecional y rectamente ponderada, la cual ha de inferirse de la naturaleza, trascendencia y ámbito dentro del cual se propició la figura delictiva: gravedad de los hechos, entidad potencial, relevancia y repulsa social de los mismos.

Solo a título ilustrativo y haciendo un paralelo con el primer párrafo del artículo 430⁵⁵ del código penal español que tipifica un acto de venta de influencias, se ha llegado a considerar por parte de su doctrina que dicha conducta no tendría algún vínculo con la administración pública, siendo solo referencial como objeto de la influencia, por lo que el bien jurídico que se protegería quedaría situado en el prestigio y buen nombre la administración pública. Creemos que ello puede tener sentido por el hecho de que en los artículos 428^o y 429^o se han llegado a tipificar, como lo comentamos con anterioridad, actos que implican el ejercicio real de las influencias. En ese sentido consideramos pertinente citar lo comentado por Muñoz Conde quien es de la opinión que:

"A diferencia de lo que sucede en los otros dos artículos de este Capítulo, el hecho que aquí se tipifica nada tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública (...) La única relación que muestra con la función pública es su referencia a la misma como objeto de la influencia. El sujeto que ofrece hacer uso de esa influencia puede o no tenerla, llegar o no a hacer uso de ella, pero en todo caso puede ser responsable si ofrece hacer uso de esa influencia (real o fingida).

Ello plantea el problema de cuál es en este delito el bien jurídico protegido. Como el tipo no exige ni tan siquiera que la supuesta influencia llegue a utilizarse (con lo cual estaríamos, en principio, en un comienzo de ejecución del delito previsto en el art. 429), parece que lo único que pretende protegerse con el castigo de esta

⁵⁵ Cuyo texto legal es como sigue: *Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos 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. Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años.*

*conducta es el prestigio y el buen nombre de la Administración, un concepto ciertamente etéreo y difícilmente aprehensible*⁵⁶.

Ahora bien, las críticas que se hacen desde esta concepción a la protección de la imparcialidad, objetividad o independencia de la función pública se sustentan en que ello devendría a concebir al tráfico de influencias como un delito de lesión y no de peligro e implicaría identificarlo con el objeto específico de tutela de los delitos de cohecho⁵⁷. Así también se ha comentado que el delito de tráfico de influencia se verifica y se perfecciona antes de poner en peligro o lesionar la imparcialidad u objetividad del funcionario o servidor público, siendo que, si el traficante llega realmente a influir o tratar de influir estaremos ante una fase de agotamiento, siendo ello irrelevante para efectos del presente delito⁵⁸⁵⁹. Es necesario agregar que también se ha llegado a considerar que la protección del prestigio⁶⁰, así como de la dignidad⁶¹ de la administración pública pueden ser entendidas funcionalmente. Por último, se ha comentado que la tipificación de la venta de influencias simuladas se vería legitimada con la protección de este bien jurídico⁶².

Respecto a ello, creemos que debemos descartarlas. Ya que, como lo señalamos con anterioridad, el delito de tráfico de influencias tiene una estrecha relación con el delito de cohecho al constituirse como un acto previo a su consumación, incluso llegamos a la conclusión de que las relaciones personales o jerárquicas pueden constituirse como un medio idóneo para poder determinar las decisiones de los funcionarios o servidores públicos. Por tanto, el bien jurídico tutelado sería el mismo que para los delitos de cohecho, no pudiendo concebirse en nuestro medio que se busque un objeto de protección diferente de los delitos de corrupción para el tráfico de influencias que tipifica el hecho de cobrar alguna ventaja

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1808.

⁵⁷ Ver en ROJAS VARGAS, F: Ob. cit., 347.

⁵⁸ Ver en SALINAS SICCHA, R.: Ob. cit., 600-601.

⁵⁹ En sentido similar se ha dicho que ello implicaría que la interpretación del tipo penal debería hacer en base a una influencia efectiva, siendo ello materia superflua para definir la consumación del delito. Ver en ROJAS VARGAS, F: Ob. cit., 347

⁶⁰ RODRIGUEZ DELGADO, Julio A.: "El Final de la Historia: iel interesado en el tráfico de influencias es impune!", En: *Ius Et Veritas*, Año XVI, Nro. 33, Lima, 2006, p. 250.

⁶¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Delito de Enriquecimiento Ilícito*, Idemsa, Lima, 2001, p. 15.

⁶² Ver en SALINAS SICCHA, R.: Ob. cit., 589.

económica o de cualquier índole para ejercitar sus influencias en favor de una de las partes, pudiendo parcializar posteriormente la voluntad de los funcionarios o servidores públicos.

Si bien el delito se perfecciona antes de poner en peligro o lesionar a la imparcialidad u objetividad, es necesario precisar que por ello su tipificación se hace a modo de un delito de peligro abstracto, configurándose como un adelantamiento de las barreras de protección penal respecto a la tutela del buen funcionamiento de la administración pública.

Lo que sí debemos resaltar es que con la protección del prestigio o buen nombre de la administración pública podríamos llegar a concebir un bien jurídico único tanto para la venta de influencias reales como de las simuladas, cosa que es difícil lograr con la protección de la imparcialidad y legalidad funcional. Pero, por cuestiones de orden constitucional como lo veremos a continuación, no es posible concebirla como bien jurídico tutelado en este delito.

2.2.1. Críticas a esta postura

Se le critica a esta postura que el concepto de prestigio o buen nombre de la Administración es difuso⁶³, gaseoso⁶⁴, etéreo⁶⁵ y que no armoniza con un Estado social y democrático de Derecho⁶⁶. Incluso se ha llegado a señalar que en nuestro país la Administración Pública no tiene ningún prestigio o buen nombre, sino que se piensa que existe una especie de sistema de corrupción enraizado en aquella, siendo que si se aceptara esta postura se estarían sancionando conductas que en realidad lindan con la moral y no con un derecho penal de última ratio⁶⁷.

Por nuestra parte consideramos que proteger el prestigio o buen nombre de la administración pública no puede tener legitimidad si es que, como lo señalamos con anterioridad, concebimos que la concepción de administración pública que protege el derecho penal y que goza de

⁶³ QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y MORALES PRATS, F. (Coordinador): Ob. cit., p. 1809.

⁶⁴ RODRIGUEZ DELGADO, J.: Ob. cit., p. 250

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, F.: Ob. cit., p. 1808

⁶⁶ ABANTO VÁSQUEZ, M.: Ob. cit., p. 524

⁶⁷ PAZ PANDURO, M.: Ob. cit., p. 7.

protección constitucional es la de entenderla funcionalmente como el conjunto de actividades consistentes en una correcta prestación de los servicios públicos para con sus pobladores, sirviéndole así, como un instrumento para el desarrollo de sus potencialidades y la concreción de sus proyectos de vida. Concebir como bien jurídico a su prestigio o buen nombre nos pondría en una posición estática y subjetiva carente de sustento constitucional.

Si bien se ha argumentado que el prestigio, buen nombre o dignidad de la administración pública pueden tener un sustento funcional, para nosotros no nos queda claro en qué consistiría esa visión funcional. Por lo que habría que hacernos la siguiente pregunta: ¿Existirá un buen funcionamiento de la administración pública si es que ella misma cuenta con un prestigio o buen nombre?, o en otras palabras: ¿existirá un buen funcionamiento de la administración pública si es que primero sus ciudadanos le guardan respeto y honran su institucionalidad?, si respondiéramos afirmativamente, estaríamos dándole legitimidad a un Estado que, haciendo uso del derecho penal, buscaría garantizar opiniones favorables hacia su propia entidad, dando con ello una visión de Estado autoritario.

Cabe agregar que existen otros comentarios, como el de Gonzalez Cussac quien, citando a Vives Anton, señala que "la dignidad dentro del marco democrático en el que nos hallamos, comporta una visión de la Administración como poder legítimo y en cuanto tal, «merecen y precisan el respeto de los ciudadanos». En ese sentido cabe hablar de una «dignidad entendida funcionalmente, como un requisito imprescindible de su buen funcionamiento»⁶⁸.

Comentario que no compartimos, ya que la Administración, constitucionalmente hablando, no es un poder legítimo por sí mismo que merece ser respetado u honrado por sus ciudadanos, en otras palabras, no se legitima *per se*, sino, como lo comentamos con anterioridad, por el hecho de servir para el desarrollo y la defensa de la persona humana. Por tanto, no nos queda claro por qué el proteger su dignidad, prestigio o buen

⁶⁸ GONZALEZ CUSSAC, José Luis: *El Delito de Prevaricación de Autoridades y Funcionarios Públicos*, 2da Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 25.

nombre debe constituirse como un requisito necesario para que la propia Administración brinde adecuadamente los servicios públicos básicos a sus pobladores. ¿Acaso será que las opiniones favorables o desfavorables, así como la confianza o desconfianza por parte de los ciudadanos hacia sus entes pueden influir de una manera importante para que la administración pública funcione o deje de funcionar adecuadamente?, ¿serán esas cuestiones netamente espirituales merecedoras de protección penal?

La respuesta obviamente es negativa. Por lo que creemos que el prestigio o descrédito que pueda tener la Administración es, más que todo, una consecuencia que deviene de la forma en que ejerce su rol funcional. Una consecuencia común a todos los delitos contra la administración pública, pero no un objeto de protección penal. En ese sentido se vería afectada en su prestigio aquella alcaldía en donde sus funcionarios públicos se apropian de los recursos que administren, no pudiendo cumplir adecuadamente con los servicios de recreación, seguridad o higiene pública. Entonces en ese ejemplo la población diría que la Municipalidad "X" está llena de ladrones, teniendo como consecuencia un desprestigio de dicha entidad estatal ante la sociedad. Así también ponemos como ejemplo que si un policía no ejerce adecuadamente sus funciones, en el sentido de no brindar ayuda o no acoger la denuncia formulada por una víctima de un robo o violación evidentes, la población tendrá la opinión de que la institución policial no funciona bien, de que está llena de corruptos u holgazanes. Teniendo con ello un descrédito por parte de la ciudadanía.

Entonces, concluimos que el derecho penal no puede proteger concepciones extremadamente subjetivas, o mejor dicho, no puede proteger algo extremadamente impalpable como lo es el prestigio o el buen nombre de la administración pública, quedando descartada para nosotros esta posición.

2.2.2. Postura similar: Protección de la institucionalidad de la Administración Pública

Hemos encontrado en doctrina nacional un comentario similar a la protección del prestigio o buen nombre la administración pública. Ello

consiste en la protección de su Institucionalidad, en ese sentido Guimaray Mori es de la posición que:

"La norma penal del artículo 400 CP sanciona la lesión efectiva de la «institucionalidad de la administración pública», definida como interés estatal en prevenir conductas que muestren a la administración pública como un ente endeble e influenciabile, y se trata de un interés acorde con el modelo de organización social propio de un Estado constitucional de derecho, pues el compromiso estatal de lucha contra la corrupción debe abarcar todos los flancos posibles que coadyuven a fortalecer el sistema de corrupción, justamente por la idoneidad altamente lesiva que los actos de corrupción significan para el desarrollo del individuo en sociedad y para el mantenimiento del sistema jurídico"⁶⁹.

Respecto a ello, si bien el autor señala que ello no debe de entenderse como la protección de la "imagen institucional" de un órgano judicial o administrativo⁷⁰ y de que con la protección de la institucionalidad se legitimaría la tipificación de la venta de influencias irreales⁷¹, somos de la idea de que dicha institucionalidad tendría como base una concepción subjetiva de lo que es Administración Pública al tener como consecuencia sancionar las conductas que hagan ver a la propia Administración como una entidad endeble o influenciabile, definición que se acerca mucho a la protección del prestigio o buen nombre de la misma. Por lo que, como lo señalamos con anterioridad, concepciones muy abstractas o extremadamente impalpables no pueden ser materia de protección penal.

2.3. Jurisprudencia reciente

En la Casación N° 374-2015-Lima, de fecha 13 de noviembre del 2015, nuestra Corte Suprema ha dejado sentada su posición respecto al objeto de protección en el delito de tráfico de influencias, en específico, en su modalidad de venta de influencias simuladas:

Décimo quinto: *De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que proteja la imagen y prestigio de la Administración Pública y*

⁶⁹ GUIMARAY MORI, Erick: "El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad", En: *Estudios Críticos Sobre los Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2013, p. 108.

⁷⁰ Loc. Cit., p. 106.

⁷¹ Loc. Cit., p. 114-116.

de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (principio de última ratio).

Lo que nos parece significativo es el hecho de que la corte suprema admita que con la venta de influencias simuladas NO se protege el correcto funcionamiento de la administración pública, bien jurídico que, como lo hemos comentado anteriormente, goza de un reconocimiento dogmático y constitucional (incluso vimos pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional y de la propia Corte Suprema en favor de su protección).

Por lo que, luego de hacer este razonamiento, nuestra corte suprema señala que lo correcto sería proteger, con el tipo penal de venta de influencias simuladas, a la imagen y prestigio de la administración pública. Pero agrega: "y de forma mediata su regular funcionamiento". Cosa que a simple vista se podría ver como una contradicción, ya que si se ha llegado a la conclusión de que con la venta de influencias simuladas no se protegería el buen funcionamiento de la administración pública, siendo que, lo que quedaría sería protegerla solo en su prestigio, no concebimos cómo luego se argumente que de manera próxima se protegería su regular funcionamiento.

Quizás, la intención fue de dar a entender que con la venta de influencias simuladas, de manera indirecta, se protegería al correcto funcionamiento de la administración pública. Entonces, se podría deducir que el razonamiento de la corte suprema iría en el sentido de que con la venta de influencias simuladas se protege de manera directa o inmediata el prestigio o buen nombre de la Administración y, de una manera indirecta o algo lejana a su buen funcionamiento. Sólo así podríamos entender que luego se señalara que la tipificación de la venta de influencias simuladas cuenta con un mínimo grado de lesividad, precisamente, por su ineficacia o insuficiencia para la afectación al correcto funcionamiento de la administración pública, debiéndose ello tomar en cuenta a efectos interpretar el presente tipo penal.

Ahora bien, con el fundamento trigésimo quinto de la casación en comento, podemos colegir que nuestra corte suprema, de una forma más reciente, reconoce que con la venta de influencias reales se estaría afectando a la imparcialidad, objetividad o independencia de la función pública:

Trigésimo quinto: *En el caso del tráfico de influencias simuladas, el tratamiento será distinto, pues no hay un peligro real de afectar la imparcialidad, objetividad o independencia del funcionario, tampoco existe un acto de corrupción, que sanciona otros tipos penales. Dependiendo del ofrecimiento que se haga, solo podría existir una apariencia de corrupción de la Administración Pública.*

Ello lo deducimos de lo indicado en el presente fundamento de que con el tráfico de influencias simuladas no existe un peligro real de afectar a la imparcialidad funcional, *contrario sensu*, con la venta de influencias reales sí existiría una puesta en peligro de la independencia o imparcialidad de la administración pública.

También, en el Acuerdo Plenario Nº 3-2015/CIJ-116, de fecha 02 de octubre del 2015, nuestra Corte Suprema estableció, de una forma más específica, como doctrina legal que en el caso del tráfico de influencias reales el bien jurídico protegido es el "correcto funcionamiento de la administración pública", mientras que en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el "prestigio y buen nombre de la administración pública" que se ve dañada cuando el sujeto activo lucra a costa de ella:

14º. *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*⁷².

Agregan que no existe inconveniente alguno en defender el carácter punible de la venta de influencias simuladas, en la medida que la conducta del sujeto activo en el caso concreto sea objetivamente idónea para poner en riesgo o para lesionar el prestigio y buen nombre de la administración pública, manifestándose con ello una conformidad con el principio de lesividad:

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 principio 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 (...)*

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*⁷³.

Si bien, nosotros no concebimos que con la tipificación de cualquier delito vinculado con la administración pública se proteja de manera primigenia a su buen nombre, dignidad o prestigio y, como consecuencia de ello, se ponga una menor o nula importancia a la protección de su buen funcionamiento, solo nos queda decir que, en términos prácticos para el ejercicio profesional de la abogacía y labor judicial, en la actualidad se concibe jurisprudencialmente que con la sanción de la venta de influencias simuladas se estaría protegiendo a la imagen o prestigio de la administración pública.

⁷² El subrayado es nuestro.

⁷³ El subrayado es nuestro.

2.4. Idea Final

Terminamos el presente capítulo precisando que el delito de tráfico de influencias en nuestro medio al prever dos modalidades comisivas: una venta de influencias reales y una venta de influencias simuladas, ha originado que en doctrina se den opiniones referentes a que no cabría la posibilidad de encontrar un bien jurídico único para ambas modalidades. Siendo que, los comentarios van relacionados a que con la venta de influencias reales se protegería la imparcialidad u objetividad de la función pública; mientras que con la venta de influencias simuladas o bien se protegería el patrimonio individual del comprador interesado en la venta de las mismas, o bien no tendría objeto de protección alguno que lo vincule con el buen funcionamiento de la Administración Pública. Incluso jurisprudencialmente se ha llegado a considerar que con dicha modalidad delictiva se protegería la imagen, el prestigio o buen nombre de la misma.

Por nuestra parte, admitiendo que seguir manteniendo como punible a la modalidad de venta de influencias simuladas genera problemas de legitimación constitucional en la tipificación del delito de tráfico de influencias, consideramos que el bien jurídico protegido en este delito (al menos en la venta de influencias reales) es, como lo señalamos con anterioridad, la imparcialidad y el sometimiento a Derecho en el ejercicio de la función pública, en específico, en la toma de decisiones en procesos judiciales y de carácter administrativo. Siendo estos aspectos, comprendidos dentro del buen funcionamiento de la administración pública, los que evitan que haya alguna interferencia indebida por parte de intereses privados en asuntos que tienen carácter público, debiendo estar la actuación de los funcionarios o servidores públicos guiada por lo que la ley y la Constitución mandan.

Conclusiones del segundo capítulo:

1. Con la regulación de los delitos contra la Administración Pública lo derecho penal viene a proteger es a esta última entendida en su sentido funcional (en específico, en su concepción objetiva – externa) como aquella actividad del Estado, constituida por la prestación de

servicios públicos, destinada a satisfacer las necesidades básicas de la población, sirviendo así, como un medio para obtención del bienestar general. Teniendo dicha concepción un respaldo no solo dogmático-penal, sino también Constitucional.

2. El delito de tráfico de influencias, por su redacción y por su ubicación dentro de los delitos contra la administración pública, viene a proteger de manera genérica el buen o correcto funcionamiento de la misma.
3. Nuestro delito de tráfico de influencias al prever dos modalidades comisivas (una venta de influencias reales y otra simuladas), ha originado, tanto en la doctrina como en nuestra jurisprudencia, que se conciban opiniones diferentes respecto al bien jurídico específico que se busca proteger con la tipificación de este delito. Siendo que, las posturas van relacionados a que con la venta de influencias reales se protegería a la imparcialidad u objetividad de la función pública; mientras que, con la venta de influencias simuladas, se protegería el patrimonio individual del comprador interesado o el prestigio, buen nombre o institucionalidad de la Administración Pública.
4. Lo más correcto es considerar que el bien jurídico protegido en este delito (al menos en la venta de influencias reales) es la imparcialidad y el sometimiento a Derecho en el ejercicio de la función pública, en específico, en la toma de decisiones en procesos judiciales y de carácter administrativo. Ello al concebírsele como un acto previo a los delitos de cohecho (pudiendo también las presiones basadas en relaciones personales o de jerarquía conseguir su mismo objetivo) y a la obtención de decisiones prevaricadoras u otras conductas abusivas por parte de los funcionarios públicos.

TERCER CAPÍTULO

TIPO PENAL DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS⁷⁴

En los capítulos anteriores hemos dado ya un alcance de lo que se vendría a proteger y a sancionar con la tipificación del delito de tráfico de influencias, llegando a concluir que en el presente delito se prevé como conducta típica el hecho de llegar a un acuerdo ilícito mediante el cual un sujeto vende su capacidad para poder moldear la voluntad de los funcionarios o servidores públicos, encargados de tomar decisiones en procesos judiciales o de carácter administrativo, en favor de una persona quien, a modo de contraprestación, le da o promete alguna ventaja económica o de cualquier otra índole.

En otros términos, lo que se tipifica en el tráfico de influencias es la comercialización privada de la función pública, pero no de una forma tan directa como ocurre en los delitos de cohecho, ya que en este caso el funcionario o servidor público pone en venta su propia actuación funcional. Sino que, con el tráfico de influencias, lo que se pone en venta es más que todo una labor de intercesión ante dichos funcionarios o servidores públicos, constituyéndose el vendedor de influencias como un nexo entre el sujeto comprador – interesado y el funcionario que tenga a cargo la decisión de un caso judicial o administrativo.

Ahora bien, el presente delito es uno de mera actividad, ya que se consuma con la sola conclusión del acuerdo entre el comprador y el vendedor de influencias, no siendo necesario que se verifique un ejercicio efectivo de las mismas ni la existencia de algún otro resultado posterior. Es precisamente por ello que se le concibe también como un delito de peligro abstracto, ya que el tipo penal solo viene a sancionar una conducta considerada peligrosa

⁷⁴ Se comenta que históricamente dicho delito tiene su origen en roma: (...) *ya en tiempos de ALEJANDRO SEVERO (208-235 d. C.), éste mandó quemar vivo a un sujeto que había vendido favores e influencias a su nombre. La pira sobre la cual fue quemado el infortunado llevó la siguiente inscripción: «funo punitur qui fumun vendidit». La base del castigo radicó como indica DELAHAYE en la idea de la injuria ocasionada al príncipe romano y en la necesidad de reprimir la avidez y la codicia inescrupulosa.* En: ROJAS VARGAS, Fidel: Ob. cit., p. 774.

para la administración pública (el llegar a un acuerdo ilícito), no verificándose con dicho accionar una lesión a su buen funcionamiento ni previendo el tipo penal un supuesto de peligro concreto para su consumación.

También, del presente delito en comentario nos percatamos que está compuesto por una serie de conductas alternativas. Siendo que, el sujeto activo debe de "invocar" o "tener" influencias, pudiendo ser éstas últimas "reales" o "simuladas". Asimismo, debe de "recibir" o "hacer dar o prometer" cualquiera de los objetos corruptores: "donativo", "promesa" o cualquier otra "ventaja" o "beneficio". Por último, el sujeto activo, tiene que ofrecer interceder ante un funcionario o servidor público que "ha de conocer", "esté conociendo" o "haya conocido" un caso "judicial" o "administrativo".

Cabe agregar, que no es necesario para la consumación del presente delito que dichas conductas se realicen siguiendo un orden estricto y excluyente⁷⁵ de primero invocar influencias, luego recibir donativo o promesa y terminar con el ofrecimiento de interceder ante el funcionario público. Ello tiene su fundamento en la propia redacción usada por legislador para con el tipo penal de tráfico de influencias⁷⁶, en donde podemos percatarnos del uso de los términos "invocando" o "teniendo". Siendo que, al describirse las conductas de "invocar" y "tener" en su forma de gerundio denotarían, como

⁷⁵ Es ese sentido Rojas Vargas opina que: *"La figura de tráfico de influencias posee una conducta típica compuesta o plurisubsistente, la misma que se caracteriza por el hecho de que el comportamiento típico para configurarse, al grado de adquirir relevancia penal consumadora, requiere la concurrencia de una serie de actos ejecutivos en secuencia lógica excluyente, esto es, si no se presenta alguno de los componentes típicos o si concurren de modo distinto a la secuencia progresiva o causal, exigida por la norma penal, se produce la ruptura de la vinculación causal y por lo mismo adviene una causal de atipicidad. (...)*

En el delito de tráfico de influencias la invocación de influencias (primer acto que inicia la conducta típica) posibilita un segundo acto por parte del interesado de dar o prometer. Acto segundo que tiene como condición un acto intermedio de parte del traficante consistente en el ofrecimiento de interceder a favor del interesado, para que ello permita a su vez en una sucesión lógica, cuya apreciación dependerá de la velocidad con que se efectúen dichos actos, la negociación o pacto entre traficante e interesado a efectos de dar por perfeccionado el comercio de influencias y por lo mismo consumado el delito (...)" En: ROJAS VARGAS, F.: Ob. cit, pp. 348-349.

⁷⁶ "El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa".

señala Hurtado Pozo, simultaneidad o anterioridad⁷⁷ de las mismas respecto al hecho de recibir, hacer dar o prometer; y, del ofrecimiento de interceder.

Por tanto, puede caber la posibilidad de que en el momento en que el sujeto activo esté invocando influencias, simultáneamente ofrezca interceder ante el funcionario o servidor público y luego reciba alguna contraprestación. Como también, de que en el momento en que se realice el acto de invocación de influencias, simultáneamente se reciba, se haga dar o prometer cualquier tipo de ventaja y luego se realice el ofrecimiento interceder. Incluso puede que, como opina Hurtado Pozo, en un mismo lapso —indistinta y estrechamente relacionados— se produzcan los tres actos⁷⁸. Para el caso de la "tenencia" de influencias consideramos que dicha conducta siempre se realizará en simultáneo con las otras dos.

En nuestra jurisprudencia hemos encontrado un pronunciamiento acorde a lo que hemos expuesto. En el Recurso de Nulidad Nº 3623-2005-Lima, de fecha 16 de junio del 2006, se puede leer:

Décimo.- Que, el término "invocar" se refiere a alegar en el sentido de exponer méritos para fundar en ellos alguna pretensión; en la redacción de nuestro Código Penal, el gerundio del verbo invocar sugiere la simultaneidad con el acto de recibir o hacer dar o prometer, es decir, en respeto del "Principio de Legalidad" sólo cabe admitir dos supuestos: a) O se invoca influencias antes de recibir el donativo, promesa o ventaja; b) O se invoca influencias al mismo tiempo que se recibe el donativo, promesa o ventaja

Muy aparte de estos argumentos de origen gramatical, creemos que entender de esta forma la realización de los elementos típicos del delito de tráfico de influencias reflejaría su actuación en la práctica social, en el cual la consumación de este delito implica una serie de conversaciones y reuniones diversas en donde la capacidad comunicativa de las personas no podría restringirse a que, de manera mecánica y solo para la configuración del presente delito, se realicen las conductas antes descritas en un orden secuencial estricto y excluyente.

⁷⁷ HURTADO POZO, J: Ob. cit, p. 279.

⁷⁸ Loc. cit, p. 280.

Ahora bien, ya terminando con este problema interpretativo, en nuestra jurisprudencia podemos ver algunos pronunciamientos referidos a los elementos típicos del delito de tráfico de influencias:

*Tercero: (...) en ese sentido, se exige como elementos objetivos que: a) el agente manifieste a alguien tener influencias reales o simuladas en la administración pública; b) el agente le ofrezca interceder ante un funcionario o servidor, ante un caso judicial o administrativo; y, c) el agente reciba, haga dar o prometer para sí o tercero, un donativo o promesa*⁷⁹.

DÉCIMO TERCERO: *Que el delito de tráfico de influencias tipificado en el artículo cuatrocientos del Código Penal, modificado por Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, del seis de octubre de dos mil cuatro, reprime las siguientes conductas: **I)** invocar influencias reales o simuladas, con lo que el legislador al buscar la protección del correcto desempeño de la Administración Pública prohíbe anteladamente –delito de peligro abstracto– cualquier posibilidad de afectar su desarrollo; **II)** el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; cabe señalar que para la configuración de este supuesto carece de relevancia típica que el interesado acepte la propuesta que le formule el sujeto activo del delito; **III)** recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja, lo que no se restringe al ámbito estrictamente monetario, pues también están comprendidos favores o prebendas de otra naturaleza*⁸⁰.

*Noveno: Que, para que una conducta se adecue al tipo previsto en el artículo cuatrocientos del Código Penal se requiere que concurren los siguientes elementos: a) Invocar influencias; b) Recibir, hacer dar o prometer donativo promesa o cualquier ventaja; y, c) Ofrecimiento de interceder*⁸¹.

9º. *(...) El citado delito, previsto y sancionado por el artículo cuatrocientos del Código Penal, tiene como elementos típicos (a) al traficante de influencias –que incluso, como en el presente caso, es un funcionario público– [sujeto activo]; (b) al Estado, en tanto los comportamientos descritos en el tipo legal tienen que ver con el funcionamiento de la Administración Pública, con la necesidad de que ésta goce de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades en aras de la afirmación de la garantía constitucional de igualdad [sujeto pasivo]; (c) la invocación de influencias del sujeto activo en cuanto se tiene capacidad para demandar ayuda a un funcionario público, entendida como la capacidad – posibilidad de orientar la conducta ajena en*

⁷⁹ R.N. Nº 4218-2009-Piura, de fecha 20 de abril del 2010.

⁸⁰ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente A.V. 05-2008, de fecha 23 de agosto del 2010.

⁸¹ R.N. Nº 3623-2005-Lima, de fecha 16 de junio del 2006.

una dirección determinada [medio delictivo]; (d) el ofrecimiento de influir en funcionarios que han conocido o están conociendo un caso judicial o administrativo, esto es, realización sucesiva o simultánea de actos de intercesión o de intermediación, [prestación del agente]; y, (e) la obtención de beneficios, sean patrimoniales o no patrimoniales [contraprestación por la influencia]⁸².

Pasemos a tratar entonces todos estos elementos que conforman el tipo penal de tráfico de influencias:

1. Sujetos

Comienza el tipo penal descrito en el artículo 400º del código penal señalando al sujeto activo con las palabras "El que". Por lo que, debemos de considerar que, en términos generales⁸³, el delito de tráfico de influencias en nuestra legislación es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona.

En relación con el sujeto pasivo, como lo señalamos con anterioridad, se debe de concebir al Estado (en su visión orgánica) como único sujeto pasivo en los delitos contra la administración pública y, como sujeto pasivo específico, a la institución pública sobre la cual ha recaído la conducta lesionadora⁸⁴⁸⁵.

En relación a ello, se tiene como ejemplo que en el Recurso de Nulidad Nº 2412-2004-La Libertad, de fecha 27 de enero del 2005, se haya señalado como agraviado al Estado y al Ministerio de Educación:

SEXTO: Que, acreditada la comisión del ilícito y la responsabilidad del procesado, así como aclarado el alegato de defensa de José Luis

⁸² Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente Nº 06-2006-A.V., de fecha 21 de mayo del 2007.

⁸³ Decimos en términos generales, ya que en el segundo párrafo del artículo 400º se prevé una circunstancia agravante al cometerse el delito valiéndose el sujeto activo de su condición de ser funcionario o servidor público (agravante de la que nos ocuparemos en comentar más adelante).

⁸⁴ Ver páginas 22-23.

⁸⁵ En un sentido similar se pronuncia Reátegui Sánchez al señalar: "Aquí debemos distinguir dos momentos de agravio: en primer lugar, el sujeto pasivo del delito (como titular del bien 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 401º 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". En: REÁTEGUI SÁNCHEZ, J.: Ob. cit., p. 757.

*Castillo Silva, corresponde señalar que la condena materia de impugnación se encuentra arreglada a ley; por estos fundamentos Declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de fecha seis de mayo del dos mil cuatro, de fojas cuatrocientos noventicuatro, que CONDENA a JOSE LUIS CASTILLO SILVA como autor del delito de contra la administración pública - tráfico de influencias - en agravio del Estado y del Ministerio de Educación, imponiéndole tres años de pena privativa de la libertad suspendida por dos años, y el pago de quinientos nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá pagar el condenado a favor de cada uno de los agraviados; con lo demás que contiene; y los devolvieron*⁸⁶.

También, en el Recurso de Nulidad N° 2218-2005-Arequipa, de fecha 10 de abril del 2006, se ha considerado como agraviado tanto al Estado, como a la Municipalidad provincial de Islay:

*Por estos fundamentos: I. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas setecientos cuarenta y cinco, de fecha veintisiete de abril de dos mil cinco, en el extremo que condena a Claudio Cerafín Huaranca Gonzales como autor del delito contra la Fe Pública falsificación de documentos en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de Islay, y a Mario Felipe Fernando Pinto Rivera como autor de los delitos contra la Fe Pública - falsificación de documentos y contra la Administración Pública - tráfico de influencias en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de Islay; y, les impone, al primero de los nombrados cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de tres años bajo reglas de conducta y sesenta días multa a favor del Estado, y al segundo tres años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dos años; asimismo, a ambos les impone la pena de sesenta días multa, y fija en cinco mil soles el monto de la reparación civil a razón de tres mil nuevos soles para la Municipalidad y dos mil para el Estado que abonarán los sentenciados en forma solidaria; con lo demás que al respecto contiene*⁸⁷.

De los pronunciamientos citados nos podemos percatar también que, aparte de sindicarse como agraviados al Estado y a la entidad pública respectiva, se les reconoce a ambas una reparación civil que debe abonar el condenado en su favor.

Jurisprudencialmente también se ha señalado que el funcionario público influenciado y sobre el que se busca el ejercicio de las influencias no puede

⁸⁶ El subrayado es nuestro.

⁸⁷ El subrayado es nuestro

ser sujeto pasivo de este delito⁸⁸. Así, en el Recurso de Nulidad N° 1552-2003-Del Santa, de fecha 09 de agosto del 2004, se puede leer: *Cuarto: Que en el delito de tráfico de influencias la víctima no es el funcionario público al que se busca influenciar sino el Estado, pues se afecta la administración pública y su respetabilidad.*

1.1. El comprador de influencias como sujeto pasivo

Si bien hemos señalado que el único sujeto pasivo en esta clase de delitos es el Estado, en nuestra jurisprudencia hemos encontrado algunos pronunciamientos que conciben como agraviado a la persona natural, en específico al comprador de las influencias (en el capítulo cuarto abordaremos el tema de la participación del interesado comprador de influencias con mayor detalle). En ese sentido, en el Recurso de Nulidad N° 4218-2009-Piura, de fecha 20 de abril del 2010, en su fundamento cuarto le dan la calidad de agraviada a la compradora de influencias quien entregó cuatro mil soles a un secretario judicial y a su cómplice para que intercedan ante un juez penal y logren una resolución que le diera la libertad a su hermano en el proceso que se le seguía por el delito de tráfico ilícito de drogas.

Cuarto.- *Que, de la revisión de los autos se advierte que existen pruebas de cargo suficientes que acreditan - con plena certeza - las influencias invocadas por los encausados Roberto Neptalí Solano Sandoval y Jorge Clavijo Velásquez –el primero en calidad de autor y el segundo como cómplice primario-; conclusión que se fundamenta en la sindicación realizada por la agraviada Gladis Yovera Miranda, quien durante el desarrollo de la investigación preliminar, instrucción y juicio oral, a fojas once, cincuenta y cinco y ciento ochenta y nueve, respectivamente, sindicó a los encausados como las personas a las que les dio cuatro mil nuevos soles a cambio de que intercedan y favorecer con una resolución de libertad para su hermano César Augusto Yovera Miranda, el mismo que era instruido en el Primer Juzgado Penal de Talara por el delito de tráfico ilícito de drogas, versión coherente y verosímil, pues viene respaldada por las declaraciones testimoniales de Estilita Arambulu Canales de Dioses, obrantes a fojas dieciocho, noventa y seis y ciento noventa y dos y de Santos Olaya Peña a fojas veinte y ciento noventa y cinco, donde señalaron que las dos declarantes estaban en la casa de Estilita Arámbulu Canales de Dioses, lugar donde le*

⁸⁸ Es de una opinión contraria para los casos de venta de influencias reales: ABANTO VÁSQUEZ, M.: Ob. cit., p. 528.

entregaron la suma de cuatro mil nuevos soles al encausado Jorge Clavijo Velásquez, conocido como "chiqui" para que se lo confiara al secretario Roberto Neptalí Solano Sandoval con el propósito de solucionar el problema del hermano de Gladis Yovera — quien previamente les había entregado el dinero -; siendo el caso que después de la entrega del dinero, el encausado Solano Sandoval las llamó por teléfono para indicarles que no hablaran con él en el juzgado; en ese sentido, se advierte que la sindicación realizada por la agraviada es constante, verosímil y coherente, y por tanto tiene virtualidad procesal para ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de los encausados, resultando adecuada la condena impuesta a los recurrentes⁸⁹.

Luego, en la parte decisoria de dicha jurisprudencia, se puede verificar que se concibe como único agraviado del delito de tráfico de influencias a Gladis Yovera Miranda (compradora - interesada), reconociéndosele una reparación civil por el monto de dos mil soles:

Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fecha veintiuno de setiembre de dos mil nueve, a fojas doscientos catorce, que condenó a Roberto Neptalí Solano Sandoval y Jorge Clavijo Velásquez como autor y cómplice, respectivamente, del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de tráfico de influencias, en agravio de Gladis Yovera Miranda; imponiendo, al primero de los nombrados tres años de pena privativa de libertad efectiva, la que computada desde el veintiuno de setiembre de dos mil nueve vencerá el veinte de setiembre de dos mil doce; asimismo, lo inhabilitaron por el periodo de tres años conforme al artículo treinta y seis, incisos segundo y tercero del Código Penal; en tanto, al segundo le impusieron dos años de pena privativa de libertad suspendida por el mismo plazo, bajo reglas de conducta; y fijó en dos mil nuevos soles el monto de reparación civil que deberán pagar de manera solidaria los sentenciados, sin perjuicio de devolver la suma indebidamente recibida, con lo demás que contiene; y los devolvieron⁹⁰.

Del mismo modo, en el Recurso de Nulidad N° 1926-2013-Pasco, de fecha 03 de marzo del 2015, se le atribuye a la compradora de influencias la calidad de agraviada:

2.1. Conforme se verifica en los folios uno a tres, doña Mary Luz Rau López interpuso queja verbal contra el procesado, manifestando que se entrevistó con él en el juzgado y que le solicitó que se encontraran fuera, por lo que le dio su número de teléfono celular. Al llamarlo quedaron en encontrarse en la panadería Mamá; en dicha reunión el sentenciado le ofreció darle apoyo y a cambio se

⁸⁹ El subrayado es nuestro.

⁹⁰ El subrayado es nuestro.

solicitó la entrega de treinta nuevos soles, dinero que le dio la agraviada.

2.2. Posteriormente el procesado le solicitó conversar nuevamente con ella y, por ello, se hizo presente en la ODECMA con el fin de interponer queja.

2.3. Luego del operativo efectuado a raíz de la denuncia, se materializó la intervención del procesado conforme se verifica en acta de folio nueve. En el acta se consignó que el procesado indicó que fue la agraviada quien le ofreció entre treinta y cuarenta nuevos soles por ayudarla, propuesta que aceptó. Cabe indicar que en dicho acto no se encontraron en poder del sentenciado los billetes consignados en el acta de fotocopiado del folio cuatro. Se encontró en su poder el teléfono celular con el número 963-914-801.

2.4. La agraviada Rau López ratificó la imputación en su manifestación a escala policial, donde narró los pormenores de las reuniones sostenidas con el procesado, días antes de su intervención, y la forma como ésta se llevó a cabo; esta versión fue sostenida durante la instrucción (folios ciento cincuenta y cuatro a ciento cincuenta y siete) y en el juicio oral (folio setecientos cuarenta y uno) en que la agraviada mantuvo que el procesado le ofreció interceder ante el juez de apelación, con el propósito de incrementar su pensión alimentaria, de doscientos cincuenta a trescientos nuevos soles⁹¹.

Luego, en su parte decisoria, se consigna como agraviados del delito de tráfico de influencia tanto al Estado, como a doña Mary Luz Rau López (compradora – interesada):

I. DECLARAR NO HABER NULIDAD en la sentencia de veintiuno de enero de dos mil trece, emitida por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Pasco, que condenó a don Enrique Lázaro Estrella como autor del delito contra la administración pública en la modalidad de tráfico de influencias en agravio del Estado y de doña Mary Luz Rau López⁹².

Respecto a ello, consideramos que es una mala práctica judicial concebir al comprador de influencias como parte agraviada en un proceso penal por el delito de tráfico de influencias, ya que la norma penal está dirigida a proteger el buen funcionamiento de la administración pública, no siendo una persona en particular, como lo es el comprador – interesado, el titular de dicho bien jurídico.

Si lo que se quiso es dar a entender que el comprador de influencias puede ser tomado en cuenta como sujeto pasivo de la acción, creemos que es una

⁹¹ El subrayado es nuestro.

⁹² El subrayado es nuestro.

opinión equivocada por no permitirlo su propia construcción típica, ya que si bien el acto de invocación de influencias y el ofrecimiento de interceder tienen como receptor al comprador interesado, la participación de éste también es necesaria para la consumación del delito al realizar los comportamientos típicos de dar o prometer donativo o cualquier otra ventaja como contraprestación, cuyo receptor, o mejor dicho, cuyo sujeto sobre el que recaerán dichas conductas será el vendedor de influencias. Siendo que, ambas conductas tienen que encontrarse para poner en riesgo a la imparcialidad y legalidad funcional de alguna institución pública específica o para poner en riesgo a su prestigio o buen nombre (ello, jurisprudencialmente hablando, en el caso de la venta de influencias simuladas).

2. Invocar o tener influencias reales o simuladas

El sujeto activo en el presente delito debe de invocar influencias o tenerlas respecto a un funcionario o servidor público que tenga a su cargo un caso judicial o administrativo. Respecto a ello, consideramos pertinente citar lo comentado por Salinas Siccha:

"El primer elemento objetivo que el operador jurídico debe verificar es si el sujeto activo ante un tercero interesado, ha invocado, citado, alegado o aducido tener influencias al interior de la administración de justicia para lograr que sus funcionarios o servidores públicos se pronuncien en un sentido determinado en los procesos judiciales o administrativos. O en su caso, el sujeto activo de modo objetivo y ante cualquier persona, evidencia en forma automática tener influencias. En este supuesto no aduce o alega tener influencias, el tercero interesado la deduce por el cargo que desempeña"⁹³.

Vemos entonces que el legislador ha considerado pertinente describir dos modalidades de manifestación de influencias. La primera, mediante actos de auto-atribución de las mismas y, la segunda, mediante actos propios de posesión de influencias.

En lo referente a esta segunda modalidad, el de la "tenencia" de influencias, pareciera que nuestra normal penal vendría a sancionar meras cualidades personales que hacen alusión a un derecho penal de autor, siendo que, se

⁹³ SALINAS SICCHA, R.: Ob. cit., p. 587.

estaría sancionando al sujeto activo por ser el jefe superior o familiar del funcionario influenciado. Respecto a ello, consideramos que a dicho razonamiento se llega si es que miramos de una forma apresurada la primera parte del texto del tipo penal en comentario. Siendo que, las influencias que se pudieran "tener" respecto a los funcionarios o servidores del Estado tomarán relevancia penalmente si es que el agente se "aprovecha" de ellas al ofrecer ejercitarlas y al obtener una retribución a cambio de ello, en otras palabras, al "venderlas".

Ahora bien, esta modalidad consistente en la "tenencia" de influencias, sería de aplicación en aquellos casos en donde las influencias que tenga el sujeto activo cuenten con un grado de notoriedad que le hagan decidir a no realizar un acto de invocación de las mismas, dedicándose solo a ofrecer sus actos de intercesión a los posibles compradores que acudan a él en busca de ayuda. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el sujeto activo sea el presidente del Poder Judicial, nadie negaría que, por su cargo, está en una posición de superioridad frente a los demás magistrados de rango inferior que, por no quedar mal frente a él o para salvaguardar sus puestos de trabajo accederían a realizar las órdenes que él les encomiende. Siendo que, en las reuniones que tenga con los interesados en comprar dichas influencias ya no tendría que jactarse de tenerlas para convencerlos de cerrar el acuerdo ilícito, habiendo los compradores acudido a él por el hecho de conocer que cuenta con ellas. Por tanto, si no estuviera descrita en la norma penal la "tenencia" de influencias, la conducta en el ejemplo planteado sería atípica por requerirse necesariamente un acto de "auto-atribución" de las mismas.

Como ejemplo en nuestra jurisprudencia tenemos el siguiente caso en donde se considera atípica la conducta al no haber el procesado alegado tener influencias (siendo de conocimiento que, por la posición cercana al gobierno que ocupaba el procesado, éste contaba con ellas):

Décimo Segundo.- Que, en estricto, Vladimiro Montesinos Torres no alegó ante el imputado Dionisio Fernando Romero Seminario poseer influencia sobre la doctora María Haydee Becerra García, Procuradora del Ministerio del Interior o sobre el doctor Víctor Alfredo Barrera Flores, Juez de la causa a cargo del Juzgado Especializado en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas; se quiere

sostener lo contrario poniendo de relieve que en la reunión del veintidós de junio de mil novecientos noventinueve, aquél afirmó haber participado en la elaboración de los escritos de la Procuradora y poseer la resolución de Administración Judicial que "iba a soltar"; pero lo que la Procuradora o el Juez hayan planteado o decidido antes de esa reunión y que Montesinos conociera el detalle de todo ello, no implica invocar influencias en los términos precisados por el artículo cuatrocientos del Código Penal; por lo tanto, el hecho que al veintidós de junio, Montesinos conociera o hubiera determinado el sentido del escrito que la Procuradora presentó al siguiente día, así como la resolución que el Juez dictó ese mismo veintitrés de junio, tampoco constituye un comportamiento de invocar influencias; este hecho demuestra, en todo caso, que al veintidós de junio las influencias ya estaban ejercidas, no habiendo, por lo tanto, influencia alguna que invocar⁹⁴⁹⁵.

Por tanto, según el actual tipo penal en comentario, se prevén como modalidades de manifestación de influencias: una en donde el sujeto activo, para convencer a los potenciales compradores, alardea de que posee influencias sobre los funcionarios públicos y, otra, en donde los potenciales compradores ya tienen conocimiento, debido a un cierto grado de notoriedad, de que el sujeto activo cuenta con dichas influencias.

2.1. Influencias reales

Ahora bien, se ha llegado a definir "influencia" como: "(...) la capacidad-posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada, utilizando ascendientes de distinto origen y naturaleza sobre el influenciado"⁹⁶.

Muñoz Conde, al comentar los artículos 428º y 429º del código penal español, señala que en lo referente a la conducta típica "influyere":

"(...) se trata de sancionar que alguien pueda incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo. Pero en ningún caso constituye el tipo la simple influencia sin más (...) Lo que los arts. 428 y 429 sancionan es el «influir» «prevaliéndose», es decir, y éste es, a mi juicio, el elemento más importante, abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa. En el caso de que el sujeto activo de esa influencia sea un funcionario o autoridad, el prevalimiento se puede derivar del propio cargo que

⁹⁴ Recurso de Nulidad Nº 3623-2005-Lima, de fecha 16 de junio del 2006.

⁹⁵ El subrayado es nuestro.

⁹⁶ ROJAS VARGAS, F: Ob. cit., pp. 788-789.

*ejerce: superioridad en el orden jerárquico o político respecto al funcionario o autoridad sobre el que influye. Pero tanto en el caso del funcionario o autoridad, como especialmente en el del particular puede ser suficiente que el prevalimiento se derive de la relación personal con el funcionario o autoridad sobre el que se influye. En este caso el tipo se amplía sin duda, comprendiendo relaciones de carácter familiar, afectivas o amistosas*⁹⁷.

En la Casación N° 374-2015-Lima, de fecha 13 de noviembre del 2015, vinculado a la definición del acto de "invocar" influencias, se ha concebido a estas últimas como la capacidad de orientar o manipular la conducta de los funcionarios públicos en una dirección determinada:

Décimo tercero. *Este verbo rector, de invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, las cuales consistirían en la afirmación o la atribución que el sujeto tendría la capacidad de influir en un funcionario público, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Estos ofrecimientos y los actos que derivan de ello, por máximas de la experiencia se realizan subrepticamente, de forma clandestina no pública*⁹⁸.

Luego de ver estos comentarios podemos concebir a la influencia que será objeto de venta como aquella capacidad o posibilidad de orientar, manipular o incidir en la formación de la voluntad de los funcionarios públicos y, con ello, dirigir sus decisiones en un sentido determinado. Todo esto, sustentándose en una posición privilegiada del sujeto activo por la relación jerárquica, personal u otra similar que tenga con el funcionario público.

Entendemos que con el término "capacidad" se estaría aludiendo a un significativo grado de dominio que tiene el sujeto activo sobre la voluntad del funcionario influenciado. Mientras que, con el término "posibilidad", se hace alusión a un grado menor que no le hace factible conseguir una "segura" determinación de su voluntad, sino una "potencial" que podría, si es que se hace un ejercicio de intercesión posterior, terminar o no en una manipulación efectiva de la misma.

Esta última concepción, la del término "posibilidad", nos parece relevante para los casos en que se vendan influencias reales y no se consigan los

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F: Ob. cit., p.883.

⁹⁸ El subrayado es nuestro.

resultados esperados, ya que se podría llegar a la confusión de que sólo para el caso de la venta de influencias ficticias no se requeriría de una determinación efectiva de la voluntad de los funcionarios públicos. Como ejemplo de ello nos remitimos a los hechos expuestos en el fundamento Quinto y a la argumentación jurídica hecha en fundamento Octavo del Recurso Nulidad N° 10-V-01-Lima, ya antes citado⁹⁹, en donde vimos que el sujeto activo se aprovechó de su posición jerárquica “real” que tenía frente a una magistrada, que estaba a cargo de decidir en un proceso de querrela, para interceder a favor de una de las partes, siendo que, no se llegó a una manipulación efectiva de su voluntad.

Ahora bien, que las influencias tengan que ser “reales” significa, según lo señalado por Peña Cabrera Freyre, que *el vínculo, la cercanía, la relación del traficante de humos con el funcionario o servidor público existe en el mundo fenoménico, importa algo verificable*¹⁰⁰. Pero, complementando lo dicho en el párrafo antecedido, el hecho de que se sindique a las influencias como “reales” no quiere decir que necesaria y obligatoriamente, en un momento posterior a la conclusión del acuerdo ilícito, se deban verificar actos referentes a un ejercicio de las mismas, ya que el propio tipo penal en comentario no lo exige para su consumación. En nuestro entender, sólo se tendría que verificar si es que en realidad las influencias existen, en otras palabras, si es que el sujeto activo contaba con verdaderos vínculos familiares, laborales, políticos u otros similares con el funcionario público que le dieran la capacidad o posibilidad de manipular su conducta.

Ya para terminar la presente sección, nos permitimos citar como ejemplo el siguiente fundamento jurisprudencial recaído en el expediente N° 06-2006-A.V., de fecha 21 de mayo del 2007, en donde podremos percatarnos de un caso de tráfico de influencias reales:

10º. De los hechos conformados, materia del escrito de acusación fiscal, se tiene, que en efecto, el imputado recibió beneficios patrimoniales –dinero en efectivo, botellas de licor, carne seca y chifles-, incluso antes de la operación de detención en flagrancia para invocar o demandar ante colegas suyos de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia la ayuda

⁹⁹ Ver páginas 31 y 32.

¹⁰⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, A.: Ob. cit., p. 678.

necesaria –que, por lo demás, estaba en capacidad de llevar a cabo para que dictaren un fallo que objetivamente beneficie al interesado Ipanaqué Lezcano.

Es claro, desde los cargos formulados por la Fiscalía, de un lado, que las tratativas entre traficante e interesado se dieron a plenitud, desde luego, antes de la decisión de la causa seguida por el segundo de los nombrados, a cuyo efecto se invocó influencias reales; y, por otro lado, que la decisión jurisdiccional de la Sala Constitucional y Social Transitoria no resultó afectada, la cual incluso fue contraria a las expectativas del interesado.

Se trata, en suma, de un delito de tráfico de influencias consumado, por lo que se acepta como tal la tipificación propuesta por la Fiscalía Suprema¹⁰¹.

De lo leído en la jurisprudencia antecedida nos percatamos que el vínculo que unía al procesado con los jueces de la Sala Constitucional Transitoria era uno “laboral” (ya que en el caso citado el sujeto activo era un juez provisional de la Corte Suprema de Justicia) o, incluso, de “amistad” al señalarse que eran “colegas suyos”. Por lo que, se tipificó su conducta como un tráfico de influencias reales al estar el sujeto activo en una posición que le permitía “demandar la ayuda necesaria” ante ellos. Pero vemos que al final la decisión jurisdiccional deseada por el interesado-comprador no resultó afectada, incluso fue contraria a sus expectativas. No siendo, por tanto, necesario para catalogar a las influencias como “reales” que, luego de consumar el acuerdo delictivo, se consigan obligatoriamente los resultados esperados o que el sujeto activo demuestre actos de intercesión en favor del comprador-interesado. En todo caso, si ello ocurriera, se tomaría como una confirmación de que las influencias que se vendieron eran reales.

2.2. Influencias simuladas

Contrario a la venta de influencias reales, el tipo penal de tráfico de influencias peruano también prevé una modalidad de venta de influencias “simuladas” en donde no habría vínculo alguno con el funcionario o servidor público a cargo de un caso judicial o administrativo, por tanto, la capacidad o posibilidad de orientar su voluntad es “inexistente”.

Partiendo de dicha idea consideramos que, si bien típicamente se describe una conducta de “tenencia de influencias”, ello no podría tener cabida en el supuesto de que la influencia sea simulada, y ello por la sencilla razón de

¹⁰¹ El subrayado es nuestro.

que no puede tenerse algo "inexistente". En ese sentido, el grado de notoriedad de las influencias que aparentemente tenga el sujeto activo sería "Nulo". Por lo que, el supuesto típico de "tenencia de influencias simuladas" no tendría aplicación práctica, siendo necesario para la comisión de esta modalidad delictiva un acto de "invocación" de influencias que esté dirigido a convencer a los posibles compradores de cerrar el acuerdo ilícito con una contraprestación de su parte.

De lo que se trata entonces es de "engañar" a otras personas mediante una simulación de influencias. Por tanto, el sujeto activo en esta modalidad de tráfico de influencias mostrará fotos que circunstancialmente se haya tomado con el funcionario, incluso podrían ser manipuladas, o contará historias laborales o de amistad que "aparentemente" hayan ocurrido con él. Podrá fingir que tiene llamadas o que se ha entrevistado con el funcionario respectivo. Conductas que, al expresar una auto-atribución de influencias, lograrían generar una falsa representación de la realidad en el interesado, consiguiendo así que éste acceda a darle una contraprestación de cualquier índole a cambio del ofrecimiento de ejercer las "supuestas" influencias.

Ahora bien, es necesario precisar que lo único que debe ser objeto de simulación son las "influencias" que se ponen en venta. Pero lo que sí debe de existir es un funcionario o servidor público "concreto" que esté conociendo, haya conocido o vaya a conocer un caso judicial o administrativo, en otras palabras, éste debe ser real. Respecto a ello, en el Recurso de Nulidad Nº 2218-2005-Arequipa, ya antes citado¹⁰², podemos percatarnos de un caso de tráfico de influencias simuladas en donde se ha descrito que, para la configuración de esta modalidad, se requiere la "existencia" tanto del comprador de influencias como del funcionario influenciable:

Cuarto: Que el delito tráfico de influencias exige que el sujeto activo invoque influencias, reales o simuladas -no se requiere el ejercicio efectivo de la influencia-, y en tal virtud, obtenga determinados beneficios -no necesariamente patrimoniales- con el ofrecimiento de influir en un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; que a estos efectos,

¹⁰² Ver página 55.

especialmente cuando se trata de influencias simuladas, para la configuración del delito se requiere la existencia del interesado en la influencia y de un funcionario o servidor público susceptible de ser influenciado¹⁰³.

Por lo que, en el presente caso, se concluye que el delito de tráfico de influencias simuladas se ha consumado al NO haberse probado que el procesado tenía algún vínculo con el funcionario que estaba a cargo de la expedición de licencias de funcionamiento y, al haberse probado que se le pagó para el ejercicio de las influencias ofrecidas, existiendo entonces, un "interesado en la influencia" y un "funcionario competente":

*Quinto: Que de autos se advierte que el acusado Pinto Rivera no ha prestado servicios como funcionario o servidor de la Municipalidad Provincial de Islay; que, igualmente, tampoco se ha probado su vinculación con el funcionario encargado de expedir la Licencia de Funcionamiento al Hostal Pacífico Copacabana -certificado de apertura de funcionamiento de fojas trescientos sesentidós-; que, por el contrario, está probado que el citado documento es fraudulento porque no se expidió con las formalidades de ley véase la conclusión de la pericia grafotécnica de fojas cuatrocientos ochenta y nueve-, lo que significa que el funcionario de quien se invocó la influencia no dio legalidad a la licencia; que también está probado que se pagó a Pinto Rivera para la realización de la influencia ofrecida -no se trató de una gestión autónoma por asesoramiento-; que, en tal virtud, como existe un interesado en la influencia y, además, un funcionario susceptible de ser influenciado -que es el competente para otorgar licencias-, el delito de tráfico de influencias simuladas está plenamente acreditado*¹⁰⁴.

2.2.1. Críticas

El prever como típica a la venta de influencias simuladas ha traído una serie de cuestionamientos en nuestro medio, siendo que, las opiniones van dirigidas a señalar que es nulo o imposible, con esta modalidad de tráfico de influencias, poner en peligro o afectar de cualquier modo al buen funcionamiento de la administración pública. En ese sentido, nos permitimos citar lo comentado por Paz Panduro:

"Si seguimos el razonamiento de la tutela del Bien Jurídico protegido con este tipo penal (correcto funcionamiento de la Administración Pública y la imparcialidad y objetividad de sus funcionarios o servidores públicos) deberemos llegar a la conclusión que, con el

¹⁰³ El subrayado es nuestro.

¹⁰⁴ El subrayado es nuestro.

tráfico de influencias simuladas no se estaría afectando de forma alguna a la Administración Pública, por lo que debe ser impune dicho proceder del Traficante de influencias”¹⁰⁵.

Abanto Vásquez también es de la opinión antes comentada, pero agrega que debería catalogarse a la influencia como simulada solo en el caso de que el sujeto activo las ofrezca contando con que pueda obtenerlas luego, siendo que, ello lo diferenciaría de algún caso de estafa:

“El tipo legal no exige que la influencia realmente exista, pues se refiere a una influencia real o simulada. Esto es criticable. La “influencia simulada” no tiene nada que ver con el “tráfico de influencias” que aquí interesa: el que atenta de verdad con el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública” (...) Distinto es el caso cuando el traficante no tenga aún la influencia invocada pero, contando con obtenerla oportunamente, la ofrece en venta. A esto debería referirse la “influencia simulada” a fin de no superponerse a algún caso de estafa”¹⁰⁶.

San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peshiera, luego de señalar que con el tráfico de influencias simuladas el peligro para la administración pública sería nulo o imposible, son de la opinión de que dicha modalidad delictiva constituye un supuesto de tentativa inidónea:

“La comisión de la primera modalidad, consistente en el «tráfico de influencias simuladas», no lesiona interés jurídico alguno de carácter institucional, pues, ante la ineficacia de las influencias invocadas, el peligro para el funcionamiento de la administración pública es nulo o imposible (...) Definitivamente, la modalidad de tráfico de influencias simulada constituye un supuesto de tentativa inidónea, y por lo tanto impune de conformidad con el art. 17 del CP. Efectivamente, en tanto el agente carece del medio adecuado, esto es, la influencia capaz de afectar la imparcialidad de la administración pública, el proceso causal emprendido es inadecuado al tipo. En este caso, sólo existe un propósito del agente que, desde una perspectiva ex ante, obviamente no puede alcanzar en virtud de la inidoneidad absoluta del medio”¹⁰⁷.

Rodríguez Delgado es de la opinión de que el sujeto activo necesariamente debe de contar con vínculos reales con los funcionarios públicos que le permitan tanto tener las influencias, como la capacidad de simularlas:

¹⁰⁵ PAZ PANDURO, M.: Ob. cit., p. 12.

¹⁰⁶ ABANTO VÁSQUEZ, M: Ob. cit., pp. 528-529.

¹⁰⁷ SAN MARTÍN CASTRO, C. y otros: Ob. cit., pp. 30-32.

“También lo destacué en su oportunidad, que desde un punto de vista fáctico, el autor debe contar con la posibilidad material de influenciar a un funcionario o servidor público en proceso administrativo o judicial, que ha de conocer, esté conociendo o que haya conocido. Me reafirmo en la necesidad que el sujeto activo del injusto cuente con vínculos reales con los funcionarios públicos objeto del acto de tráfico, que le permitan tener las influencias o la capacidad de simularlas, pues de lo contrario el bien jurídico objeto de tutela ni siquiera entraría en un peligro remoto”¹⁰⁸.

Hurtado Pozo señala que con la venta de influencias simuladas el legislador ha previsto de manera muy amplia un delito de peligro abstracto al no existir la posibilidad de que el agente interceda para influir en las decisiones de los funcionarios públicos, por lo que, ello constituiría una violación al principio de lesividad de bienes jurídicos:

“Por el contrario, la respuesta es negativa en los casos en que se trata de influencias simuladas. Aquí el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcionario o servidor público se presenta muy lejano, más aún si el ofrecimiento de interceder es completamente vacuo, en razón, precisamente, de la ausencia de poder para influir sobre el funcionario. Respecto a esta segunda hipótesis, el art. 400 prevé de manera muy amplia un delito de peligro abstracto, lo que lleva —conforme al criterio de la ultima 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 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”¹⁰⁹.

Por su parte, Salinas Siccha se muestra a favor de seguir manteniendo como típica esta modalidad delictiva. Ello desde el punto de vista de proteger al prestigio de la administración pública:

“No obstante, consideramos que la tipificación de la conducta conocida como “venta de humo” es pertinente desde la perspectiva del bien jurídico específico que se pretende proteger, esto es, el prestigio que debe tener y mantener la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y administrativa. Todos los ciudadanos deben tener confianza que sus asuntos judiciales o

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ DELGADO, J.: Ob. cit., p. 251.

¹⁰⁹ HURTADO POZO, J.: Ob. cit., pp. 288-289.

administrativos se van a resolver sin intromisión ajena (...) Debe evitarse que determinados ciudadanos aduciendo arreglar todo a cambio de alguna ventaja patrimonial o no patrimonial, lesionen o pongan en peligro el prestigio de la justicia jurisdiccional y administrativa. El traficante de humo es quizá el que más daño hace al exteriorizar su conducta. Pues aparte de engañar y perjudicar muchas veces económicamente al interesado, pone en tela de juicio el prestigio de la justicia jurisdiccional y administrativa”¹¹⁰.

Por último, para García Cantizano el hecho de calificar a la influencia como real o simulada es una cuestión que resulta intrascendente al ponerse en peligro la idea de actuación imparcial de la administración con la comisión de este delito:

“Es decir, el carácter real o simulado resulta ser una cuestión verdaderamente intrascendente si se analiza el tráfico de influencias como una forma delictiva caracterizada, precisamente, porque, desde un punto de vista de política criminal, el fácil recurso a la Administración Pública constituye una forma de beneficio absolutamente incompatible con la idea de imparcialidad y legalidad que debe presidir en esta institución como parte de la estructura del Estado; y es esta idea de actuación imparcial de la Administración Pública la que verdaderamente se pone en peligro cuando la ofrece a un tercero como si fuera material disponible”¹¹¹.

Como vemos de los comentarios citados, existe una crítica generalizada en nuestra doctrina, la cual compartimos, consistente en negarle relevancia penal a la venta de influencias simuladas por no poder, ni siquiera, poner en peligro a la administración pública. Y es que, a nuestro parecer, con la comisión de esta modalidad de tráfico de influencias solo podríamos verificar, más que todo, una afectación formal a la prohibición expresa de la norma consistente en “no vender influencias simuladas”. Pero, respecto al bien jurídico “buen funcionamiento de la administración pública”, no podemos verificar alguna afectación material.

Ello trae complicaciones, ya que si con la venta de influencias reales reconocemos que el sujeto activo pueda encontrarse en una posición que le garantice, siquiera, una “potencial” manipulación de la voluntad del funcionario público. Con la venta de influencias simuladas, por el contrario, el sujeto activo se encuentra en una posición en la que toda posibilidad de

¹¹⁰ SALINAS SICCHA, R.: Ob. cit., pp. 589-590.

¹¹¹ GARCÍA CANTIZANO, M.: Ob. cit., pp. 14-15.

influir en el funcionario público es "irreal". No existiendo, por ende, riesgo alguno para la imparcialidad o legalidad funcional de la administración pública.

Entonces, somos de la idea de que esta modalidad delictiva de tráfico de influencias debería ser suprimida. Ya que, por un criterio de fragmentariedad de la ley penal, ésta última debe de prever como típica las conductas más graves para los bienes jurídicos que se buscan proteger penalmente. Siendo que, en la situación nuestra, el continuar sancionando penalmente a la venta de influencias simuladas trae la contrariedad de darle legitimidad a un supuesto típico que manifiesta una "Nula" gravedad respecto al buen funcionamiento de la administración pública, bien jurídico que, como hemos visto con anterioridad, goza de un reconocimiento dogmático-penal y, sobre todo, constitucional.

Por tanto, para una futura reforma legal consideramos que debería de mantenerse como punible solo la modalidad referida al tráfico de influencias reales. Para ello se podría tomar en cuenta, como se hizo con la modificación legal impuesta por la Ley N° 29703, de fecha 10 de junio del 2011, el describir únicamente el término "Real" en el tipo penal o, simplemente suprimir de su texto la diferenciación entre ambas modalidades, aunado a una mejor descripción de la conducta típica, y solo hacer referencia al término "influencias" sin algún adjetivo a su costado.

2.3. Venta de influencias simuladas como delito contra el patrimonio

Otro de los problemas que se analiza en referencia al tráfico de influencias simuladas es el de ver si puede catalogarse como un delito contra el patrimonio del comprador-interesado en las influencias, en específico, como uno de estafa. Respecto a ello, en nuestro medio, se han dado algunos comentarios mostrándose de acuerdo a dicha postura:

Abanto Vásquez señala que habría un concurso de leyes con el delito de Estafa, si es que las influencias son simuladas. Siendo que, por el criterio de especialidad se debería de aplicar solo el tráfico de influencias. Debiéndose,

por tanto, eliminar esta modalidad de tráfico de influencias al ya estar cubierto por el tipo penal de Estafa:

En caso de que la "influencia" sea simulada, habrá concurso con la "estafa", por especialidad debe ser aplicable solamente el "tráfico de influencias". Para algunos, la "estafa" exige que se simule sobre la existencia misma del funcionario y no sobre la existencia de la "influencia" en éste, pero esta interpretación restrictiva del elemento "engaño" en el tipo penal de "estafa" no tiene ningún sustento legal ni es teleológicamente aceptable, pues en ambos casos hay atentado contra el patrimonio individual y ninguno contra el funcionamiento de la Administración Pública. Dado que este supuesto de "tráfico de influencias" ya está cubierto por el tipo de "estafa", de lege ferenda, la modalidad de "influencia simulada" debería ser eliminada. Más bien debería especificarse que el objeto del tráfico puede consistir también en una "influencia futura"¹¹².

Salinas Siccha sostiene que, dependiendo de las circunstancias en que se produjo el engaño y siempre que la contraprestación sea patrimonial, existirá delito de estafa:

"Por otro lado, la invocación de influencias simuladas para lograr que el tercero interesado se desprenda de su patrimonio de modo alguno sería impune, sino que dependiendo de la forma y circunstancias, el hecho podría ser calificado como estafa previsto y sancionado en el artículo 196º del Código Penal"¹¹³.

"(...) Por el contrario si el tercero es estafado por el traficante tiene franqueado su derecho de proceder a denunciar al agente del engaño por el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 196º del Código Penal. Ello dependerá de la forma y circunstancias en que se produjo el engaño y siempre que la ventaja o beneficio indebido obtenido por el agente sea de carácter patrimonial"¹¹⁴.

Galván Ramos, luego de describir algunas coincidencias entre el delito de estafa y el tráfico de influencias simuladas concernientes a ser delitos comunes, al constituir el patrimonio un rol importante en ambos, al existir un móvil de lucro en el sujeto activo y al hacerse uso del engaño para consumir ambos delitos, concluye que la modalidad de venta de influencias simuladas debería de ser extraído del artículo 400º del código penal al encontrarse dentro del ámbito de protección del delito de Estafa:

¹¹² ABANTO VÁSQUEZ, M.: Ob. cit., pp. 537-538.

¹¹³ SALINAS SICCHA, R.: Ob. cit., p. 590.

¹¹⁴ Loc. Cit., p. 605.

“Como ya se puede ir coligiendo de lo explicado hasta el momento, nos encontramos con una modalidad de tráfico de influencias denominado “tráfico de influencias simuladas” que se encuentra en el tipo penal global o genérico (tráfico de influencias), y que muestra la misma estructura jurídica que la estafa (...)

Este subtipo es el denominado “tráfico de influencias simuladas”, el cual a nuestro parecer debe ser extraído del artículo 400 del Código Penal por describir una conducta que se encuentra dentro del marco de protección del delito de estafa. El sustento de la reducción del tipo penal “tráfico de influencias” se corrobora en las “cuatro coincidencias” descritas a lo largo del presente trabajo”¹¹⁵.

Ahora bien, otro sector de nuestra doctrina se muestra en contra de calificar a la venta de influencias simuladas como un delito de estafa.

En relación a ello, Peña Cabrera Freyre señala que no se puede pretender tutelar una confluencia de voluntades dirigida hacia una negociación ilícita, siendo que, el comprador de humos se estaría colocando en una situación de riesgo:

“El “engaño, que forma parte de la modalidad de las influencias “simuladas”, genera en definitiva un error en la esfera psíquica del comprador de humos, logrando así el agente, que aquél le entregue un donativo o ventaja; empero, los hechos así descritos deben ser confrontados con los fines que persigue el Derecho Penal, en su rol preventivo y conminador, no resultando admisible que se pretenda tutelar una confluencia de voluntades, encaminada a entablar una negociación ilícita, por lo demás, el comprador de humos, que no es ninguna víctima, se coloca libremente en una situación de riesgo, pues sabe perfectamente que los vendedores de humos, son personas dispuestas a una serie de actos fraudulentos, con tal de obtener una ventaja económica o de otra índole. Por consiguiente, negamos tajantemente un posible delito de Estafa (...)”¹¹⁶

San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera también descartan que pueda haber alguna protección del patrimonio del comprador de influencias. Para ello analizan la ubicación sistemática del delito de tráfico de influencias, el carácter de la prestación dada u ofrecida por el comprador, que el acuerdo entre el traficante y el comprador no tendría protección

¹¹⁵ GALVÁN RAMOS, Marcos Iván: “¿El tráfico de influencias como modalidad del delito de estafa? El contenido del engaño como única diferencia entre el artículo 196 y la forma simulada del artículo 400 del código penal”, En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nro. 146, Lima, Octubre, 2010, p. 251.

¹¹⁶ PEÑA CABRERA FREYR, A.: Ob. cit., pp. 680-681.

alguna por otras ramas del derecho privado y, el marco punitivo en ambos delitos¹¹⁷:

A nuestro juicio, la tesis que se decanta por la protección penal del patrimonio del «comprador de humo» debe descartarse, en atención a los siguientes fundamentos: a) la ubicación sistemática del delito de tráfico de influencias no corresponde a los delitos patrimoniales, ni siquiera a los delitos contra el patrimonio público; b) el tipo no exige que la prestación sea de carácter patrimonial (puede ser un favor político), tampoco exige una prestación efectiva (basta la promesa), la prestación dada u ofrecida podría ser en sí misma ilícita (comisión ilegal en un contrato público, etc.); c) si se tratara de una prestación patrimonial efectivamente entregada, tampoco podría alegarse estafa porque a partir del acuerdo entre el traficante y el comprador de humo, no puede alegarse la presencia de una relación jurídica obligatoria que determine su protección y exigibilidad conforme al derecho privado. Conforme al carácter secundario o subsidiario del Derecho penal, no puede protegerse relaciones que, de plano, carecen de tutela a través de medios menos violentos que el penal; y, d) si se tratara de una estafa, no se comprende por qué motivo se estaría privilegiando con una norma especial al vendedor de humo y con una menor sanción (de 2 a 4 años de pena privativa de libertad), frente a la del delito de estafa, que, prevé una pena conminada de 1 a 6 años.

Por su parte, en la doctrina extranjera podemos encontrar comentarios referentes en calificar a la venta de influencias simuladas como un delito de estafa. En ese sentido Morales Prats y Rodríguez Puerta señalan: "Así, si las influencias fueran ficticias y se obtuvo una dádiva o ventaja por hacer uso de ellas, nos encontraríamos frente a un supuesto de estafa del artículo 248 CP, agravada por la concurrencia de la circunstancia 7ª del artículo 250 CP"¹¹⁸. También, Jorge Buompadre comenta que: "El agente debe poseer una *influencia real*, comprobable, no eventual, ficticia o falaz, respecto del funcionario público. Si la influencia en cuestión no existe, la conducta del agente podría adecuarse a una de las modalidades de los delitos patrimoniales, previstos en el Título VI del Código Penal (p.ej., "venta de humo", art. 172)"¹¹⁹. Fernando Velásquez, entre otros comentarios, considera que debe de tomarse como sujeto pasivo de este delito "(...) a título meramente subsidiario, el comprador de humo a quien en alguna

¹¹⁷ En un sentido similar se muestra CANCHO ALARCÓN, E.: Ob. cit., p. 290.

¹¹⁸ QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y MORALES PRATS, F. (Coordinador): Ob. cit., p. 1809.

¹¹⁹ BUOMPADRE, J.: Ob. cit., p. 225.

medida se ha hecho víctima de un engaño, llevándolo a realizar una erogación que también afecta su patrimonio económico¹²⁰.

2.3.1. Opinión propia

Como hemos visto de los comentarios citados precedentemente, existe una posición que relaciona el acto de vender de influencias simuladas con el delito de estafa, apoyada tanto por autores de nuestro medio como de nacionalidad extranjera. Pero también existe otra posición que niega la protección del patrimonio del comprador de influencias sustentada en la ubicación sistemática de ambos delitos, la diferencia de su marco punitivo, el riesgo en que se pone el mismo comprador de influencias y en que no podría protegerse por el derecho penal un acuerdo de voluntades vinculado a una negociación ilícita que, por los medios legales menos lesivos como el derecho privado, no tendría protección jurídica alguna.

Respecto a dicha problemática considero que deberíamos tomar en cuenta, algunos criterios vinculados a la evolución legislativa de nuestro delito de estafa, la jurisprudencia reciente en materia de tráfico de influencias y a la idoneidad del engaño en el delito de Estafa.

a) Legislación penal referente al delito de Estafa:

El delito de estafa se encuentra actualmente descrito en el artículo 196º de nuestro código penal, cuyo texto es como sigue:

Artículo 196.- *El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.*

Pero previamente al código penal actual hemos tenido dos códigos penales, considerados oficiales, en nuestra vida republicana: el primero que data del año 1863 y; el segundo, de 1924. Respecto a dichos códigos, nos interesa ver la descripción típica que se hizo en referencia al delito de estafa:

¹²⁰ VELÁSQUEZ V., F.: Informe, En: Ob. cit., pp. 1316-1317.

Código Penal de 1863:

Artículo 345.- *Todo el que con nombre supuesto, ó bajo calidades imaginarias, falsos títulos ó influencia mentida, defraude á otro, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa ó negociaciones, ó valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid ó engaño; será castigado:*

- 1. Con arresto mayor en segundo ó tercer grado, si la defraudación no excede de cincuenta pesos:*
- 2. Con reclusión en primero ó segundo grado, si pasa de cincuenta pesos y no llega á quinientos.*
- 3. Con cárcel en primero ó segundo grado, si excede de quinientos pesos.*

Código Penal de 1924:

Artículo 244.- *El que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro artificio, astucia o engaño, se procure o procure a otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, será reprimido con penitenciaría o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes.*

Como podemos percatarnos en los códigos penales anteriores se preveía como una modalidad de engaño en el delito de estafa a la "influencia mentida" que, en otros términos, se constituía en la venta de influencias simuladas, pero de una manera más genérica, esto es, respecto a cualquier persona. Siendo que, con la entrada en vigor del artículo 353-Aº del código penal de 1924, que en el rubro de los delitos de corrupción de funcionarios describió por primera vez en nuestra legislación al delito de tráfico de influencias con un texto parecido al actual, se reguló una venta de influencias simuladas de una manera más restringida, solo relacionada a funcionarios o servidores públicos.

Esta doble regulación de la venta de influencias simuladas, tanto como una modalidad de engaño en el delito de estafa y como un delito contra la administración pública, hacía que se comentara que, por un criterio de especialidad, se tendría que excluir la aplicación del delito de estafa por el de tráfico de influencias¹²¹.

¹²¹ En ese sentido Bramont Arias comentaba: *Pero, en cuanto a sus elementos constitutivos, en vista que la venta de humos consiste también en falsas afirmaciones, son los mismos de la estafa, y por esto excluyen el concurso entre los dos delitos: la venta de humos se*

Ahora bien, en nuestro código penal actual, vemos que el legislador al describir el tipo penal de estafa en el artículo 196º ha suprimido la frase concerniente a la "influencia mentida" y decidió preverla únicamente como una modalidad de tráfico de influencias vinculada a la protección de la administración pública al ubicarla dentro del artículo 400º del Libro Segundo: Parte Especial, Título XVIII: Delitos contra la Administración Pública, Capítulo II: Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, Sección IV: Corrupción de Funcionarios.

Por tanto, podemos ver que la voluntad de nuestro legislador ha sido la de desligar a la venta de influencias simuladas del ámbito de protección de los delitos patrimoniales al disponer su ubicación exclusivamente dentro del grupo de delitos que corresponden a la protección de la administración pública, vinculándola así, con la sola afectación de ésta última.

Si bien, como lo señalamos con anterioridad, en la doctrina extranjera encontramos comentarios tendientes a relacionar con el delito de estafa a la venta de influencias cuando ésta última fuera ficticia, ello se debe a que su legislación penal sanciona este último supuesto dentro de los delitos contra el patrimonio. En ese sentido, vemos que en el código penal argentino se prevé en su artículo 172º como modalidad de engaño a la "influencia mentida" y en el inciso 10 del artículo 173º un caso específico de estafa por supuesta remuneración a empleados públicos¹²²¹²³:

presenta como una hipótesis de especialidad (art. 106) con respecto a la estafa (art. 244), en concurso aparente de leyes. En: BRAMONT ARIAS, L.: Ob. cit., p. 71.

¹²² Cabe agregar que en nuestros códigos penales anteriores también se preveía este supuesto típico como una modalidad agravada de estafa: en el código penal de 1863 en su artículo 346º, numeral 5 y en el código penal de 1924 en su artículo 245º, numeral 8.

¹²³ Se ha distinguido en la doctrina argentina ambos supuestos: (...) *en la venta de humo – que, entre nosotros, configura un caso de estafa por influencia mentida del art. 172 del Cód. Penal- la influencia que el autor invoca es simulada, inexistente, vale decir que el autor de la estafa engaña al sujeto pasivo (que puede ser un particular o un funcionario), haciéndole creer que tiene cierta influencia con determinado funcionario y que, por un precio, la hará valer ante él, obteniendo de esa manera una prestación económica que es lesiva para el patrimonio del sujeto pasivo. En la estafa por supuesta remuneración de jueces y empleados, en cambio, el pretexto al que el autor apela para lograr el provecho patrimonial injusto no está relacionado con ninguna influencia, real o simulada, sino con una supuesta (inexistente) remuneración que se abonará a un juez o a otro empleado público. El engaño que produce el agente reside en la falsa afirmación de que debe remunerar al juez o funcionario para obtener o por haber obtenido algo de la actividad funcional de ellos. Tiene que ser una remuneración "supuesta", es decir, la que no sólo no es debida sino que, además, el agente no está dispuesto a entregar y quiere convertir en provecho propio o de un tercero. En:*

ARTICULO 172. - *Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.*

ARTICULO 173.- *Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:*

(...)

10. *El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos.*

En el código penal español se prevé en su artículo 250º un supuesto agravado de estafa si el sujeto activo abusa de su credibilidad empresarial o profesional¹²⁴:

Artículo 250.

1. *El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:*

(...)

6. *Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.*

Por último, en el artículo 247º del código penal colombiano se prevé como una modalidad agravada del delito de estafa cuando se invoquen influencias reales o simuladas respecto a un funcionario público con el fin de obtener un beneficio de su parte en un asunto que sea de su conocimiento o que vaya a conocer:

Artículo 247. Circunstancias de agravación punitiva.

La pena prevista en el artículo anterior será de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses cuando:

(...)

BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, T. 2, 3era Edición, ASTREA, Buenos Aires, 2009, pp. 249-250.

¹²⁴ Respecto a ello se ha comentado en su doctrina que: "El aprovechamiento de la «credibilidad empresarial o profesional» también descansa en el mismo fundamento: la mayor facilidad o desprotección del bien jurídico en el marco de estas relaciones. Se castiga pues el abuso de una apariencia alcanzada dentro del marco empresarial y profesional en sentido estricto. Se trata pues, de un abuso de la confianza profesional, que puede darse en cualquier clase de relación anterior. Así, por ejemplo, en casos de atribución de calidad supuesta, o apariencia de crédito, apariencia de relaciones o contactos socioeconómicos, etc.", En: VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL METEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 461.

3. *Se invoquen influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer.*

Dicha descripción legal no se diferencia en mucho del artículo 147º de su código penal del año 1980 que sirvió de fuente para nuestro delito de tráfico de influencias, siendo lo relevante ahora su descripción como una modalidad agravada del delito de estafa. Por lo que, la voluntad del legislador colombiano ha sido la de proteger el bien jurídico patrimonio en los supuestos de venta de influencias, sean éstas reales o simuladas. Siendo considerado, entonces, agraviado del delito de estafa a aquel sujeto-comprador de influencias que entregue sus bienes como contraprestación al estimarse que ha sido engañado de algún modo. Cabe agregar también que, dicha ubicación sistemática puede tener sentido por el hecho de que en los artículos 411^o¹²⁵ y 411-A^o ¹²⁶ se sancionan conductas relacionadas con un ejercicio real de influencias dentro del rubro referido a los delitos contra la administración pública.

Ahora bien, como lo señalamos con anterioridad, nuestra situación legal es diferente, ya que nuestro legislador decidió No continuar describiendo como una modalidad de engaño a la "influencia mentida" en el delito de estafa. Siendo concebida, de manera exclusiva, como una modalidad de tráfico de influencias ligada con la protección de la administración pública. Por tanto, concluimos que, por un criterio relacionado con la evolución legislativa de nuestro delito de estafa, no podríamos concebir que actualmente con el delito de tráfico de influencias, en su modalidad de venta de influencias simuladas, se proteja el bien jurídico patrimonio.

¹²⁵ Cuyo texto legal es el siguiente: *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 sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

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

¹²⁶ Cuyo texto legal es el siguiente: *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.*

b) Jurisprudencia en tráfico de influencias:

Como ya lo habíamos mencionado en el capítulo segundo, en la Casación N° 374-2015-Lima, de fecha 13 de noviembre del 2015, nuestra Corte Suprema dejó sentada su posición referente a la protección del prestigio de la administración pública para la modalidad de venta de influencias simuladas, pudiéndose leer en el fundamento décimo quinto: *De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento.* También, habíamos señalado que en el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, de fecha 02 de octubre del 2015, nuestra Corte Suprema estableció como doctrina legal vinculante que el bien jurídico protegido para el tráfico de influencias simuladas es el “prestigio y buen nombre de la administración pública”, pudiéndose leer en su fundamento catorce: *Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública (...), que se ve dañada por el 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.*

Si bien, como dijimos, no estamos de acuerdo que con la tipificación de cualquier delito vinculado con la administración pública se proteja de manera primigenia a su buen nombre o prestigio (incluso manifestamos nuestro total rechazo a este objeto de protección) y se dé una menor o nula importancia a la protección de su buen funcionamiento, no podemos dejar de reconocer que con estos pronunciamientos jurisprudenciales se denota una clara intención por parte de nuestra corte suprema de mantener la legitimidad, de algún modo, de la venta de influencias simuladas dentro del ámbito de los delitos que vulneran la administración pública. Por tanto, actualmente la contraprestación económica dada por el comprador de influencias debería ser tomada en cuenta como una contribución necesaria para la afectación del prestigio o buen nombre de la administración pública, quedando así proscrita la protección de su patrimonio.

c) Idoneidad del engaño en el delito de estafa:

Ahora bien, vimos con anterioridad que uno de los argumentos para descartar la protección del bien jurídico patrimonio en la venta de influencias simuladas era el de la imposibilidad de que se busque proteger con el derecho penal un acuerdo ilícito que ni el derecho privado, como medio legal menos violento, se atreve a tutelar.

Respecto a ello, tenemos que decir que dicho criterio trae ciertas complicaciones, ya que la propia concepción económica-jurídica (mixta)¹²⁷ del bien jurídico patrimonio, aceptada mayormente en doctrina¹²⁸, hace asequible su lesión por medio del delito de estafa en el marco de una negociación con causa ilícita. En ese sentido, si concebimos que será patrimonio todo aquello que pueda ser valorado económicamente y que se encuentre en dominio de una persona revistiendo una aparente protección jurídica¹²⁹, no cabría duda alguna en proteger al comprador de influencias simuladas al estarse desprendiendo de un bien que tenga un valor económico y del que sea aparentemente propietario¹³⁰.

¹²⁷ En relación a dicha postura, nos permitimos citar lo comentado por Pastor Muñoz: "*El concepto mixto jurídico-económico de patrimonio es el defendido por la doctrina dominante y por la jurisprudencia. Según esta concepción, el patrimonio es un conjunto de bienes de valor económico con apariencia jurídica. Se trata de una solución ecléctica que combina el criterio económico con el jurídico.*

Esta concepción resuelve así los casos problemáticos: a) Dejar fuera del patrimonio a los bienes que carecen de valor económico; b) Excluye del patrimonio a los bienes que carecen de apariencia jurídica (por ejemplo las prestaciones ilícitas); Incluye en el patrimonio los bienes con apariencia jurídica (por ejemplo, el dinero), de manera que permite afirmar que aquel sujeto que, en el marco de un negocio ilícito, entrega dinero engañado por la otra parte, ha sido víctima de una estafa; y d) Considera que la posesión ilícita forma parte del patrimonio y, así, concluye que hay estafa en los casos de engaño al ladrón". En: SILVA SÁNCHEZ, J. (Dir.) y RAGUÉZ I VALLÉS, R. (Coord.): Ob. cit., p. 214.

¹²⁸ En nuestro medio se adscriben a esta postura BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta Edición, San Marcos, Lima, 1998, p. 285; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, 3ra Reimpresión, Idemsa, Lima, 2011, pp.151-152; SALINAS SICCHA, Ramiro: *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. 2, 6ta Edición, Editorial Iustitia, Lima, 2015, p. 947.

¹²⁹ Creo necesario precisar que la relación que tenga el sujeto pasivo con el bien, desde esta concepción jurídico-económica de patrimonio, no necesariamente debe contar con un reconocimiento real por parte del ordenamiento jurídico, bastando solo su apariencia de conformidad con el mismo. En ese sentido, Bajo Fernández comenta: "*Por todo ello, partimos de la base de que pertenece al patrimonio todo bien de carácter económico mientras revista una apariencia jurídica sin que sea necesario el real reconocimiento jurídico*", en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Los Delitos de Estafa en el Código Penal*, Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 23.

¹³⁰ En ese sentido Pastor Muñoz comenta: *Según la doctrina penal mayoritaria cuando el engañado entrega dinero a cambio de la prestación ilícita que el autor no lleva a cabo, sí hay*

Pero, en mi opinión, ello no impide que pueda analizarse la idoneidad del engaño, como elemento del tipo penal de estafa, en estas situaciones. En ese sentido, partimos de la idea de que para la configuración del delito de estafa deben concurrir una serie de elementos típicos: 1) El engaño, 2) el error, 3) el acto de disposición patrimonial, y 4) el perjuicio. Siendo que, todos estos elementos deben guardar el orden secuencial antes previsto encontrándose en una relación de causalidad (en donde podremos utilizar los criterios de imputación objetiva), en el sentido de que el engaño debe traer como consecuencia que la víctima incurra en un error que lo derive a realizar un acto de disposición de su patrimonio y, producto de ello, se le ocasione un perjuicio. Como ejemplo tenemos el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

Sétimo.- Que el delito de estafa per se, se configura cuando el agente haciendo uso del engaño astucia, ardid u otra forma fraudulenta, induce o mantiene en error al sujeto pasivo con la finalidad de hacer que éste en su perjuicio se desprenda de su patrimonio y le entregue voluntariamente a aquél en su directo beneficio indebido o de un tercero. Que los elementos de la estafa deben ser secuenciales, esto es que primeramente el uso del engaño, haya inducido o servido para mantener en error a la víctima y como consecuencia de este hecho la víctima voluntariamente y en su perjuicio se desprenda del total o parte de su patrimonio y lo entregue al agente en su propio beneficio ilegítimo o de tercero; que estos elementos deben estar intrínsecamente vinculados por la relación de causalidad ideal o motivación. Por consiguiente si en determinada conducta no se verifica la secuencia sucesiva de estos elementos el injusto penal de estafa no aparece¹³¹.

Ahora bien, no cualquier conducta puede ser considerada relevante penalmente para generar un error en la percepción de la realidad de otra persona, por ello es que se ha llegado a considerar que el engaño ha de ser "idóneo" para conseguir dicho objetivo. En ese sentido, se establece que para valorar su "idoneidad" debemos recurrir a un criterio objetivo-subjetivo consistente en verificar (...) *de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como*

estafa, porque la víctima ha entregado un bien de valor económico con apariencia jurídica (dinero), en: SILVA SÁNCHEZ, J. (Dir.) y RAGUÉZ I VALLÉS, R. (Coord.): Ob. cit., p. 220.

¹³¹ Recurso de Nulidad N° 163-2004-Lima, de fecha 02 de marzo del 2005.

*hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima*¹³².

Por lo que, siguiendo lo dicho hasta ahora, consideramos que el negocio con causa ilícita, más que todo, serviría para fundamentar que el engaño en la venta de influencias simuladas no sería idóneo para hacerle creer al comprador de las mismas que pueda tener alguna expectativa legítima del cumplimiento del acuerdo. Y es que, entendemos que cuando una persona de medianas capacidades intelectuales se encuentra en una situación que le hace partícipe de un proceso judicial o administrativo, éste ya tiene un deber de diligencia para con la administración pública de no conseguir sus objetivos mediante conductas ilegales. Siendo que, el delito de tráfico de influencias denota un gran nivel de ilicitud que cualquier persona, estando en la circunstancias que fuere y que cuente con un mínimo grado de socialización, no puede caer en el error de creer que la promesa, tanto de ejercer presiones indebidas en los funcionarios públicos como de “arreglar por lo bajo” con ellos, a cambio de una contraprestación, pueda ser algo que esté permitido.

Ahora bien, en caso de que el engaño recaiga en personas con un ínfimo nivel académico o grado cultural que dificulten la comprensión de qué conductas sean acordes o contrarias con las practicadas en sociedad, creemos que se podrá fundamentar, más que todo, un delito de hurto¹³³ en autoría mediata. Ello en el sentido de que, el sujeto activo al no realizar propiamente un acto de sustracción, utiliza al propio agraviado para obtener el bien.

Por tanto, el hecho de auto-atribuirse falsas influencias y de prometer ejercitarlas ante funcionarios o servidores públicos, no puede constituir un engaño que se considere idóneo para configurar un delito de estafa. Por lo que, quedaría proscrita toda posibilidad de que con el derecho penal se busque proteger a una supuesta víctima que es consciente de que pone en

¹³² Fundamento recaído en el Recurso de Nulidad N° 1771-2013-Junín, de fecha 25 de febrero del 2014.

¹³³ En ese sentido véase: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: Ob. cit., p. 351; SALINAS SICCHA, R.: Ob. cit., p. 1171; MUÑOZ CONDE, F.: Ob. cit., p. 373.

riesgo su patrimonio al cerrar un acuerdo cuyo cumplimiento es totalmente incierto. Siendo que, ello lo podríamos tomar como una sanción intrínseca por parte del ordenamiento jurídico, al dejarlo sin protección por intentar obtener, por medios ilegales, alguna resolución o conducta por parte de los funcionarios públicos.

Creemos también, que estos argumentos planteados podrían adecuarse a otras situaciones. Por ejemplo, no podría condenarse por estafa a aquella persona que, comprometiéndose con otra para ayudarle con el ingreso de su mercadería al país obviando el control aduanero respectivo a cambio de una suma de dinero, termine por incumplir lo pactado por no ser la persona que tenga a cargo dicha área como se lo había manifestado, ya que la supuesta víctima ha puesto en riesgo su patrimonio al ser consciente del alto grado de incertidumbre con que cuenta el cumplimiento de dicho acuerdo ilícito.

En nuestra jurisprudencia podemos ver algunos ejemplos en donde se descarta la concurrencia del "engaño" en el marco de una negociación con causa ilícita:

Sexto: *De la misma manera se tiene que si bien se ha pretendido sostener que el engaño que habría sufrido la agraviada se había perpetrado en la falsa creencia de que las bolsas de azúcar iban a ser entregadas a instituciones como la Policía Nacional del Perú, Ministerio Público y otras instituciones públicas, no es menos cierto que, no se puede pretender amparar a través del presente proceso el cumplimiento de una actividad de dudosa licitud, como lo es la entrega de bienes a los funcionarios públicos de instituciones públicas como el Ministerio Público y la Policía Nacional, pues no se ha expresado a título de qué se habría pretendido hacer tal entrega de las bolsas de azúcar; siendo así, una vez más, se desvirtúa la concurrencia del elemento engaño¹³⁴.*

Tercero.- Que siendo así, se advierte de la revisión y análisis de lo actuado que, si bien es cierto los agraviados señalan que los procesados con la intención de obtener un beneficio económico, les engañaron al señalarles que por intermedio de su empresa Publicista y Producciones Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada les podían realizar los trámites para que obtengan sus respectivas visas, no es menos cierto que teniendo en cuenta la acción desplegada por los acusados, no se puede afirmar que el error, que los agraviados manifiestan haber sido inducidos, ha sido provocado

¹³⁴ Recurso de Nulidad N° 4632-2006-La Libertad, de fecha 15 de diciembre del 2006.

*mediante engaño, pues, éstos perfectamente conocían de la adulteración de su ocupación laboral, mediante papeles falsos que los procesados estaban empleando para obtener las referidas visas, tal como se puede apreciar de los documentos obrantes de fojas dieciséis a veintidós, así como de la propia manifestación del agraviado E.Y.H., (...) en consecuencia, tampoco se puede afirmar que la disposición patrimonial realizada por los agraviados fue consecuencia del error motivado, pues, conocedores de las irregularidades que estaban siguiendo en la obtención de sus papeles, conocían del riesgo que implicaba para su patrimonio el seguir adelante con dicha farsa documental; en consecuencia, no existiendo relación de causalidad entre la acción de los procesados y el resultado producido, dicho resultado no les puede ser imputable objetivamente; toda vez que el error no ha sido causa del comportamiento engañoso, sino que ha sido propiciado por los propios agraviados (...)*¹³⁵

*(...) que el error al que debe ser inducido el agraviado por acción del agente, constituye el elemento constitutivo del tipo penal previsto en el artículo ciento noventiséis del Código Sustantivo; que, al respecto, debe indicarse que la acción desplegada por el agente destinada a inducir a error al agraviado debe ser lo suficientemente idóneo y capaz, de modo que así pueda lograr vencer las normales previsiones del agraviado; que en el evento que nos ocupa, es preciso resaltar las circunstancias previas al viaje emprendido por los agraviados en compañía del procesado; que, en tal sentido (...), es evidente que lo perseguido por los agraviados por intermedio del procesado no era precisamente un fin lícito, de ahí que no podrá sostenerse que fueron inducidos a error si eran conocedores de lo irregular del medio empleado para lograr ingresar al citado país, cuyas autoridades de migración les impidieron ingresar materializándose así el riesgo que significaba el pretendido ingreso de los agraviados a dicho país sin contar con sus documentos en regla*¹³⁶.

Nos parece importante citar los fundamentos expuestos en el Recurso de Nulidad Nº 3115-2007-Lambayeque, de fecha 11 de marzo del 2010, en donde si bien la imputación del delito de estafa no se realiza en el ámbito de una negociación ilícita, nuestra Corte Suprema señala que para determinar la trascendencia del engaño (en nuestros términos podemos relacionarlo con su idoneidad) se debe de tomar en cuenta también el criterio de la autorresponsabilidad de la víctima, por lo que la intervención

¹³⁵ Sentencia de la Sala Penal Corporativa de Apelaciones para procesos sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente Nº 2618-98, de fecha 14 de setiembre de 1998, en: CANEZ MARTICORENA, Alfredo: *Sobre el Delito de Estafa y Otras Defraudaciones*, Editorial Alternativas, Lima, 2000, pp. 24-25.

¹³⁶ Sentencia de la Sala Penal Corporativa de Apelaciones para procesos sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente Nº 4081-97, de fecha 11 de mayo de 1998, en: Loc. cit., pp. 19-20.

del derecho penal quedará excluida si es la propia víctima quien contribuyó con su actuar negligente a la producción del resultado:

Quinto: (...) Esto pone de relieve que la mera causación de un acto de disposición patrimonial perjudicial no es razón para hacer al autor responsable del mismo, pues, aun cuando la causalidad puede tener importancia para el juicio de imputación del resultado, no la tiene para el análisis de la tipicidad del comportamiento. Es por ello, que a este nivel de análisis resulta relevante aplicar los postulados bajo los que se guía la teoría de la imputación objetiva. Así, en el análisis del delito in comento, la capacidad del engaño para producir el error está en función a que la acción del autor comporte un incremento del riesgo socialmente aceptado para la producción del resultado, además que la disposición patrimonial haya obedecido al peligro generado por la conducta engañosa desplegada por el autor. A tal fin, es conveniente incluir, para la medición de la trascendencia del engaño, el principio de autorresponsabilidad de la víctima o competencia de la propia víctima -atento al desarrollo dogmático de la teoría de la prohibición de regreso- pues es esta quien es responsable de su deber de autoprotección, y, en algunos casos, con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido (...) De este modo se advierte como innecesaria la intervención penal a aquella víctima que no se comportó de modo responsable en el cuidado de sus bienes jurídicos del que es titular, más aún cuando se trata de bienes jurídicos disponibles como el patrimonio. Bajo estos lineamientos, será relevante el engaño "... cuando la víctima no puede evitar su error a pesar de haberse comportado de acuerdo con las pautas sociales y su capacidad en el cuidado de sus bienes del que es titular" (PASTOR MUROZ, NURIA. La Determinación del Engaño Típico en el Delito de Estafa. Ed. Marcial Pons, Madrid, p. ciento cincuenta y tres - ciento cincuenta y cuatro). Sexto: (...) De este modo la conducta de Arbulú Buchacher queda fuera del alcance del tipo pues el representante de la víctima no se comportó conforme a la exigencia que funcional y socialmente se le exigía, pues la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia, contribuyendo con su actuar negligente a la disposición indebida del patrimonio estatal a favor del encausado - similares términos fácticos emplea la sentencia condenatoria, a fojas quinientos sesenta y cinco-.

Entonces, para el que suscribe la presente investigación, el delito de tráfico de influencias en su modalidad de venta de influencias simuladas no puede constituir un delito contra el patrimonio, en específico, un delito de estafa, ya que: a) por un criterio de evolución legislativa nuestro legislador ha decidido suprimir la "influencia mentida" del texto referido al delito de estafa y decidió preverlo exclusivamente como una modalidad de tráfico de influencias ligada con la protección de la administración pública; b) por un

criterio referido a la doctrina jurisprudencial reciente en materia de tráfico de influencias, al ser considerado como bien jurídico el prestigio o buen nombre de la administración pública, toda contraprestación económica dada por el comprador de influencias debe de considerarse como una contribución necesaria para la afectación de dicho bien jurídico y; c) por un criterio que analiza la idoneidad del engaño en el delito de estafa, la auto-atribución de influencias simuladas y el ofrecimiento de ejercerlas frente a un funcionario o servidor público, no pueden constituir un engaño que sobrepase el riesgo permitido para la inducción a error de la supuesta víctima, la cual actúa con independencia del mismo.

2.3.2. Casos judiciales

En nuestra jurisprudencia hemos encontrado algunos pronunciamientos referidos a la protección del patrimonio del comprador de influencias. En ese sentido, en el Recurso de Nulidad N° 1706-2003-Cono Norte, de fecha 22 de diciembre del 2003, podemos percatarnos de un caso judicial en donde un fiscal provincial vendió influencias simuladas respecto a los jueces y fiscales que conocían del proceso penal por tráfico de drogas que tenía el hijo de la compradora-interesada:

(...) que de lo actuado se concluye que el encausado Rivera Pizarro, en su condición de Fiscal Provincial del Cono Norte, ofreció sus servicios para influenciar ante las autoridades Jurisdiccionales y del Ministerio Público que conocían del proceso por tráfico ilícito de drogas, seguido contra el Sub Oficial Policía Nacional del Perú, Oscar Núñez Enero, hijo de la agraviada Aquilina Zoila Enero de Núñez, habiendo generado en ella una expectativa favorable a cambio de la suma de seis mil nuevos soles, siendo éste el motivo por el que la agraviada hizo entrega parciales de suma de dinero en el domicilio del encausado en referencia,

Dicha conducta fue valorada como un engaño que indujo a error a la compradora-interesada de tener la expectativa de conseguir la libertad de su hijo y, a su vez, se la calificó como un delito de tráfico de influencias:

(...); en consecuencia, el encausado ha procurado un provecho ilícito en perjuicio del patrimonio de la agraviada, induciéndola a error mediante engaño de conseguir la libertad de su hijo, configurándose el delito de estafa; que asimismo, se ha llegado a establecer que valiéndose del cargo de Fiscal Provincial del Cono Norte, hizo entrega de su tarjeta personal para invocar influencias de interceder

ante las autoridades jurisdiccionales y del Ministerio Público que tenía a su cargo el proceso penal seguido contra el hijo de la agraviada, recibiendo para ello las sumas de dinero reconocidas por el mismo encausado y su cónyuge, lo que constituye elementos de prueba que acreditan la comisión del delito de tráfico de influencias;

En la parte resolutoria podemos ver que al procesado se le condena por los delitos de estafa y tráfico de influencias:

(...) Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas ochocientos once, su fecha nueve de junio de dos mil tres, que (...) condena a Luis Enrique Rivera Pizarro como autor del delito contra el patrimonio — estafa — en agravio de Aquilina Zoila Enero de Núñez y por el delito contra la administración pública — corrupción de funcionarios — tráfico de influencias — en agravio del Estado; y como tal, le impone cinco años de pena privativa de libertad, e inhabilitación conforme al inciso primero y segundo del artículo treintiséis del Código Penal, por el plazo de dos años; fija por concepto de reparación civil la suma de dos mil nuevos soles a favor de la agraviada Aquilina Zoila Enero de Núñez, sin perjuicio de devolver la suma indebidamente apropiada, y en la suma de mil nuevos soles a favor del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

En el Recurso de Nulidad Nº 3547-2008-Lima, de fecha 26 de enero del 2010, nos podemos percatar que se le imputa al procesado, en su calidad de asesor de la Municipalidad Metropolitana de Lima, el haber cobrado una suma de dinero a los dirigentes de la Asociación de propietarios Las Nazarenas a cambio de que no cancelen las multas que se les impuso con anterioridad y de la promesa de obtener una licencia de funcionamiento en favor, pero no cumplió con lo acordado:

Segundo: *Que se atribuye a César Eduardo Romero Chafalote -en su calidad de asesor de la Municipalidad Metropolitana de Lima- el cobro dos mil quinientos nuevos soles a los dirigentes de la Asociación de Propietarios de la Galería Las Nazarenas para que no cancelen las multas que se les impuso -el veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve- al no contar con la licencia de funcionamiento, además les prometió obtener dicha autorización; que tal suma de dinero la recibió en su oficina ubicada en el tercer piso del Palacio Municipal y les extendió un recibo por honorarios profesionales, pero no cumplió con lo pactado.*

Si bien, dicho proceso judicial no terminó con sentencia alguna, no podemos dejar pasar por desapercibidos que los hechos se tipificaron como tráfico de influencias y estafa:

*Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas trescientos doce, del veintinueve de mayo de dos mil ocho que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra César Eduardo Romero Chafalote por delitos contra la Administración Pública - concusión y tráfico de influencias en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima, y contra el Patrimonio - estafa en perjuicio de la Asociación de Propietarios de la Galería Las Nazarenas; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-*

En la sentencia de segunda instancia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 00172-2011-6-1826-JR-PE-01, de fecha 26 de abril del 2013, vemos que el procesado ofreció interceder ante su esposa y otro servidor público a fin conseguir una licencia de funcionamiento para el consultorio médico de la compradora-interesada:

13. *Se imputa a los tres sentenciados un acto de corrupción en cadena, los cuales se dieron a conocer en atención a la denuncia interpuesta por la sentenciada **Aliaga Laura** contra el sentenciado **Miano La Roca**, el cual cuando se atendió en su consultorio médico "San Pedro" le ofreció interceder ante los servidores públicos de la Sección de Licencias y de la Sub Gerencia de Salud Pública y Alimentación de la Municipalidad Distrital de Lurigancho-Chosica, a efectos de lograr la licencia de funcionamiento para un consultorio médico y/o laboratorio clínico y el carnet de sanidad. Para ello le manifestó que trabajaba como seguridad del Alcalde de la citada Municipalidad y que su esposa **Alicia Vega Ayala** trabajaba en la oficina que emitía los carnets de sanidad, por lo que Aliaga Laura, quien no contaba con los requisitos y sabiendo que se le iba a expedir indebidamente los dos documentos le entregó la suma de S/. 800.00 nuevos soles.*

Producida la entrega de dinero, Miano La Roca acudió a su Pareja Vega Ayala, en ese entonces servidora pública de la Subgerencia de Salud Pública y Alimentación de la citada municipalidad, quien consintió y aceptó tal beneficio económico en provecho de ambos y emitió el carnet de sanidad N° 000073 en violación de sus funciones, sin verificar sus requisitos, insertando declaraciones falsas en él, entregándolo inmediatamente a su pareja, quien a su vez se lo entregó a Aliaga Laura. En cuanto a la licencia de funcionamiento, el citado sentenciado fue ante el servidor público Oscar Daniel Aníbal Caveró Arenas, de la Sección de Licencias de Funcionamiento de dicha comuna, para realizar los trámites irregulares sin lograr su cometido final.

En relación a la sentenciada Aliaga Laura se le imputa ser instigadora del delito de Tráfico de influencias por haber presionado y reclamado a Miano La Roca por la demora en los trámites ofrecidos solicitando la devolución de su dinero ante la falta de los mismos.

Pero luego, los hechos descritos fueron reconducidos al delito de estafa:

19. *Estamos conforme con la valoración probatoria del Juzgador en relación al delito de estafa, ya que el sentenciado Miano La Roca engañó a la sentenciada Aliaga Laura afirmando ser trabajador de la Municipalidad de Lurigancho- Chosica y que realizaría los trámites de la licencia de funcionamiento, cuando su intención fue la de apropiarse del dinero que le entregó, manteniéndola en error durante más de dos meses, motivando que finalmente lo denunciara. Sentenciado que al día anterior a la denuncia le cursó una carta notarial aceptando una deuda de setecientos cincuenta nuevos soles pero por un préstamo, actitud que ha criterio del colegiado denota la intención de evadir su responsabilidad penal, ya que era consciente de las consecuencias de su accionar. Motivos por los cuales la condena impuesta por el delito de estafa debe ser confirmada, debiendo aclararse que la absolución por el delito de tráfico de influencias deviene en innecesaria al haberse reconducido el tipo penal.*

Por lo que la Sala Penal resuelve:

2. ACLARAR que la **ABSOLUCIÓN** decretada contra **GINO BRUNO MIANO LA ROCA** por el delito de **Tráfico de influencias**, en agravio del Estado **deviene en innecesaria**, al haberse reconducido por el Juez Unipersonal los hechos tipificados como Tráfico de influencias al delito de Estafa, en una calificación jurídica en forma subsidiaria; y en consecuencia: **CONFIRMAR** la sentencia que lo condena autor de delito contra el Patrimonio, en la modalidad de **Estafa**, en agravio de Chavely Jessica Aliaga Laura (...)

Respecto a las resoluciones puestas como ejemplo creemos que si se hubiera hecho un análisis referente a la "idoneidad" del engaño, la denuncia por el delito de estafa o la reconducción a este tipo penal no hubiera tenido cabida alguna al ser el propio comprador-interesado (madre del procesado a quien se le procesaba por tráfico ilícito de drogas en el primer caso citado, y dueña de un consultorio médico en el último caso) la persona quien puso en riesgo su propio patrimonio. Por tanto, al no ser idóneo el engaño (por no cumplir con los criterios objetivo-subjetivo y verificarse una autorresponsabilidad de la víctima), la conducta realizada por el "supuesto" agraviado es totalmente independiente al mismo.

Ahora bien, creemos necesario precisar que sería diferente el caso en donde un abogado ofrezca ir a entrevistarse, en el horario establecido para las visitas, con el juez o el funcionario que esté en conocimiento de la causa para ir a exponer sus argumentos jurídicos o ejercer su derecho de defensa.

Siendo que, si en dicho caso no cumple con el servicio profesional ofrecido, concurriría una consecuencia, más que todo, civil y/o disciplinaria¹³⁷. También, sería diferente la situación para quien engañando que ejerce la profesión de abogado reciba una suma de dinero a cambio de una asesoría jurídica, de apersonarse al proceso o de las entrevistas con los funcionarios que nunca realizará, entrando a calificar en este supuesto un delito de estafa.

Pero, en el caso del tráfico de influencias, la conducta es manifiestamente ilícita, ya que el vendedor **No** cobrará por entrevistarse dentro del horario de trabajo con los funcionarios públicos para darle a entender con argumentos jurídicos la posición de su defensa. Por el contrario, cobrará una suma de dinero para "arreglar por lo bajo" con los funcionarios públicos, manifestando que ellos realizarán su pedido por ser "colega", "pareja" o "jefe" de los mismos. Siendo que, el calificar como estafa a estas conductas nos llevaría a la conclusión totalmente incoherente de exigir un engaño idóneo para temas contractuales que, incluso, son aún más difíciles de entender para el ciudadano común de a pie, y de no exigir una mínima prudencia de las personas en su comportamiento con la administración pública para evitar corromperla, dando a entender con ello de que se podría aceptar, de un modo genérico, que en la población existiría la creencia de que la venta inescrupulosa de la función pública estuviera permitida.

3. Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio¹³⁸

Para la consumación del presente delito se requiere necesariamente la participación de un sujeto interesado en comprar las influencias ofertadas

¹³⁷ Ello en vista a que el Código de Ética del Abogado regula de manera genérica en su artículo 12º los deberes del abogado con sus clientes: *El abogado presta servicios profesionales a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con responsabilidad y diligencia, y está obligado a cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad y demás deberes establecidos en el presente código.*

¹³⁸ Para la redacción de la presente sección se han consultado principalmente: RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El Delitos de Cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 173-204; OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El Delito de Cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 305-364; CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, 6ta Edición, 1º reimpression, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 271-275; ABANTO VÁSQUEZ, M.: *Ob. cit.*, pp. 431-438; ROJAS VARGAS F.: *Ob. it.* Pp. 638-646.

por el vendedor. Siendo que, dicha participación consiste en dar o prometer un donativo u otra ventaja de cualquier índole.

Por tanto, no se sanciona un ofrecimiento gratuito de interceder ante los funcionarios o servidores públicos, requiriéndose que el sujeto activo "reciba" por parte del comprador de influencias alguna contraprestación de su parte. Por "recibir" debemos entender a la recepción material de los bienes o ventajas dados por el sujeto interesado, como también a la manifestación de su conformidad con las promesas ofrecidas.

Pero el texto del tipo penal en comentario también describe los términos "hacer dar o prometer", el cual denota un momento previo al acto de "recibir", ello en el sentido de que el sujeto activo con la invocación o tenencia de sus influencias, o conjuntamente con el ofrecimiento de ejercitarlas ante los funcionarios públicos, ha logrado que el sujeto-interesado le entregue alguna ventaja u ofrezca una promesa del mismo como contraprestación para luego ser recibidas. Con ello se ha valorado que las conductas realizadas por el sujeto activo se dirigen necesariamente a obtener un provecho indebido, implicando entonces una labor de convencimiento hacia los potenciales compradores.

Por tanto, consideramos que la participación del sujeto interesado en este delito es consecuencia de haberse convencido de que el sujeto activo posee las influencias que manifiesta o de que el ofrecimiento de ejercitarlas denota seriedad. En otras palabras, consideramos que los actos del traficante de influencias se constituirían en la causa por la cual el comprador hará su presencia en este delito.

Ahora bien, en nuestro medio se ha identificado el momento consumativo del tráfico de influencias con estas conductas¹³⁹. Respecto a ello, consideramos que no necesariamente los actos de "recibir" o "hacer dar o prometer" serán los que cierren esta negociación ilícita, ya que la propia redacción utilizada por el legislador para este delito permite que se consume de otra forma. Como dijimos con anterioridad, puede haber la posibilidad de que en el momento en que se realice el acto de invocación o

¹³⁹ ROJAS VARGAS, F.: Ob. cit., pp. 799-800; SALINAS SICCHA, R.: 607-608; ABANTO VÁSQUEZ, M.: Ob. cit., pp. 334-335.

tenencia de influencias, simultáneamente se reciba, se haga dar o prometer cualquier tipo de ventaja y luego se realice el “ofrecimiento interceder” ante el funcionario público respectivo, consumándose el presente delito con esta última conducta.

Por lo que, necesariamente para verificar la consumación del presente delito se deberá poner en evidencia la participación de ambos sujetos (el ofrecimiento de interceder y el dar o prometer alguna ventaja). Respecto a ello se tiene que si una persona aduce tener influencias, le oferta las mismas a un litigante y éste no las acepta al no pagarle nada o prometerle nada, entonces no habría consumación alguna. También, tenemos que si una persona “tiene” influencias respecto a un juez, por ser su jefe superior o una persona con la que guarde una estrecha relación personal, y se le acerca un litigante prometiéndole que le pagará la suma de mil soles intentando con ello comprar dichas influencias, pero dicho sujeto no se las vende (no ofrece interceder ante dicho funcionario), entonces no hay tráfico de influencias.

En lo referente a los medios corruptores, por “donativo” debemos entender a todo tipo de bienes valorados económicamente, sean estos muebles o inmuebles¹⁴⁰. En cambio, con el término “cualquier otra ventaja” debemos entender no solo a toda prestación que no encaje en el término donativo y que tenga alguna vinculación económica (Por ejemplo: servicios o ascensos laborales), sino también a aquellas que carecen de ella. Ahora bien, comprendemos que ello puede traer algunas complicaciones al momento de determinar qué “otra ventaja” tendría relevancia penal para la consumación del delito, siendo que, en nuestra jurisprudencia podemos percatarnos que en unos casos se llegan a aceptar ventajas de contenido inmaterial como el de la “continuidad y estabilidad de una relación sentimental”¹⁴¹ o el impedir

¹⁴⁰ En caso de bienes muebles se tienen como ejemplo: *dinero en efectivo, botellas de licor, carne seca y chifles* (Expediente Nº 06-2006-A.V.), *zapatos* (Recurso de Nulidad Nº 2431-2010-Lima Norte), una computadora (Recurso de Nulidad Nº 2290-2003-Ica), entre otros.

¹⁴¹ En el Recurso de Nulidad Nº 1401-2003-Lima de fecha 09 de julio del 2003 se puede leer lo siguiente: **PRIMERO:** *Que, la Sentencia Recurrída se encuentra debidamente fundamentada, y en efecto, conforme en ella se concluye, el delito instruido está fehacientemente acreditado, así como la responsabilidad penal de los procesados, Vladimiro Montesinos Torres ó Vladimiro Lenin Montesinos Torres en su calidad de autor, y Jacqueline Antonieta Beltrán Ortega y Antonio Vera Juárez en su calidad de instigadores, siendo estos últimos quienes a fin de obtener una ventaja traducida en la obtención de resoluciones*

que un periodista siga con la conducción de su programa en donde se ventilaban temas políticos¹⁴² y, en otras, se exige una materialidad de las mismas al negarle la calidad de ventaja al ofrecimiento de brindar declaraciones a los medios de prensa para favorecer una reelección presidencial¹⁴³.

Respecto a ello, consideramos que para determinar la idoneidad de esta "cualquier otra ventaja" necesariamente el análisis se debe circunscribir al caso específico materia de juzgamiento tomándose en cuenta algunos criterios como: la "seriedad" con la que se cerró el acuerdo ilícito, en ese sentido no debe quedar duda respecto a la finalidad con la que fue ofrecida dicha ventaja, esto es, pagar el precio de los servicios de intercesión que ofrece el sujeto activo; por tanto, entendemos que el ofrecimiento de la

judiciales que favorecieron tanto a Vera Juárez como al hermano de Beltrán Ortega, Félix Américo Pérez Ortega, originaron la conducta delictiva de Montesinos Torres, el mismo que también obtuvo un beneficio personal al mantener y estabilizar su relación sentimental con Beltrán Ortega. En: BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio: Jurisprudencia Penal Generada en el Subsistema Anticorrupción (Corrupción Gubernamental), T. II, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 985.

¹⁴² En la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 023-2001, de fecha 10 de noviembre del 2004 se puede leer lo siguiente: **QUINTO.-** *Que este Colegiado en juicio público contradictorio, con observancia de los principios de inmediación e igualdad de armas, respetando el derecho de quien tenía la calidad de procesado a acogerse por no haber hecho renuncia, al beneficio de la prescripción de la acción, planteada antes del inicio de la Audiencia, y el del otro procesado a guardar silencio sin que se perjudique su situación jurídica, ha formado convicción, por haberse probado los extremos de la acusación fiscal, como se ha establecido en la parte considerativa de esta sentencia, que el ciudadano Vladimiro Montesinos Torres es autor del delito de tráfico de influencias, en la modalidad de influencias reales, "al realizar todos los elementos de la acción descrita en una norma penal" (...), esto es, invocando influencias se ofreció a interceder ante un funcionario judicial que venía conociendo de un proceso en cuyo trámite y resultado tenía interés quien fuera procesado Genaro Delgado Parker o Genaro Salvador Delgado Parker, el mismo que ofreció como ventaja por ese favor impedir que el periodista César Augusto Hildebrandt Pérez Treviño continuara en la conducción de un programa político, accediendo así a lo solicitado por el traficante de influencias. Que el dolo exigido, para la configuración del tipo, está constituido por la voluntad manifestada por el procesado Vladimiro Montesinos Torres ante el requerimiento del beneficiario, de ejercer con pleno conocimiento de que con ello afectaba la independencia e imparcialidad del magistrado, sus influencias reales animado por el deseo de obtener la ventaja, como sucedió; lo que le permite dictar sentencia condenatoria al haberse desvirtuado con prueba razonablemente evaluada la presunción de inocencia que por mandato constitucional se reconocía al autor del ilícito materia de juzgamiento. En: Loc. cit., pp. 955-956.*

¹⁴³ En el Recurso de Nulidad N° 3623-2005-Lima, de fecha 16 de junio del 2006 se puede leer lo siguiente: **Décimo Primero.-** *Que, algunos autores consideran que al haber incluido el legislador nacional la expresión "cualquier otra ventaja", constituiría una ventana abierta para incluir cualquier favorecimiento, provecho o algún beneficio de cualquier naturaleza; aparentemente, siguiendo esa opinión, el texto de la ley sería claro y no requeriría mayor interpretación y, por ende, debería ser aplicada insoslayablemente; que, en el caso que nos ocupa, la materialidad de la supuesta "ventaja" no está dada por dinero, un empleo, un negocio, una donación, concesión, etcétera., sino por la expresión de una opinión, que no puede ser ni verdadera ni falsa, sino tan sólo eso: una opinión; y, ello, obviamente no puede constituir la materialidad de un delito, porque en ella no se aprecia ¡a lesión del honor de otra persona; supuesto que sí podría invocarse como límite a la libertad de expresión.*

ventaja no debe de inferirse de forma arbitraria. Asimismo, debe de valorarse que la ventaja ofrecida sea "significativa". En ese sentido será diferente la situación en donde lo que se pida a cambio de ejercer sus influencias sea un beso en la mejilla, a que se solicite un favor sexual. Con ello llegamos a distinguir si es que hubo un ofrecimiento gratuito de interceder (en caso de que lo solicitado fuera poco trascendente) o un verdadero tráfico de influencias en donde se debe verificar necesariamente una contraprestación. Aunado a lo dicho con anterioridad, creemos que debe valorarse también la "utilidad" que constituya para ambos sujetos el cumplimiento de lo pactado, por un lado, valorar la importancia que representa para el sujeto activo el conseguir dicha ventaja, como la importancia para el comprador de influencias de contar con los servicios ofrecidos por el vendedor de las mismas. Por último, aunque el tipo penal no lo requiera para su consumación, consideramos que el verificar actos que constituyan un ejercicio de las influencias y/o el cumplimiento de la ventaja ofrecida se deberían tomar en cuenta como un criterio de valoración adicional a los ya antes expuestos, ya que ello confirmaría que lo pactado tuvo la entidad suficiente para poner en riesgo a la administración pública.

Entonces, creemos que estas "otras ventajas" podrían o no tener alguna vinculación económica, incluyéndose en estas últimas como ejemplo a los favores sexuales, el apoyo político¹⁴⁴ o cualquier otra que le sea

¹⁴⁴ En la sentencia de la Sala Especial "B" de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 017-2001, de fecha 09 de julio del 2003, se puede leer que se le imputó al procesado haber ofrecido su apoyo político a cambio de que Montesinos Torres intercediera en la decisión de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones. Siendo que, el juzgado decidió por su absolución al no haberse comprobado que dicho apoyo político haya surgido como contraprestación por los servicios ofrecidos por el vendedor de influencias:

48. *Del video signado con el número mil ciento setentitrés, se desprende la entrevista sostenida entre los procesados Alexander Kouri Bumachar y Vladimiro Montesinos Torres, en la que se acredita que este último "ofrece meter su manito" en la decisión del Jurado Nacional de Elecciones, respecto a la tacha (ver fojas dos mil setecientos setentiuno). Así también, del contenido del video mil ciento setentiséis (cuya acta de visualización obra de fojas mil dos mil seiscientos setentiséis a dos mil seiscientos sesentiocho) y del tenor de la conversación, se desprende la referencia a directrices que supuestamente el procesado Kouri debía seguir frente a los medios de comunicación, resaltando tres esquemas: (i) reconociendo que le parecía correcta la actitud asumida por el Gobierno, respecto a una denuncia efectuada por éste contra funcionarios de CORDELICA; (ii) decir que Andrade engañaba a los limeños porque su gran propósito era candidatearen el dos mil a las elecciones presidenciales y abandonar el Municipio de Lima, para el cual había sido elegido; y (iii) señalando además que era lamentable que no existiera una confrontación, no de ideologías sino de planteamientos de programas de Alcaldes. Todo esto con el fin de apoyar al gobierno pero además desgastar políticamente a su potencial contendor electoral, Alberto Andrade Carmona (ver Acta de visualización del video mil ciento setentiséis, foja dos mil seiscientos ochenta).*

conveniente al sujeto activo, pero para establecer su idoneidad consideramos pertinente evaluar los criterios de "seriedad" del acuerdo ilícito, "significatividad" de la ventaja ofrecida, la "utilidad" para ambos de lo pactado y el "cumplimiento" del mismo (éste último como un criterio adicional a los antes expuestos, ya que no es un requisito para la consumación de este delito el hecho de interceder efectivamente ante el funcionario público o el hecho de cumplir con la ventaja pactada, en caso de que ésta se haya ofrecido como promesa).

El término "beneficio" debe ser entendido de la misma forma que la "ventaja", por lo que bien puede prescindirse de su texto. La "promesa" es el compromiso de entregar en un momento futuro algún donativo o cualquier otra ventaja en contraprestación de lo pactado.

Con los términos "para sí o para otro" debemos entender a un elemento subjetivo del tipo penal que hace referencia a un ánimo de provecho económico o de cualquier índole, que puede estar dirigido incluso a personas diferentes al vendedor de influencias. Podemos encontrar en esta situación los casos en donde se reciba dinero y parte del mismo estuviera destinado al funcionario público influenciado. Como ejemplo tenemos el siguiente pronunciamiento jurisprudencial en donde el sujeto activo solicita cuatro mil nuevos soles, dinero que sería distribuido entre él y los funcionarios de la UGEL, pero adicionalmente solicitó en provecho propio un encuentro sexual:

Segundo: *Que, según la acusación fiscal obrante a fojas mil ciento setenta y cuatro, Juan Andrés Nomberto Chanduví, aprovechando su condición de Jefe de la Unidad Técnica Pedagógica de la UGEL - Santa - ofreció a Olga Elizabeth Carlos Poma solucionar su problema*

49. *Empero de lo descrito, no se colige que estas supuestas directrices que no eran otra cosa que apoyo político, hayan surgido precisamente como contraprestación por la supuesta intervención de Vladimiro Montesinos Torres en la decisión final de la tacha.*

(...)

68. *En todo caso, la promesa o ventaja a la que hace referencia el artículo cuatrocientos del Código Penal, es decir el pacto entre el comprador y el vendedor de influencias, sobre la dación de una ventaja, dádiva o promesa de ofrecimiento, no debe presumirse ni inferirse, tal como lo sostiene la A-quo, en su informe final obrante de fojas dos mil cuatrocientos cincuenta y nueve. En el delito de Tráfico de Influencias debe mediar un nexo causal entre la invocación de la influencia por parte del intermediario y la entrega de la contraprestación (dádiva, donación o ventaja) por parte del interesado. Es decir que lo que motiva al interesado a dar la contraprestación al vendedor de influencias es justamente la invocación que de éstas el traficante efectuó. En: BARANDIARÁN DEMPWOLF, R. y NOLASCO VALENZUELA, J.: Ob. cit., pp. 1003-1007.*

en el trámite de designación como profesora del PRONOE número dos de Bellamar, solicitándole para tal efecto cuatro mil nuevos soles, suma que sería distribuida entre la directora de la UGEL de esa época, Romy Saldaña Távara, y Esmaro Hermetrio Jiménez Velásquez - Director del Sistema Administrativo-, solicitándole también un encuentro sexual. Coordinado el operativo, fotocopiaron los billetes que aparecen a fojas cinco y seis, y luego del seguimiento respectivo se ingresó a la habitación número trescientos dos del Hostal "El Príncipe", donde al efectuarse el registro personal al encausado se le halló en su billetera el dinero que previamente fue fotocopiado¹⁴⁵.

Ahora bien, terminamos esta sección señalando que la conducta de "recibir" no necesariamente tiene que realizarse por el propio sujeto activo, sino que puede tener cabida por una persona interpuesta, así en la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente A.V. 05-2008, de fecha 23 de agosto del 2010 se puede leer la siguiente imputación fáctica:

SEGUNDO: *Que, según el dictamen acusatorio de fojas mil doscientos ochenta y siete: i) durante los meses de diciembre de dos mil cinco a febrero de dos mil ocho, el encausado Luis Alberto Mea Núñez, en su condición de miembro integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, ejerció influencias sobre los magistrados del citado ente con la finalidad de favorecer a la Empresa CONSETTUR Machupicchu Sociedad Anónima, en los diversos procesos judiciales que afrontaba con la Beneficencia Pública del Cusco para la concesión del Hotel de Turistas de dicha ciudad, llegándose a beneficiar económicamente con la suma de siete mil dólares americanos, los mismos que le fueron enviados al Cusco a través de un giro de mil dólares americanos y en cheque por seis mil dólares americanos, ambos a nombre del trabajador Alejo Julián Quispe Huallapuma -en su calidad de consejero-, el mismo que luego de cobrar dichas sumas de dinero los entregó al citado encausado¹⁴⁶.*

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

El sujeto activo, además de tener o invocar influencias, debe de "venderlas". Según el artículo en comentario dicha venta opera con "el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público" y ello

¹⁴⁵ Recurso de Nulidad N° 4097-2008-Santa, de fecha 28 de enero del 2010.

¹⁴⁶ El subrayado es nuestro.

debemos entenderlo como aquel acto en donde el sujeto activo con sus palabras acuerda que se contactará con el funcionario público para solucionar el problema judicial o administrativo que tenga el sujeto interesado haciendo uso de sus influencias para ello, en otros términos, es el acto en donde el sujeto activo ofrece ejercitar las influencias que posee¹⁴⁷ a cambio de alguna contraprestación. Como lo señalamos con anterioridad, no interesa para la consumación de este delito si de manera efectiva el vendedor logra dirigir la voluntad del funcionario público a los fines por los cuales se le contrató, ya que solo se sanciona la venta de dicha capacidad para poder determinar la voluntad del funcionario a sus intereses (influencias) y con ello poner en peligro el buen funcionamiento de la Administración Pública. Respecto a ello, tenemos como ejemplo la siguiente jurisprudencia:

La conducta típica, exigida al agente en el delito de tráfico de influencias, es la de recibir, hacer dar o prometer para sí o para otro (por parte del interesado en el ejercicio de la influencia a su favor) donativo, promesa o cualquier otra ventaja. El tipo no exige en forma alguna que el agente o traficante de humo entregue o prometa beneficio alguno al funcionario influenciado, incluso el tipo penal ni siquiera exige que la influencia o el vínculo entre el traficante de humo y el funcionario público exista, ante lo cual mal puede exigirse que el funcionario haya participado en la entrega de dinero que alega el procesado, a fin de constituir el ilícito atribuido¹⁴⁸.

Dicho funcionario o servidor público ha de conocer, estar conociendo o haber conocido un caso judicial o administrativo. Respecto a ello, creemos que el término "conocer" debe ser entendido como aquél vínculo funcional¹⁴⁹ que le permite al funcionario o servidor público pronunciarse o decidir en un asunto de carácter judicial o sobre aquellos intereses, derechos o responsabilidades que tenga el sujeto interesado en sede administrativa. Es necesario precisar que en ambos tipos de procesos no se requiere indispensablemente de la existencia de un conflicto inter partes, como ejemplo de ello tenemos el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

¹⁴⁷ Ello sin la necesidad de que posteriormente las presiones que se ejerzan sobre los funcionarios lleguen *al grado de constreñimiento físico o psíquico que se exige para las coacciones* (MUÑOZ CONDE, F., Ob. cit. P. 884).

¹⁴⁸ R.N. N° 2412-2004-La Libertad. En: GACETA JURÍDICA S.A.: *Código Penal en su Jurisprudencia*, Gaceta jurídica, Lima, 2007, p. 430.

¹⁴⁹ ROJAS VARGAS, F.: Ob. cit., p. 797.

QUINTO: *Que el Presidente de la República tiene la facultad de conceder el Indulto, siempre y cuando la Comisión especializada al momento de formular la recomendación u opinión de conmutación de Pena, haya evaluado y calificado el pedido de indulto a los que se encuentren privados de su libertad, el mismo que se realiza teniendo en cuenta las características del procedimiento observado en su tramitación, la buena fe con la que el solicitante proporcionó la información requerida, entre otros; También lo es, que si bien, en el trámite correspondiente no existe contenido inter partes, ello no le quita el carácter Administrativo con que ha sido llevado el procedimiento de evaluación, calificación y propuesta para el otorgamiento del Indulto a favor del condenado Félix Pérez Ortega o José Zamora Ortega; Significando, que el mismo se ha llevado a cabo conforme a las reglas y principios regulados por el Derecho Administrativo y las Leyes conexas¹⁵⁰¹⁵¹.*

Ahora bien, el tipo penal describe tres momentos alternativos en los que “el ofrecimiento de interceder” ante los funcionarios o servidores públicos puede tener cabida: un momento en tiempo futuro (“ha de conocer”), otro en tiempo presente (“esté conociendo”) y, por último, uno en tiempo pasado (“haya conocido”). En referencia a los dos primeros momentos creemos que no habría problema de legitimidad alguno en cuanto a su tipificación para la protección del buen funcionamiento de la administración pública al estar el funcionario o servidor público en una situación que lo vincula con el desarrollo actual del “caso judicial o administrativo” o con un desarrollo posterior en donde *se sabe de antemano, por una cuestión de turno, que dicho funcionario será quien tome la competencia del grado*¹⁵². Piénsese en este último supuesto un ejemplo en donde el sujeto activo le promete al sujeto interesado que al apelar la resolución que le es desfavorable, el juez que conocerá del caso es su “gran amigo” y que hablará con él para que saque rápidamente la resolución en su favor y en contra de los intereses legítimos de la otra parte, cobrando por dicho “servicio” una suma de dinero.

Respecto al último momento, esto es, cuando el funcionario o servidor público “haya conocido” del caso judicial o administrativo, nos encontramos en un supuesto en donde el vínculo funcional, que permitiría a dicho

¹⁵⁰ Resolución N° 349 recaído en el expediente N° 37-2002, de fecha 04 de junio del 2003, en: BARANDIARÁN DEMPWOLF, R. y NOLASCO VALENZUELA, J.: Ob. cit., p. 1032.

¹⁵¹ El subrayado es nuestro

¹⁵² PEÑA CABRERA FREYRE, A.: Ob. cit., p. 687.

funcionario decidir en el caso concreto, ya no existe¹⁵³¹⁵⁴. Por tanto, el peligro para el buen funcionamiento de la administración pública sería nulo al realizarse el "ofrecimiento interceder" ante un funcionario que ya no tiene competencia alguna para pronunciarse en dicho asunto al ya haberse resuelto éste o por otros motivos como el cese de sus funciones. Por lo que, según nuestra opinión, su texto debería ser suprimido.

Cabe agregar que el tipo penal no hace alusión alguna a la naturaleza del acto que el sujeto activo ofrece obtener del funcionario o servidor público con la venta de sus influencias, pudiendo ser uno que vaya en contra de sus obligaciones legales o que esté conforme a ellas. En todo caso, debe tratarse de un acto que el comprador de influencias desee conseguir por parte del funcionario influenciado y del cual tenga interés¹⁵⁵.

¹⁵³ Se ha señalado en nuestra doctrina que, en lo referente a este supuesto, se debe entender que lo que ofrece el sujeto activo con sus influencias es obtener un cambio en el fallo. En ese sentido, Portocarrero Hidalgo comenta: "Cuando la ley se refiere al funcionario judicial o administrativo que tenga que resolver un caso, no hay dificultad en su interpretación, pues se entiende que el problema aún no ha sido resuelto, cuando la ley dice «haya conocido» significa que la influencia se ofrece, luego de que el problema ha sido resuelto; en este caso hay que entender que la influencia se está ofreciendo para obtener un cambio en el fallo", en: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: Delitos Contra la Administración Pública, 2da Edición, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1997, p. 240.

¹⁵⁴ También se ha señalado que con dicho supuesto la voluntad del legislador ha sido la de proteger el prestigio del funcionario y de la administración a la que pertenece. En ese sentido Hurtado Pozo comenta: "No se puede sostener lo mismo en el caso de que el funcionario o servidor público haya conocido el caso, pues ya no depende de él cómo continuará desarrollándose el proceso judicial o administrativo. Esta hipótesis supone, más bien, que quien otorga la ventaja o la promete ignora realmente el estado en que se encuentra su caso, o que haya sido engañado por el agente. En ambas situaciones, no es más la marcha o el funcionamiento de la Administración pública (el proceso de tomar decisiones) lo que es comprometido, salvo que se suponga que dicho funcionario puede aún, de alguna manera, influir sobre los actos del funcionario que en su lugar tendrá a su cargo el proceso. De lo contrario tendría que pensarse que el objetivo del legislador, en cuanto a esta hipótesis, es proteger el prestigio del funcionario y, por tanto, el de la administración a la que pertenece", en: HURTADO POZO, H.: Ob. cit., p. 287.

¹⁵⁵ Es de una opinión similar Abanto Vásquez, quien además comenta que el carácter del acto ofrecido debe ser tomado en cuenta al valorar el grado de culpabilidad del sujeto activo: *El tipo penal no exige que la influencia sobre el funcionario esté dirigida a obtener un acto ilícito o uno lícito; lo único que se exige es que el acto favorezca al "comprador" de la influencia. En ambos casos de conducta esperada del funcionario habrá delito, pues ninguna persona debe "vender" en ninguna forma la "función pública", pero obviamente deberá apreciarse el carácter del acto ofrecido para valorar el grado de culpabilidad del sujeto activo, pues habrá mayor gravedad si se vendiera influencias para hacer que el funcionario viole sus deberes funcionariales, y más grave será si esto conlleva incluso la comisión de algún delito.* En: ABANTO VÁSQUEZ, M.: Ob. cit., p. 532.

4.1. La venta de influencias respecto a las decisiones adoptadas por los Fiscales.

En nuestro medio se han dado algunos comentarios referidos a cuestionar la actual redacción de nuestro tipo penal de tráfico de influencias en el sentido de que no se prevé una venta de influencias en torno a las decisiones adoptadas por los representantes del Ministerio Público. En ese sentido, Peña Cabrera Freyre sostiene que existiría un vacío en cuanto a la actuación funcional del fiscal, ya que sus decisiones no son jurisdiccionales ni administrativas, al revelar una naturaleza singular:

“Caso “judicial o administrativo”, señala expresamente la redacción normativa, advirtiéndose un vacío con respecto a la actuación funcional del Fiscal, sus decisiones no son jurisdiccionales, a nuestro parecer tampoco administrativas, al revelar una naturaleza singular. Vacío que puede generar ciertos visos de impunidad, su inclusión en ámbito del tipo, tal como se encuentra reglado el tipo penal, podría generar una afectación al principio de legalidad”¹⁵⁶.

Reátegui Sánchez sostiene que la investigación fiscal no puede ser equiparada a una investigación de naturaleza administrativa, pudiendo extenderse dicho argumento a una investigación policial. Asimismo, dichas actuaciones aún no se encontrarían en sede jurisdiccional, por lo que, al tener las diligencias preliminares una naturaleza pre-jurisdiccional, los actos de influencia que se realicen ante un fiscal o policía quedarían impunes:

En segundo lugar, el artículo 400º señala “casos administrativos”. Se trata, en otras palabras, de procesos o procedimientos seguidos ante la Administración Pública en cualquiera de sus instancias o niveles; es decir, procesos disciplinarios de Control Interno, procesos del Derecho Administrativo sancionador, procesos administrativos seguidos ante la Administración Tributaria, Aduanera, etc. La pregunta sería ¿Si una investigación preliminar en el viejo modelo procesal penal, dirigidas ambos por el Ministerio Público, sería considerado como un caso “administrativo? Si somos estrictos a la normativa vigente, concluimos que definitivamente una investigación fiscal no podría ser equiparada a una investigación de corte administrativo.

Esta conclusión también podría ser extendida a una investigación policial, porque en realidad esta depende funcionalmente del Ministerio Público. Entonces, si esto es así, si el traficante influye en un Fiscal o un miembro Policial, que está conociendo o haya conocido un caso “fiscal” o “policial”, que todavía no está en sede

¹⁵⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, A.: Ob. cit., p. 686.

jurisdiccional, ¿Comete delito de tráfico de influencias? El legislador penal nacional pensó que solo existían dos grandes procesos en el sistema jurídico, y se olvidó inconscientemente de los procesos pre-jurisdiccionales en materia penal: fiscales y/o policiales; y es que en realidad entre los mismos procesalistas en materia penal, no se han puesto de acuerdo sobre cuál es la naturaleza (pre-jurisdiccional o administrativa) de la investigación preliminar o Diligencias Preliminares, normadas por la Ley Orgánica del Ministerio Público y por el Código Procesal Penal de 2004, respectivamente. Como hemos dicho, no puede ser considerado como una investigación de corte administrativo, ya que eso sería admitir que dicha investigación sería normada y regida por la Ley General de Procedimientos Administrativos, lo cual rechazamos. En nuestro concepto, dicha investigación se trataría de tipo pre-jurisdiccional, y si esto es así, los actos de influencia que se realicen hacia un fiscal o un policía quedarían impunes desde el delito de tráfico de influencias.

4.1.1 Opinión Propia

Como vimos de los comentarios anteriormente citados, la presente problemática se sitúa en determinar si los representantes del Ministerio Público (fiscales) pueden constituirse en funcionarios públicos influenciables a efectos de consumir el tipo penal de tráfico de influencias. Respecto a ello, creemos que debemos tener en cuenta algunas consideraciones referidas a su propia actividad funcional y a la intervención jurisdiccional que existe a lo largo del proceso penal común.

Partimos de la idea que el Ministerio Público como órgano constitucionalmente autónomo encargado de la persecución e investigación de hechos delictivos cuenta con facultades de carácter discrecional al momento de tomar decisiones que conlleven a un mejor esclarecimiento de los hechos¹⁵⁷, como constituirse en el lugar de los hechos con el personal y los medios especializados necesarios¹⁵⁸, disponer la concurrencia del imputado, del agraviado, peritos y demás personas a fin de informar sobre

¹⁵⁷ Ello conforme al artículo 61º, inciso 1 del nuevo código procesal penal (en adelante NCPP), el cual señala: *El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación.* Así también, el artículo 5º de su Ley Orgánica señala: *Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.* (El subrayado es nuestro).

¹⁵⁸ Ello conforme al artículo 330º, inciso 3 del NCPP.

los hechos o emitir dictamen¹⁵⁹, solicitar la intervención de la policía y de ser necesario, el uso de la fuerza pública¹⁶⁰, autorizar la constitución de agentes encubiertos¹⁶¹, entre otros, actuando en todo momento con la objetividad¹⁶² que le es característica. Ello conllevará a que, como titular de la acción penal, acuda ante la autoridad judicial con el fin de iniciar un proceso penal y, como consecuencia de ello, obtener una resolución judicial que le ponga fin. Por lo que, como se ha dicho jurisprudencialmente, *el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados*¹⁶³, siendo que, por mandato de nuestra Constitución el Ministerio Público tiene el rol de defensor de la legalidad y de los intereses públicos, de velar por la recta administración de justicia y de representar a la sociedad en los procesos judiciales¹⁶⁴. Todas estas funciones hacen que se le conciba como un órgano parajudicial:

El Ministerio Público es un órgano autónomo, con principios y funciones establecidos en la Constitución y que defiende la legalidad en sentido amplio y promueve la acción de la justicia. De allí que sea considerado, no como un órgano administrativo, sino parajudicial. Por ello, la Constitución lo estructura y organiza de manera jerárquica, y le dota de competencia en las distintas ramas del ordenamiento jurídico: civil, familia, menores, prevención del delito. Ahora bien, es en el ámbito penal —que conoce los casos de delincuencia común, corrupción y crimen organizado— donde destaca sus contornos constitucionales. En tal sentido, tiene un rol protector de la justicia y actúa en defensa de la legalidad. En el ámbito del proceso penal, dirige la investigación del delito desde su inicio y es el titular del ejercicio público de la acción penal, lo que

¹⁵⁹ Ello conforme al artículo 337º, inciso 3, literal a) del NCPP.

¹⁶⁰ Ello conforme al artículo 338º, inciso 3 del NCPP.

¹⁶¹ Ello conforme al artículo 341º, inciso 1 del NCPP.

¹⁶² En el fundamento 2.5 de la Casación Nº 318-2011, de fecha 22 de noviembre del 2012, se puede leer lo siguiente: *Además se destaca que el Ministerio Público no es el abogado de la víctima sino de la sociedad, por ello sus actividades son ejercidas en estricto cumplimiento al principio de objetividad, por tanto su indagación está orientada a descubrir la verdad de los hechos, de allí que la información probatoria que recoja no tenga que ver únicamente con la responsabilidad del imputado, sino también en su caso con la inocencia o no culpabilidad del mismo. Aunado a ello, es de reconocerle su papel conductor y contralor jurídico de los actos de investigación que practica la policía judicial al servicio del Ministerio Público, como así lo establece el inciso segundo del artículo IV del título preliminar del Código Procesal Penal.*

¹⁶³ Fundamento Nº 16 de la sentencia recaída en el expediente Nº 2725-2008-PHC/TC, de fecha 22 de setiembre del 2008.

¹⁶⁴ Ello conforme al artículo 159º de nuestra Constitución.

hace del Ministerio Público peruano una institución fundamentalmente persecutora del crimen¹⁶⁵.

Incluso, jurisprudencialmente se le han reconocido "facultades jurisdiccionales amplias":

Cuarto.- 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 del artículo cuatrocientos del Código Penal hace referencia al "ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo" indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo; que, en el presente caso, la inicial referencia genérica que se hace al procesado de que coadyuvó al desvió de investigaciones periodísticas o congresales, sin que se haya acreditado en forma concreta y certera la existencia real y previa de caso judicial o administrativo en ciernes en contra de los hermanos Venero Garrido hace que la conducta incurrida por el procesado adolezca de un elemento objetivo del tipo penal indicado; y por consiguiente no se subsuma en él (...)¹⁶⁶

Si bien las decisiones del Ministerio Público no se ven representadas en autos o sentencias que resuelvan la causa penal existente, no podemos dejar pasar por desapercibido que pueden tener los efectos de una cosa juzgada:

16. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que: "...La decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional -como toda actividad del Ministerio Público en el proceso- que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión..." (Informe N° 1/95, relativo al caso 11.006 del 7 de febrero de 1995).

17. Este criterio ha sido asumido por el Tribunal Constitucional a través de diversos fallos en los que ha señalado que: "... las

¹⁶⁵ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *El Ministerio Público y el Proceso Penal en las Sentencias del Tribunal Constitucional*. En: Anuario de Derecho Penal 2009. La Reforma del Derecho Penal y Procesal Penal en el Perú, Lima, 2006, pp. 221-222.

¹⁶⁶ Recurso de Nulidad N° A.V. 11-2001-Lima, de fecha 23 de julio del 2003.

resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los representantes del Ministerio Público, no constituyen en estricto cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales. No obstante ello, este Colegiado les ha reconocido el status de inamovible o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal..." (STC 2725-2008-PHC/TC). A contrario sensu, no constituirá cosa decidida las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) Cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o, b) Cuando la investigación ha sido deficientemente realizada.

(...)

20. Es pertinente aquí precisar que si de la resolución que puso fin a la primera investigación, esto es la llevada por el titular de la Décimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, se deriva indubitablemente que dicho funcionario se ha pronunciado por la falta de ilicitud de los hechos reputados como antijurídicos e imputados al favorecido, este Colegiado podrá asumir que dicho pronunciamiento tiene la condición de cosa decidida (con los efectos de cosa juzgada), procediéndose a analizar los elementos que configuran el *ne bis in idem*¹⁶⁷¹⁶⁸.

En la Casación N° 326-2011-Cusco, de fecha 28 de mayo del 2013, también podemos ver que se sigue el mismo criterio:

*Tal como lo podemos observar, la regla que antes fijamos para determinar los efectos del auto de no ha lugar a iniciar instrucción, es la misma que se ha adoptado en el nuevo sistema procesal penal para el caso de la disposición de no formalizar la investigación preparatoria. A saber, si el pronunciamiento del Ministerio Público se refiere a la juridicidad de los hechos, entonces no será pasible el pronunciamiento sobre los mismos hechos, por lo que tiene los efectos de cosa juzgada; si el efecto es denegatorio por razones de índole probatoria, entonces tendrá los efectos de cosa decidida*¹⁶⁹.

Cabe agregar que, con la "Disposición de abstención" prevista en caso se decida por aplicar el principio de oportunidad o proceda un acuerdo reparatorio, también existe la prohibición, bajo sanción de nulidad, de promover nuevamente la acción penal sobre los mismos hechos (art. 2, inciso 4 del NCPP). Ahora bien, como lo mencionamos con anterioridad, el

¹⁶⁷ Sentencia recaída en el expediente N° 01887-2010-PHC/TC, de fecha 24 de setiembre del 2010.

¹⁶⁸ El subrayado es nuestro.

¹⁶⁹ El subrayado es nuestro.

Ministerio Público tiene a su cargo la investigación de los delitos de persecución pública, pero su actuación no se restringe a esta etapa procesal, por el contrario, interviene permanentemente en todo el desarrollo del proceso¹⁷⁰, esto es, en sus 3 etapas. Siendo que, luego de culminada la investigación preparatoria tiene el deber de pronunciarse sobre los hechos investigados realizando el requerimiento de acusación correspondiente o pidiendo el sobreseimiento del caso. Asimismo, el juicio se realizará ininterrumpidamente con la presencia del fiscal¹⁷¹, quien expondrá sus alegatos preliminares, intervendrá en la actuación probatoria y luego expondrá sus alegatos finales.

Ahora bien, adicionalmente a la presencia del Ministerio Público en todas las etapas del proceso penal, nuestro código procesal penal también describe la presencia de actividad propiamente jurisdiccional en cada una de estas fases al prever la existencia de un juez de investigación preparatoria sindicado como un juez de garantías (quien adicionalmente tendrá a su cargo la dirección de la etapa intermedia¹⁷²) y otro de juzgamiento (pudiendo ser unipersonal o colegiado). Por lo que, si bien la sub-fase de investigación preliminar se le ha llegado a denominar como una etapa pre-jurisdiccional¹⁷³, no podemos negar que en ella pueden existir decisiones de carácter judicial, como el de decidir sobre un pedido de tutela de derechos (fundamentado ello en la dignidad de la persona humana, en el derecho a la

¹⁷⁰ Ello conforme al artículo 61º, inciso 3 del NCPP.

¹⁷¹ Ello conforme al artículo 359º, inciso 1.

¹⁷² Ello conforme al artículo 29º, inciso 4 del NCPP.

¹⁷³ En ese sentido, se puede leer de la Casación N° 14-2010-La Libertad, de fecha 5 de julio del 2011, lo siguiente: CUARTO: Las diligencias preliminares es una fase pre-jurisdiccional, porque se encuentra en el contexto que el Fiscal ya conoció la noticia criminal, pero aún no ha resuelto formalizar la investigación y dar inicio a la investigación preparatoria; en ella se busca verificar si el conocimiento que se tiene de la sospecha de un delito - sea de oficio o por la parte denunciante- tiene un contenido de verosimilitud y ver si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la persecución de delitos y sus autores, se funda en la necesidad de determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial y por ende el proceso penal; que, además, la investigación preliminar que realiza el fiscal en su despacho o la policía bajo su supervisión, la realiza con el fin de establecer: i) si el hecho denunciado es delito, ii) si se ha individualizado a su presunto autor, y iii) si la acción penal no ha prescrito. Si no existe alguno de esos requisitos el fiscal debe archivar provisionalmente o definitivamente los actuados. Las diligencias preliminares son importantes en tanto aseguran el cuerpo del delito, esto es, los elementos de prueba que por su naturaleza y característica son considerados actos urgentes e irreproducibles, de ahí que estas diligencias se constituyan luego en prueba preconstituida que entrará al proceso para ser valorada por el Tribunal. (El subrayado es nuestro).

presunción de inocencia y el en acceso al órgano jurisdiccional a través de la tutela jurisdiccional y al debido proceso):

El nuevo Código Procesal Penal a diferencia del Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta, tiene una regulación garantista que busca proteger los derechos de los intervinientes en el proceso penal, pues a partir de lo reconocido como derechos fundamentales se puede implementar una serie de derechos y garantías a través del proceso penal. Por ello en el marco de la actuación del imputado este ha sido investido de las garantías suficientes en un sistema acusatorio. De ahí que el imputado puede hacer valer sus derechos por sí mismo o a través de un abogado desde el inicio de las primeras diligencias preliminares, en razón de ello se ha previsto una serie de derechos que se deben poner en conocimiento de manera inmediata y comprensible al imputado por parte de los Jueces, Fiscales y Policía Nacional.

El fundamento para otorgarle derechos al imputado es la dignidad de la persona humana, principio constitucionalmente reconocido del que se derivan todos los demás derechos, entre ellos, el de presunción de inocencia previsto y reconocido en el apartado dos del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal "Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada". Lo regulado en esta norma procesal está en concordancia con la Constitución cuando afirma que son principios de la función jurisdiccional el acceso al Órgano Jurisdiccional a través de la tutela jurisdiccional y el debido proceso -véase apartado tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución.

Además el nuevo Código Procesal Penal establece en beneficio del imputado la audiencia de tutela de derechos, en ese sentido, cuando se considere que de las diligencias preliminares o que en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones (relativas a sus derechos), o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que corresponda según lo establece el apartado cuatro del artículo setenta y uno del Código adjetivo, esta solicitud la resolverá este mismo Juez previa audiencia, en la cual el Abogado defensor expondrá los argumentos por los cuales cree que su patrocinado ha sido afectado en sus derechos, le seguirá en turno el Fiscal con sus alegaciones de descargo y el Juez resolverá al final¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Fundamento Octavo de la Casación Nº 14-2010-La Libertad de fecha 5 de julio del 2011.

También, existe la posibilidad de solicitar un control de plazos en la subfase de investigación preliminar¹⁷⁵, en la cual también existirá un pronunciamiento de carácter judicial¹⁷⁶ (ello fundamentado en el derecho al plazo razonable):

Al respecto debe señalarse que en reiteradas Ejecutorias Supremas se ha establecido que son distintos los plazos de las diligencias preliminares con los de la investigación preparatoria pues cada una de ellas persigue una finalidad distinta, dejándose sentado que para las diligencias preliminares el plazo es de veinte días; y vencido dicho plazo el Fiscal está sometido a un tipo de control por quien se considere afectado a una excesiva duración de las diligencias preliminares, a fin de no afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso¹⁷⁷¹⁷⁸.

Asimismo, en la adopción de medidas restrictivas de derechos con fines investigativos se establece que necesariamente debe existir intervención judicial (ello fundamentado en el principio de jurisdiccionalidad¹⁷⁹), teniéndose que, incluso, en caso de no haberse requerido una resolución previa, es imprescindible que exista luego una confirmación judicial de la medida ejecutada por la policía o la fiscalía, pudiendo el juez decidir que se lleve a cabo una audiencia para estos efectos¹⁸⁰. Como ejemplo de estas

¹⁷⁵ En ese sentido, el artículo 334º, inciso 2 del NCPP señala: (...) *Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante.* (El subrayado es nuestro).

¹⁷⁶ Incluso en el código de procedimientos penales de 1940 se prevé también la existencia de intervención judicial en las diligencias preliminares, señalándose en su artículo 49º lo siguiente: *El Juez Penal es el director de la instrucción. Le corresponde como tal la iniciativa en la organización y desarrollo de ella. Asimismo, le corresponde garantizar el cumplimiento de los plazos legales de la investigación preliminar y la instrucción. Su inobservancia acarrea responsabilidad disciplinaria.* El subrayado es nuestro.

¹⁷⁷ Fundamento 2.11 de la Casación Nº 318-2011, de fecha 22 de noviembre del 2012.

¹⁷⁸ El subrayado es nuestro.

¹⁷⁹ En ese sentido el artículo VI del título preliminar del NCPP señala lo siguiente: *Las medidas que limitan derechos fundamentales. Salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.*

¹⁸⁰ Ello conforme al artículo 203º, inciso 3 del NCPP.

medidas se pueden citar la intervención de comunicaciones telefónicas¹⁸¹, el allanamiento¹⁸², entre otros.

Por tanto, creemos que no habría problema alguno en considerar a los representantes del Ministerio Público como funcionarios que estén “conociendo un caso judicial” al tener con este un vínculo funcional desde el inicio de las primeras diligencias investigativas y al intervenir permanentemente en todas las etapas del proceso penal, existiendo, además, presencia propiamente jurisdiccional en todas ellas. Aunado a ello, por el rol que constitucionalmente se le ha asignado, el fiscal no es considerado una mera autoridad administrativa que se encarga de pronunciarse respecto a intereses de carácter administrativos, por el contrario, el Ministerio Público es un órgano constitucionalmente autónomo concebido para la administración de justicia al ser quien acudirá ante la autoridad judicial para la defensa de la legalidad y de los intereses públicos transgredidos, pudiendo sus decisiones incluso tener los efectos de una cosa juzgada al tener también la potestad de pronunciarse sobre la juridicidad de los hechos, vinculado ello con el reconocimiento jurisprudencial de contar con facultades jurisdiccionales amplias¹⁸³.

4.1.2. Casos Judiciales

En nuestra jurisprudencia podemos percatarnos de un caso en donde se le imputa a una abogada haber vendido las influencias que pudiera tener sobre un fiscal provincial quien conocía del proceso que se seguía en contra de su cliente . Así, en el Recurso de Nulidad Nº 2457-2005-Lambayeque, de fecha 14 de febrero del 2006 se puede leer lo siguiente:

¹⁸¹ La cual requiere de una orden judicial (artículo 230º del NCPP), pudiendo existir una audiencia para el reexamen de dicha medida (artículo 231, inciso 4 del NCPP).

¹⁸² Como ejemplo de un requerimiento de convalidación de allanamiento en diligencias preliminares y de la resolución judicial que resuelve dicho pedido ver: BURGOS ALFARO, José: *El Nuevo Proceso Penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 88-92.

¹⁸³ En relación a esto último Rojas Vargas es de una opinión similar al señalar: *El funcionario o servidor público sobre quien el traficante de influencias va a interceder tiene que tratarse necesariamente de un funcionario o servidor que tenga bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial (en sentido lato, para incluir incluso a los casos del fuero militar) o administrativo. Quedan, pues, fuera del tipo los funcionarios o servidores que carezcan de facultades jurisdiccionales en sentido amplio (no referido sólo a los jueces, sino también a fiscales), así como en general todos aquellos otros funcionarios o servidores públicos.* En: ROJAS VARGAS, F: Op. cit, p. 795.

Segundo.- Que, se atribuye a la encausada América Irene Tasayco Gogin, en su condición de abogada, haber solicitado con fecha veintinueve de abril del año dos mil tres a Betty Perales Morales, hermana de Fernando Perales Morales a quien asistía legalmente, toda vez que había sido denunciado por el presunto delito de robo al Casino del "Garza Hotel" en la ciudad de Chiclayo, la suma de doscientos nuevos soles adicionales a sus honorarios profesionales fijados en trescientos nuevos soles para interceder ante el Fiscal Provincial Mario Chávez Reyes;

Dicho proceso terminó con la absolución de la acusada al No haberse demostrado que recibió dinero alguno para ser entregados al Fiscal Provincial:

Tercero.- Que, después de efectuar el análisis respectivo en la presente causa se llega a concluir por la no responsabilidad penal de la encausada América Irene Tasayco Gogin, toda vez que en autos sólo existe en su contra la versión de Fernando Perales Morales y de su hermana Betty Perales Morales, las mismas que no han sido corroboradas con otro elemento de prueba idóneo; por tal motivo, la mera sindicación no es suficiente para sustentar una sentencia condenatoria, máxime si ésta no ha sido uniforme a lo largo del proceso (...); ante tales contradicciones es menester señalar que no se ha demostrado indubitadamente que la encausada haya solicitado doscientos nuevos soles para ser entregados al Fiscal Mario Chávez Reyes, más aún la procesada ha negado a lo largo del proceso de manera enfática y coherente los cargos imputados, refiriendo que al haber sido contactada por Betty Perales Morales, para la defensa de su hermano, quien había sido acusado de participar en el robo contra el Casino del "Garza Hotel", se acordó fijar en trescientos nuevos soles el pago por concepto de honorarios profesionales, habiendo recibido sólo la suma de cien nuevos soles y que posteriormente al pretender cobrar los doscientos nuevos soles restantes es que es denunciada, con la finalidad de no pagarles el monto restante; consideraciones por las cuales se determina que la sentencia absolutoria se encuentra arreglada a ley por no existir elementos de pruebas suficientes que destruyan el principio de presunción de inocencia.

También, en nuestra jurisprudencia podemos ver que incluso han existido pronunciamientos referidos a la venta de influencias en una investigación policial. Respecto a ello, en la sentencia emitida por la Sala Penal Especial "B", recaída en el expediente N° 017-2001¹⁸⁴, de fecha 09 de julio del 2003, podemos ver que se le imputa al procesado haber determinado a su coprocesado para que interceda en la investigación policial por tráfico ilícito

¹⁸⁴ Véase el contenido de dicha sentencia en: BARANDIARÁN DEMPWOLF, R. y NOLASCO VALENZUELA, J.: Ob. cit., pp. 991-1011.

de drogas que se estaba siguiendo en contra de su primo, llevándose a cabo, a consecuencia de ello, un ejercicio de las influencias sobre los "altos mandos policiales":

33. *El representante del Ministerio Público tanto en su Acusación Fiscal obrante de fojas tres mil novecientos doce y siguientes, así como en su Requisitoria Oral efectuada en la sesión de audiencia de fecha once de junio de dos mil cuatro, determina que el procesado Alexander Martín Kouri Bumachar solicitó a su coprocesado Montesinos Torres, interceda en la investigación policial a la que estaba siendo sometido por Tráfico Ilícito de Drogas, su primo Fernando Félix Kouri Cahuas, la misma que se encontraba a cargo de la DINANDRO. Así también manifiesta que Vladimiro Montesinos Torres ejerció sus influencias en los altos mandos policiales, a fin de permitir el traslado de Fernando Félix Kouri Cahuas desde el calabozo de la DINANDRO hacia las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, facilitando una entrevista con su primo (Alexander Martín Kouri Bumachar) y logrando además, que éste permaneciese indebidamente por espacio de varios meses en las instalaciones de la DINANDRO aduciendo un supuesto acogimiento a la "Ley de Arrepentimiento"¹⁸⁵.*

Dicho proceso terminó con la absolución de la acusación fiscal al probarse que el traslado del detenido Félix Kouri Cahuas desde las instalaciones de la DINANDRO a las oficinas del SIN no se realizó a petición del procesado, sino por iniciativa de su coprocesado:

39. *Respecto al traslado desde las instalaciones de la DINANDRO, lugar donde se encontraba detenido Fernando Félix Kouri Cahuas a las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional, en autos también ha quedado acreditado que dicha acción no se ejecutó a solicitud del procesado Alexander Martín Kouri Bumachar, sino a la iniciativa de su coprocesado Montesinos Torres, tal como lo ha manifestado en su inestructiva de folios mil ochocientos noventidós, leída e incorporada al proceso, por haberse acogido a lo dispuesto por el artículo del doscientos cuarenticinco del Código de Procedimientos Penales; así como a lo manifestado al momento de formular tacha contra los videos números mil ciento setenta y mil ciento setentiuono, al sostener de manera enfática que: "la decisión de traer a Fernando Félix Kouri Cahuas a las instalaciones del SIN, ha respondido a una decisión mía, sin ninguna participación ni responsabilidad del doctor Kouri", reiterando su afirmación al momento de tachar los videos mil ciento setentitrés y mil ciento setenticuatro, según se desprende de las Actas de sesión de Audiencia del cuatro de junio del año en curso. Asimismo, del videos número mil ciento setenta y mil ciento setentiuono, se evidencia que es Montesinos quien le señala a Kouri "(...) no sé si él confiará en alguna persona que pueda hacer un*

¹⁸⁵ El subrayado es nuestro.

contacto con él (...), la otra forma es que yo lo haga traer acá y usted tenga una entrevista personal con él y él le pueda decir a usted (...)", añadiendo: "si bueno no lo podemos hacer hoy día lo podemos hacer mañana , no?, mañana en la noche lo hago traer", a lo que responde Kouri Bumachar: "o si usted desea yo puedo ir a visitarlo" y Montesinos Torres señala: "(...) yo lo hago traer con el Jefe de la DINANDRO" (Ver Acta de Visualización de video número mil ciento setentiuno, el folio dos mil seiscientos cuarentiséis).

(...)

41. Este diálogo transcrito por la Parte Civil, si bien se ajusta a la verdad, resulta ser posterior a la determinación del procesado Vladimiro Montesinos Torres de trasladar a Fernando Félix Kouri Cahuas desde DINANDRO hacia otro sitio, el que Kouri Bumachar haya sugerido un lugar específico a fin se realizara la reunión con su primo, implica hasta una aceptación de la propuesta más no la solicitud del traslado como lo quiere afirmar la Parte Civil, por lo que estas expresiones no resultan válidas para acreditar que fue Kouri Bumachar quien solicitó el traslado de su primo Fernando Félix Kouri Cahuas. Ni tampoco resulta válido incriminar al procesado Kouri Bumachar por sus solas contradicciones, elemento éste que acompañado de pruebas o indicios podrían tomar relevancia, mas, solo ellas, no.

42. Asimismo, es necesario resaltar que el video número mil ciento setentitrés y mil ciento setenticuatro correspondiente al nueve de setiembre de noventiocho, rotulado "Entrevista Dr. – Alex Kouri", el procesado Kouri Bumachar se reúne con su primo Fernando Félix Kouri Cahuas, en una de las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional, pudiéndose observar que el primero de los nombrados exhorta al segundo a fin que colabore con la investigación policial, sincerándose y delatando a las personas que lo proveen de droga así como respecto a los envíos a España y la compra de droga en dicho país. No advirtiéndose que el procesado Kouri Bumachar haya siquiera insinuado a su primo que las investigaciones policiales estuvieran o pudieran ser conducidas favorablemente hacia su persona, ni asegurando una inmediata libertad, por el contrario se puede apreciar que después de la entrevista de los primos Kouri, Montesinos Torres ingresa al ambiente y entre otras cosas le expresa a su interlocutor "(...) estamos para ayudarlo dentro de la legalidad (...)" A lo que Kouri Bumachar replica "Me parece lo más oportuno" (Ver Acta de visualización de video número mil ciento setenticuatro, en el folio dos mil setecientos ochentiocho). De otro lado, obra la declaración testimonial de Fernando Félix Kouri Cahuas, quien en sesión de Audiencia de fecha veintiocho de mayo del año en curso, sostiene que su primo Kouri Bumachar, no le señaló haber hablado con autoridades policiales a fin de ayudarlo, y que le recomendó que en las investigaciones fuera claro y sincero, afirmando además que desde su detención había dicho siempre la verdad y que su intención había sido colaborar con las pesquisas policiales¹⁸⁶.

¹⁸⁶ El subrayado es nuestro.

También, se decidió por la absolución de la acusación fiscal al no evidenciarse que para el traslado de Félix Kouri Cahuas desde las instalaciones de la DINANDRO hacia las oficinas del SIN haya existido alguna contraprestación de por medio:

44. *Así tenemos además que de las conversaciones que se desprenden de la visualización de los videos, no se evidencia que para el traslado de Fernando Félix Kouri Cahuas desde las instalaciones de DINANDRO hacia las oficinas del SIN, haya existido alguna contraprestación materializada en alguna ventaja, dádiva o promesa por parte de Alexander Martín Kouri Bumachar a favor de Vladimiro Montesinos Torres*¹⁸⁷.

Por último, en la siguiente jurisprudencia (Recurso de Nulidad N° 3623-2005-Lima, de fecha 16 de junio del 2006) vemos que se le imputa al procesado haber determinado a otro para que interceda en el proceso penal que se seguía en su contra ante un juzgado penal especializado en delitos de tráfico ilícito de drogas, ofreciendo a cambio de ello brindar declaraciones en los medios de comunicación en favor de una reelección presidencial:

Octavo.-Que, se atribuye al encausado Dionisio Fernando Romero Seminario, en su condición de Presidente del Directorio del Banco de Crédito del Perú, haber recurrido a Vladimiro Lenin Montesinos Torres, en un proceso penal que se estaba siguiendo ante el Cuarto Juzgado Penal Especializado en delito de tráfico ilícito de drogas, para conseguir que el órgano jurisdiccional designe a los Administradores Judiciales que aquél había propuesto, esto es, Jaime Hanza Sánchez Concha, José Sarmiento Madueño, Carlos Hernán Ruiz de Somocurcio Escribens y Eduardo Pío Villa Luna, para desempeñarse en las empresas del Grupo "HAYDUK" (Pesquera "HAYDUK" Sociedad Anónima, Pesquera "Santa Rosa", "Fibras Marinas", Corporación Agro-Industrial "BAMAR" y Pesquera "VELEBIT" Sociedad Anónima) que tenían deudas pendientes con diversas entidades bancarias, entre las que se encontraba el Banco de Crédito, como tercer acreedor; este hecho se evidenciaría - según la denuncia - con la Trascrición de los vídeos signados con los números mil quinientos setenticuatro y mil quinientos setenticinco, rotulados: "Reunión de Vladimiro Montesinos Torres con Dionisio Romero Seminario, el Gral. EP. Saucedo Sánchez", que corren a fojas novecientos cuarentiuno y fojas dos mil cuatrocientos sesentitrés del expediente principal, documentos fílmicos de los que trascendería, de un lado que el imputado Dionisio Romero Seminario, el catorce de junio de mil novecientos noventinueve, había ofrecido brindar declaraciones en los medios de comunicación

¹⁸⁷ El subrayado es nuestro.

favoreciendo la candidatura para la reelección del candidato y Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori; y, de otro, que el veintidós de junio de mil novecientos noventinueve Vladimiro Montesinos Torres informó al procesado Dionisio Romero Seminario del avance de las gestiones para obtener el embargo en forma de administración en las Empresas del Grupo "HAYDUK"¹⁸⁸.

Si bien se decidió por absolver al procesado al considerarse que no pudo haber instigación alguna de su parte, no podemos dejar pasar por desapercibidos que en dicho pronunciamiento jurisprudencial se descarta la posibilidad de que el Procurador Público sea un funcionario que conozca de un caso judicial o administrativo:

Décimo Tercero.- Que, de esta forma Vladimiro Montesinos Torres tampoco ofreció al inculcado Dionisio Romero Seminario interceder ante la Procuradora o el Juez; simplemente se limitó a dar cuenta del ejercicio de influencias que por orden del ex-Presidente Alberto Fujimori Fujimori, ya había consumado; y, esto descarta evidentemente la posibilidad de una imputación por instigación contra el citado imputado, quien, como se ve, no tuvo oportunidad de determinar, en el sentido del artículo veinticuatro del Código Penal, la presunta decisión de Montesinos Torres de influir sobre la Procuradora y el Juez; es más, si somos estrictos en la aplicación de este delito, debe tenerse en cuenta que la intercesión prohibida es sobre un funcionario que conozca de un caso judicial o administrativo; ello, en consecuencia, excluye de plano la relevancia de la presunta intercesión ante la Procuradora del Ministerio del Interior; es decir, la discusión sobre el presunto tráfico de influencias debe ceñirse en estricto a la influencia supuestamente ejercida sobre el Juez Penal Especializado en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas¹⁸⁹.

Respecto a la jurisprudencia citada, creemos que el tipo penal no permitiría tener como un funcionario influenciado a los miembros de la Policía Nacional. Ello por ser un organismo auxiliar del Ministerio Público, dependiendo funcionalmente de éste en lo que respecta a la investigación del delito. Por tanto, el personal policial no tendría el vínculo funcional respecto al caso judicial, que exige el tipo penal con el término "conocer", al no poder decidir o pronunciarse en algún sentido sobre el mismo.

Por el contrario, respecto a los procuradores públicos creemos que no habría algún impedimento en considerarlos como funcionarios influenciados, ya que al constituirse en actores civiles y representar los

¹⁸⁸ El subrayado es nuestro.

¹⁸⁹ El subrayado es nuestro.

intereses indemnizatorios del Estado en el caso judicial respectivo, cuentan con un vínculo funcional con el mismo al intervenir en el juicio oral, poder deducir nulidad de los actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba (colaborando con ello en el esclarecimiento de los hechos y con la intervención del autor y los partícipes en el mismo), interponer los recursos impugnatorios que se prevén legalmente (como el impugnar el auto de sobreseimiento y sentencia absolutoria)¹⁹⁰, entre otros.

Por tanto, creemos que los términos “conocer un caso judicial o administrativo” podrían llevar a confusiones. Como vimos, existen comentarios que apuestan por dejar fuera del tipo a la venta de influencias sobre los representantes del Ministerio Público, jurisprudencialmente se estimó que los procuradores públicos no estarían dentro del tipo penal como funcionarios influenciables (lo que nos parece erróneo al constituirse en los funcionarios que se encargan de la defensa jurídica de los intereses del Estado en los procesos en donde es parte) y, contrario a ello, se siguió un proceso penal por un ejercicio de influencias ante los miembros policiales de la DINANDRO, siendo que, por el tenor del tipo penal, los miembros de la policía no podrían ser calificados como funcionarios influenciables.

En consecuencia, somos de la idea de que ésta obsoleta terminología debería de suprimirse y describirse en su lugar a un funcionario o servidor público influenciable “genérico”, como se prevé incluso en legislaciones extranjeras¹⁹¹ y por la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción¹⁹². Por lo que, al constituirse el delito tráfico de influencias en un acto previo a la realización de los delitos cohecho u otras conductas colusorias o abusivas por parte de los funcionarios públicos no vemos impedimento alguno para suprimir la terminología referida a “caso judicial o administrativo” que se prevé actualmente y que en la práctica puede generar interpretaciones desiguales¹⁹³ y vacíos de punibilidad.

¹⁹⁰ Todo ello conforme a los artículos 104º y 105º del NCPP.

¹⁹¹ En ese sentido, véase el artículo 256 bis del código penal argentino o los artículos 411 y 411-A del código penal colombiano.

¹⁹² Véase su artículo 18º.

¹⁹³ Por ejemplo, podría caber la posibilidad de que posteriormente alguien, interpretando el actual tipo penal de tráfico de influencias, considere de que los miembros del Tribunal

Ahora bien, creemos que describir típicamente una venta de influencias ante funcionarios o servidores públicos “en general”, no tendría alguna consecuencia negativa frente a la gestión profesional de intereses. Conducta legalmente permitida y que se encuentra regulada por la Ley N° 28024 y por su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 099-2003-PCM, en las cuales se especifica que de manera Obligatoria quien desee realizar actos de gestión profesional de intereses deberá estar previamente inscrito en el Registro¹⁹⁴¹⁹⁵, teniendo el deber de presentar informes semestrales¹⁹⁶ sobre las actividades de gestión de intereses realizadas, informe en donde también se describirán sus actividades posteriores¹⁹⁷, a los funcionarios con capacidad de decisión pública sobre los cuales se han ejercido los actos de gestión de intereses, el detalle de su participación en audiencias públicas, los datos de los contratos y honorarios pactados por el ejercicio de su actividad de gestor profesional¹⁹⁸, entre otras cosas. También tendrá la obligación de solicitar la inscripción de la Constancia¹⁹⁹ entregada por el

Constitucional no puedan ser considerados como funcionarios influenciables, ya que no forman parte del Poder Judicial y sus decisiones no son administrativas.

¹⁹⁴ En ese sentido, el artículo 12° de la Ley describe lo siguiente: *Para ejercer los actos de gestión de intereses los gestores profesionales deben inscribirse en el Registro Público de Gestión de Intereses que le asignará, previo pago de derechos, el respectivo número de registro con vigencia de dos (2) años, vencido el cual caducará de pleno derecho, salvo prórroga conforme al reglamento de la presente Ley.* Y en el artículo 9° de su reglamento se describe que: *Para realizar actos de gestión de intereses, los gestores profesionales deberán estar previamente inscritos en el Registro y contar con su respectivo número de inscripción vigente, el que constituirá la licencia a que se refieren los literales c) y d) del artículo 19 de la Ley.*

¹⁹⁵ El Reglamento de la citada Ley, en su artículo 3°, define al Registro como: *El Registro Público de Gestión de Intereses realizado por gestores profesionales de intereses.*

¹⁹⁶ El artículo 10° de la Ley señala en su literal e) que es un deber del gestor de intereses profesionales: *Presentar informes semestrales ante el Registro Público de Gestión de Intereses, sobre las actividades de gestión de intereses que hubiera llevado a cabo en el indicado periodo.*

¹⁹⁷ Ello en relación con el artículo 5° del Reglamento el cual señala: *Las actividades posteriores, sea cual fuera el medio de comunicación utilizado, efectuadas por el gestor de intereses ante el mismo funcionario o ante quien lo reemplace y vinculadas a la misma decisión pública específica, no se entenderán como un nuevo acto de gestión.*

En el caso del gestor profesional, dichas actividades posteriores deberán estar contenidas de manera resumida en el informe semestral que debe presentar conforme al artículo 14 de la Ley y el literal a) del artículo 15 del presente Reglamento y reportadas por el funcionario con capacidad de decisión pública a la unidad orgánica responsable de difundir la información de la entidad, o a quien haga sus veces, correspondiendo a ella publicarlas en el Portal de Transparencia de la entidad, o en su defecto en algún medio de difusión masiva al alcance del ciudadano.

¹⁹⁸ Ello conforme a los literales a), b) y c) del artículo 15° del Reglamento.

¹⁹⁹ El Reglamento de la Ley de Gestión de Intereses define en su artículo 3° a la Constancia como: *El documento en el cual consta el acto de gestión de intereses.*

funcionario con capacidad de decisión²⁰⁰, el cual contendrá, entre otras cosas, el motivo y finalidad del acto de gestión, identificando la decisión pública específica que se desea obtener y un breve resumen de los puntos tratados durante el acto de gestión²⁰¹. Se especifica también que tiene el deber de abstenerse de formular requerimientos que conlleven a que el funcionario con capacidad de decisión incumpla con sus obligaciones, así como de prometerle o realizarle cualquier tipo beneficio o entregarle bienes de cualquier naturaleza²⁰². Todo ello con el fin de garantizar la transparencia²⁰³ en la toma de decisiones públicas.

Respecto a la decisión pública que se busca obtener con el acto de gestión de intereses, la Ley especifica que éstas deben de tener una significación económica, social o política de carácter individual o colectivo, o que afecten intereses en los diversos sectores de la sociedad²⁰⁴, no estando comprendidas las decisiones jurisdiccionales del Poder judicial, los Organismos Constitucionales autónomos (como del Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Tribunal Constitucional, por ejemplo) y de las autoridades y tribunales en las que se siguen procedimientos administrativos²⁰⁵. Cabe agregar que los funcionarios públicos no pueden realizar actos de gestión por intereses distintos a los institucionales o estatales²⁰⁶, esto es, intereses particulares.

Por tanto, la actividad del gestor profesional de intereses no es la de obtener decisiones en casos administrativos ejerciendo presiones indebidas basadas en algún vínculo personal o de superioridad ante los funcionarios con capacidad de decisión. Sino, el de exponer las razones de manera pública y transparente de por qué se debe llegar a una decisión en el sector público en favor del grupo particular al que representa. Por lo que, creemos

²⁰⁰ Ello en correspondencia con lo señalado en el segundo párrafo del artículo 12º de la Ley de Gestión de intereses, el cual señala que: *Los actos de gestión de intereses que se realicen deben inscribirse de manera obligatoria*, y con el artículo 23º del Reglamento.

²⁰¹ Así lo especifica el literal e) del artículo 21º del Reglamento.

²⁰² Ello conforme a los literales c) y d) del artículo 37º del Reglamento.

²⁰³ El artículo 3º de la Ley define la gestión de intereses como: *la actividad mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas.* (el subrayado es nuestro)

²⁰⁴ Así lo especifica el artículo 4º de la Ley.

²⁰⁵ Ello conforme al artículo 1º de la Ley y al artículo 2º de su Reglamento.

²⁰⁶ Así lo especifica el artículo 3º de la Ley.

que no debe haber algún problema o cuestionamiento con realizar una actividad laboral legalmente permitida y cobrar sus honorarios por ello si con dicha actividad no se configuraría el tipo penal de tráfico de influencias. Y es que, para precisar aún más, en el delito de tráfico de influencias el sujeto activo acordará con otro que obtendrá por parte de los funcionarios públicos alguna decisión o comportamiento basándose exclusivamente en los vínculos que tiene con él, exigiendo por dicho acto algún tipo ventaja.

5. Circunstancia agravante

En el segundo párrafo del artículo 400º del código penal se prevé una circunstancia agravante si es que el vendedor de las influencias "es un funcionario o servidor público". Frente a ello, creemos que dicha agravante tendría su fundamento en la mayor cercanía que tendría el sujeto activo para poder ejercitar efectivamente sus influencias. Pero no estamos de acuerdo con la redacción, ya que al usar el término "es" se estaría haciendo alusión a un derecho penal de autor, sancionándose con una mayor pena al vendedor de influencias por el solo hecho de ser un funcionario o servidor público sin tener en cuenta si actuó en ejercicio de sus funciones o aprovechándose del cargo que ostenta dentro del aparato estatal (solo así podríamos hablar de un delito de infracción de deber impropio²⁰⁷).

En nuestro código penal existe una agravante genérica (artículo 46-A) en el caso de la comisión de delitos por parte de funcionarios o servidores públicos, cuya redacción en su primer párrafo es como sigue: *Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.*

Como podemos ver, en este párrafo su redacción es mejor, ya que se debe de tener en cuenta, para una desvaloración mayor del hecho, que el agente se aproveche de su condición de ser funcionario o servidor público para cometerlo. Si bien, para el caso del delito de tráfico de influencias no sería

²⁰⁷ Ver más adelante, en la sección nociones referentes a la participación delictiva.

de aplicación el artículo 46-A del código penal, al preverse en el segundo párrafo del artículo 400º una circunstancia agravante de carácter específica, creemos que, para una futura reforma legal de este segundo párrafo, se debería adoptar un texto legal, similar al del primer párrafo del artículo 46-A, que reprima con mayor pena a aquel sujeto que se aproveche del ejercicio de su cargo público para traficar influencias²⁰⁸.

Haciendo un paralelo con el delito de tráfico ilícito de drogas, en el artículo 297º, inciso 3 del código penal se utiliza también el término "es" en la redacción de la circunstancia agravante que viene a sancionar con mayor pena el tráfico de drogas cuando *el agente es médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejerce otra profesión sanitaria*. Siendo que, en la Casación Nº 738-2014-Cajamarca, de fecha 29 de setiembre del 2015, se ha señalado que dicha agravante operaría cuando el agente se aprovecha del ejercicio de su profesión sanitaria y que sancionar al sujeto por su mera condición de profesional sanitario sería una manifestación de un derecho penal de autor:

2.2. A criterio de este Tribunal Supremo, la agravante sub examine se funda en la deslealtad del profesional sanitario de cautelar la salud de los ciudadanos y de alertar a sus pacientes de las consecuencias perjudiciales del consumo habitual de drogas. De lo que se desprende que para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de "profesional sanitario o de salud", sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con las posibles consecuencias de riesgo para la salud que trae el consumo ilegal de estupefacientes.

2.3. Considerar la configuración de la agravante por la mera condición de "profesional sanitario" importaría la implantación de una forma de Derecho penal de autor, incompatible con un Estado Constitucional de Derecho que se garantiza. Por tanto, no se puede

²⁰⁸ Por su parte, Salinas Siccha se muestra a favor de la redacción del segundo párrafo del artículo 400º comentando que: *"Si el agente tiene la condición de funcionario o servidor público al momento de desarrollar la conducta punible, aparece la agravante tipificada en el último párrafo del artículo 400º del código penal. En tal sentido, a efectos de materializarse la agravante no es necesario que el agente esté en pleno ejercicio de sus funciones encomendadas al interior de la administración pública. Igual se verifica la agravante así el sujeto público se encuentre en sus días de descanso o de vacaciones, e invoque influencias reales o simuladas ante un tercero interesado a cambio de una ventaja indebida. El tipo penal solo exige verificar que el sujeto público, traficante al momento de cometer el delito, tenga la condición de funcionario o servidor público. Es indudable que la agravante no se aplica a los ex funcionarios o servidores públicos. Tampoco se aplica al traficante particular que alega o aduce ante el tercero interesado, ser funcionario o servidor público".* En: SALINAS SICCHA, R.: Ob. cit., p.596.

admitir que la imposición de la pena se sustente o se incremente en razón de aspectos de la vida o personalidad del autor.

Ahora bien, muy aparte de estas objeciones planteadas al texto del segundo párrafo del artículo 400º, jurisprudencialmente se ha argumentado que dicha circunstancia agravante se fundamenta en el deber de garante que ostenta el funcionario o servidor público frente a la administración pública, pudiéndose leer en el R.N. Nº 10-v-01-Lima lo siguiente:

Cuarto.- (...) *Que si bien es cierto en los delitos de Corrupción activa de Funcionarios y Tráfico de Influencias, en ambos casos, el sujeto activo es indeterminado, sin embargo, en el caso in comento, tratándose que el sujeto activo está relacionado con la posición de garante de la administración de Justicia dado que el imputado es un Vocal Supremo del Poder Judicial, esto constituye circunstancia agravante; ahora conviene escrutar y analizar si su conducta, dentro de la teoría del delito, es típica, antijurídica, culpable, por ende punible.*

Así también, podemos ver en otra jurisprudencia que dicha circunstancia agravante sirve de fundamento para imponer una pena efectiva:

Quinto: (...) es decir, el quantum de la pena impuesta debe ser proporcional al hecho delictivo realizado, a efectos de modular o asumir una pena hacia arriba o hacia abajo, realizándose dicho razonamiento conforme al injusto y la culpabilidad del encausado, es decir, de acuerdo a una concepción material del delito; que, de la revisión de los autos advertimos que la pena impuesta a los encausados resulta proporcional al hecho realizado, habiéndose considerado para los fines de determinación la carencia de antecedentes penales y el grado de participación, así como - en el caso de Roberto Neptalí Solano Sandoval - la calidad de funcionario público, última circunstancia que permite justificar la pena efectiva, pues la vulneración del bien jurídico es más latente²⁰⁹.

Conclusiones del tercer capítulo:

1. Nuestro legislador ha considerado pertinente describir dos modalidades de manifestación de influencias: La primera, mediante actos de auto-atribución de las mismas (Invocación de influencias) y, la segunda, mediante actos propios de posesión de influencias (Tenencia de influencias).

²⁰⁹ R.N. Nº 4218-2009-Piura, de fecha 20 de abril del 2010.

2. Se define a la "influencia" como aquella capacidad o posibilidad de manipular o incidir en la formación de la voluntad de los funcionarios públicos, sustentado ello en la relación jerárquica, personal u otra similar que tenga sobre los mismos.
3. El mantener como punible la modalidad de venta de influencias simuladas genera problemas de legitimación constitucional en la tipificación del delito de tráfico de influencias. Siendo que, por un criterio de fragmentariedad de la ley penal, dicha modalidad delictiva debería ser suprimida.
4. El delito de tráfico de influencias en su modalidad de venta de influencias simuladas no puede constituir un delito contra el patrimonio, en específico, un delito de estafa. Ello, luego de analizar tres criterios: uno referido a la evolución legislativa de nuestro tipo penal de estafa, otro referido a la doctrina jurisprudencial reciente en materia de tráfico de influencias simuladas y, el último, que analiza la idoneidad del engaño en el delito de estafa.
5. Los términos "hacer dar o prometer" hacen referencia a un momento previo al acto de "recibir", ello en el sentido de que el sujeto activo con la invocación o tenencia de sus influencias, o conjuntamente con el ofrecimiento de interceder, ha logrado que el sujeto-interesado le entregue alguna ventaja u ofrezca una promesa del mismo como contraprestación para luego ser recibidas.
6. La participación del sujeto interesado en este delito es consecuencia de haberse convencido de que el sujeto activo posee las influencias que manifiesta o de que el ofrecimiento de ejercitarlas denota seriedad. Constituyéndose, entonces, los actos del traficante de influencias en la causa por la cual el sujeto comprador hará su presencia en este delito.
7. Para determinar la idoneidad de la "cualquier otra ventaja" ofrecida se deben tomar en cuenta los criterios de "seriedad" del acuerdo ilícito, "significatividad" de la ventaja ofrecida, la "utilidad" para ambos de lo pactado y el "cumplimiento" del mismo (éste último como un criterio adicional a los anteriores, ya que no es un requisito para la consumación de este delito el hecho de interceder efectivamente ante el funcionario público o el hecho de cumplir con la ventaja pactada, en caso de que ésta se haya ofrecido como promesa).

8. Los representantes del Ministerio Público pueden ser considerados como funcionarios influenciables a efectos de poderse consumir el delito de tráfico de influencias. Ello debido al reconocimiento de que los fiscales contarían con facultades jurisdiccionales amplias (pudiendo incluso sus decisiones tener los efectos de una cosa juzgada) y a su intervención permanente en todas las etapas del proceso penal, contando, por ende, desde las primeras diligencias investigativas con el vínculo funcional respecto al caso judicial que tenga a su cargo.
9. El fundamento de la circunstancia agravante está en la mayor cercanía que tendría el sujeto activo para poder ejercitar efectivamente sus influencias. Pero su redacción es incorrecta, ya que al usarse en su texto el término "es" se estaría haciendo alusión a un derecho penal de autor, sancionándose con una mayor pena al sujeto activo por el solo hecho de ser un funcionario o servidor público sin tener en cuenta si actuó en ejercicio de sus funciones o aprovechándose del cargo que ostenta dentro del aparato estatal, lo que es a todas luces inconstitucional.

CUARTO CAPÍTULO

EL INTERESADO COMPRADOR DE INFLUENCIAS

Ya una vez analizado los elementos típicos que forman parte del delito de tráfico de influencias, solo queda pronunciarnos respecto a la participación del interesado en la oferta de las influencias que pudiera tener el vendedor de las mismas.

1. Nociones referentes a la participación delictiva

Consideramos necesario, previamente al tratamiento de la situación del interesado-comprador en el delito tráfico de influencias, hacer un comentario a las cuestiones dogmáticas y jurisprudenciales que se manejan en torno a la participación delictiva.

En ese sentido, es de conocimiento general que actualmente se acoge en nuestra normativa un sistema diferenciador entre autores y partícipes, siendo la teoría del dominio del hecho la más aceptada. Según esta última: "es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización"²¹⁰. *Contrario sensu*, nos atrevemos a decir, que el partícipe es aquel que también interviene en la realización del delito, pero no tiene dominio sobre el mismo, es decir, no tiene poder de decisión respecto a la procedencia de su realización ni a la forma de ejecución del delito.

La teoría del dominio del hecho es acogida en nuestra jurisprudencia, teniéndose como ejemplo el Recurso de Nulidad N° 253-2004-Ucayali, de fecha 9 de junio del 2004:

Tercero.- *Que en el proceso ejecutivo del delito, es autor y no cómplice, aquel que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho, que los sentenciados han sostenido las riendas del acontecer típicos*

²¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal Parte General*, 8va Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 434.

o la dirección del acontecer habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado.

También, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se ha hecho la distinción entre autoría y participación en base a la teoría del dominio del hecho:

34. (...) Así, define como autor de delito doloso a "[a] aquel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo". Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive.

En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho²¹¹.

Como contrapartida a los delitos de dominio (en los que es de aplicación la teoría del dominio del hecho) aparecen los delitos denominados "de infracción de deber". En este último supuesto no es autor aquel que tenga una posición de dominio sobre el transcurso de los hechos delictivos, sino aquel que tiene un deber especial, respecto al bien jurídico que se intenta proteger, y lo infringe. En ese sentido Bacigalupo Zapater afirma que: "En los delitos de infracción de deber el criterio determinante de la autoría es únicamente la infracción del deber especial que incumbe al agente, con total independencia de si tuvo o no dominio del hecho"²¹². Por tanto, en esta clase de delitos, partícipe será aquel que interviene en la realización del hecho delictivo, pero no contando con el deber especial exigido para su configuración.

A continuación tenemos la siguiente jurisprudencia como ejemplo:

Es menester precisar que los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de «infracción de deber», lo que supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico por su vinculación con el bien jurídico específico, esencialmente por deberes institucionales o relaciones penales extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento -con la concurrencia de los demás componentes

²¹¹ Sentencia recaída en el expediente N° 1805-2005-HC/TC, de fecha 29 de abril del 2005.

²¹² BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, Ara Editores, Lima, 2004, p. 480.

*del tipo especial- explica la existencia del delito de infracción de deber*²¹³.

Cabe agregar que los delitos de infracción de deber se clasifican en propios e impropios. En los primeros no existe previamente un delito común con el cual se relacione, siendo que, si la conducta fuera realizada por un sujeto no cualificado, dicho accionar quedaría impune penalmente, se pueden señalar como ejemplos al delito de peculado doloso (art. 387º CP) o al delito de prevaricato (art. 418º CP). Mientras que, en los segundos, sí existe previamente un delito común con el cual guarde relación, teniéndose al deber especial como fundamento para agravar la pena, se puede señalar como ejemplo al delito de tráfico ilícito de drogas (art. 296º CP) en donde se presenta como agravante (art. 297º CP) si el agente comete el delito abusando del ejercicio de la función pública o lo comete ejerciendo una profesión sanitaria. Por tanto, si la conducta de traficar drogas es cometida por un sujeto que no ejerce la profesión sanitaria, su conducta no quedaría impune, pudiéndosele imputar la conducta prevista en el artículo 296º.

Ahora bien, aparte de no tener el dominio del hecho ni estar sujeto a deberes especiales requeridos por el tipo penal, la característica esencial de la participación es la de su accesoriedad. En ese sentido, se parte de la idea de que, como señala Mir Puig: "la participación es intervención en un hecho ajeno. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto del autor. El hecho principal *pertenece* al autor, no al partícipe. Éste no realiza el tipo principal, sino un tipo dependiente de aquél"²¹⁴. Siendo que, en nuestro medio legal, dicho tipo dependiente haría referencia a las conductas previstas por los artículos 24º y 25º del código penal que regulan la instigación y la complicidad respectivamente. Por tanto, podemos deducir que para la existencia de la participación delictiva se requiere necesariamente de la presencia de un hecho ajeno, por tanto, la participación no es autónoma sino dependiente del hecho principal del autor y, a dicha dependencia con el hecho principal del autor, se le denomina accesoriedad.

²¹³ R.N. Nº 5434-2008-Junín, de fecha 26 de agosto del 2009. En: ROJAS VARGAS, Fidel: *Código Penal. Dos Décadas de Jurisprudencia*, T. III, ARA Editores, Lima, 2012, p. 160.

²¹⁴ MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 9na Ed., B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2012, p. 406-407.

En relación a ello, se ha reconocido que la accesoriedad de la participación está en función a que el hecho del autor constituye un acto típico y antijurídico (accesoriedad limitada) y que como mínimo debe haber llegado a la fase de la tentativa (accesoriedad externa).

A modo de ilustración, en nuestra jurisprudencia hemos encontrado el siguiente pronunciamiento:

El Código Penal, respecto a la participación, asume la tesis de la "accesoriedad de la participación", es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de la imputación). Por ende las personas extraneas que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación²¹⁵.

Ya una vez tratado estos conceptos de carácter general, nos toca ver brevemente las modalidades que puede tener la participación delictiva. Comencemos por la instigación

1.1. Instigación

El artículo 24º CP define a la instigación de la siguiente manera: *El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.*

Como se describe en el párrafo precedente, la instigación consiste en determinar a otro a cometer un hecho punible (con el término hecho punible suponemos que el legislador se refiere tanto a delitos y faltas, aunque en ésta última solo responda penalmente el autor²¹⁶). El "determinar a otro" debemos entenderlo como aquella actividad realizada por el partícipe tendiente a hacer surgir en el autor la decisión de cometer un hecho punible determinado, es más que todo una labor de convencimiento activa (con ello descartamos la posibilidad de instigación por omisión).

²¹⁵ R.N. Nº 375-2004-Ucayali. En: GACETA JURÍDICA S.A.: Ob. cit., p. 105.

²¹⁶ Ello conforme al artículo 440º, inciso 2 de nuestro código penal.

Como afirmamos con anterioridad, según la teoría del dominio del hecho, autor siempre será quien tiene el dominio sobre la procedencia y forma de ejecución del acto delictivo, por lo que al instigador le corresponde una actuación previa al momento en que el autor se decide a realizar el hecho punible. A ello debemos añadir que el autor del delito debe consistir en un sujeto o sujetos determinados ("a otro"), los casos en donde se influyen psicológicamente a personas indeterminadas escapan a esta forma de participación, pudiendo fundamentarse un caso de autoría mediata²¹⁷.

También, se describe por nuestro legislador que la actuación del instigador debe ser dolosa. Ello se relaciona con el hecho de que el instigador, para lograr su cometido, utiliza diversos medios a su favor. Siendo que, ello se manifiesta usualmente en promesas, dinero o algún otro provecho de cualquier índole (profesional, sentimental, académico, etc.).

Hemos señalado que el hecho punible debe ser uno determinado. Respecto a ello, se ha comentado que: "no se requiere una precisa descripción jurídica del hecho, siendo suficiente que las indicaciones del instigador muestren los rasgos fundamentales del hecho al que se instiga"²¹⁸. Ello es de importancia, ya que el instigador será reprimido con la pena que corresponda al autor, siendo la pena una que corresponda a un hecho en específico. Por lo que, el instigador no responderá por los hechos delictivos que realice en exceso el autor instigado, es decir no se le sancionará con la pena de un delito que no haya instigado.

Terminamos esta parte, citando el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

El artículo veinticuatro del Código Penal referido a la instigación, reprime al que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible con la pena que le corresponda al autor; que mediante la instigación el instigador hace surgir en otra persona, llamada instigado, la idea de perpetrar un delito, siendo este último el que ejecuta materialmente el medio típico; además, el instigador debe actuar intencionalmente a fin de lograr el hecho delictivo²¹⁹.

²¹⁷ Ello si se ejerce sobre un aparato organizado de poder.

²¹⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal. Parte General*, 3ra reimpresión, Grijley, Lima, 2010, p. 518.

²¹⁹ R.N. Nº 1552-2003-Del Santa. En: GACETA JURÍDICA S.A.: Ob. cit., p. 104.

1.2. Complicidad

El artículo 25º del código penal describe a la complicidad de la siguiente manera: *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.*

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

Del texto anterior se desprende que la complicidad consiste en prestar auxilio o asistencia para la realización del hecho punible. En ese sentido, debemos entender por complicidad a aquella conducta de apoyo o ayuda que realiza el partícipe para la consumación del hecho delictivo (quedando fuera de dicha figura todo aporte luego de que el delito ya se haya consumado).

Esa labor de ayuda puede ser tanto material como intelectual. En el primer supuesto tenemos aquellos aportes de medios físicos para la comisión del delito (Ejm: prestar un carro para que se cometa un robo), mientras que en el segundo opera un reforzamiento psicológico luego de que el autor ya se haya decidido a cometer el delito²²⁰, ello se manifiesta en consejos, promesas o en el hecho de brindar información para una mejor y segura realización de los hechos (por ejemplo: aconsejar al autor que es mejor matar a su víctima usando veneno, en lugar de hacerlo a puñaladas).

Ahora bien, en el primer párrafo se describe al cómplice primario como aquel que presta auxilio para la realización del hecho punible sin el cual no se hubiere perpetrado. Para entender esta forma de complicidad se hace uso del criterio de los bienes escasos propuesta por Gimbernat²²¹, según la cual si el aporte del cómplice le resulta escaso de conseguir al autor para la comisión del delito, entonces dicho aporte será necesario y el cómplice será primario, por el contrario si dicho aporte resultase abundante, entonces la complicidad será secundaria. Así también, se ha hecho referencia a que el momento en que debe prestarse la colaboración debe ser en la fase de

²²⁰ Ello lo diferencia de la instigación, ya que ésta sólo puede tener lugar antes de que el autor tome la decisión de realizar el delito.

²²¹ Véase: VILLAVICENCIO TERREROS, F.: Ob. cit., p. 525.

actos preparatorios, ya que un aporte esencial en la fase de ejecución le otorgaría el dominio del hecho²²². En relación a esto último, se tiene de ejemplo la siguiente jurisprudencia:

Los elementos que caracterizan la categoría del cómplice primario son: a) la intensidad objetiva del aporte al delito, b) el momento en que se realiza el aporte. Teniendo como base este segundo supuesto, la colaboración propia de la complicidad primaria se da en la fase preparatoria del hecho delictivo²²³.

También, creemos pertinente citar el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

El procesado en el curso de la gresca proporcionó el arma a su coacusado para que dispare contra sus ocasionales contrincantes; que, siendo así, tiene la calidad de cómplice primario o necesario, en tanto que en la etapa de preparación del hecho principal: disparos contra los agraviados, aportó dolosamente al mismo una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse²²⁴.

Respecto al cómplice secundario, el artículo en mención lo define como aquel que de cualquier otro modo hubiera dolosamente prestado asistencia a la comisión del delito. Por tanto, su aporte no es imprescindible para la comisión del delito, pudiendo ser tanto en la fase de preparación como en la de ejecución del delito.

El cómplice secundario es aquél que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito, resultando indiferente la etapa en que presta su aporte, siempre y cuando ésta se produzca antes de la consumación del delito²²⁵.

En una sentencia casatoria más reciente (Casación N° 367-2011-Lambayeque, de fecha 15 de julio del 2013) se han dado algunos alcances referentes a la complicidad, señalándose que, además de evaluarse la esencialidad del aporte, también debe de tomarse en cuenta los criterios de la imputación objetiva:

3.10. Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda

²²² Loc. Cit., Ídem. Así también BACIGALUPO ZAPATER, E.: Ob. cit., p. 497

²²³ Exp. N° 3086-99-Lima. En: GACETA JURÍDICA S.A.: Ob. cit., p. 108.

²²⁴ R.N. N° 938-2005-Lima. En: Loc. Cit., ídem.

²²⁵ R.N. N° 5361-99-Piura. En: Loc. Cit., p. 109.

cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos.

3.11. De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. Es el caso de aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la Policía.

3.12. La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta -objetivamente típica- también puede ser imputada subjetivamente.

Hasta aquí hemos visto de manera breve algunas nociones referidas a la participación delictiva que consideramos las más resaltantes para tratar el problema referido a la participación del comprador de influencias. Por lo que, ahora queda pronunciarnos respecto a su situación.

2. Responsabilidad penal del comprador de influencias

Comenzamos diciendo que el comprador de influencias no puede ser sancionado como coautor al no tener esa capacidad orientadora de la voluntad en los funcionarios públicos que conozcan un caso judicial o administrativo y al no ser el sujeto quien ofrezca interceder ante ellos. Por lo que queda pronunciarnos si es que cabe la posibilidad de sancionarlo a título de participación delictiva. Respecto a ello, se han dado los siguientes comentarios:

Bustos Ramírez considera que, en caso de que la venta de influencias sea simulada, nos encontraríamos frente a un delito de estafa, por tanto no cabría participación delictiva alguna. En caso de la venta de influencias reales señala que, al ser el tráfico de influencias un acto preparatorio de inducción a un delito de corrupción, no sería posible aplicar los criterios de participación delictiva, ya que ello implicaría ser una extensión de una extensión de la punibilidad²²⁶, lo que trasgrede todos los principios garantistas del Derecho Penal:

²²⁶ En sentido similar acoge este criterio Paz Panduro para negar la instigación del comprador de influencias en este delito. Pero respecto a la complicidad señala que no puede tener cabida porque su conducta se halla descrita en el mismo tipo penal: "No cabe la sanción penal al interesado o solicitante de las influencias a título de cómplice ni de instigador, respecto del primero porque no ayuda ni auxilia en forma alguna al autor en la

"Si la influencia invocada es real, dado que basta con ofrecerla a que se consume el delito, se está como ya ha dicho simplemente ante un acto preparatorio de inducción a un delito de corrupción y ciertamente no es posible la inducción a un acto preparatorio de inducción ni tampoco la colaboración. Ya de por sí los actos preparatorios necesitan estar expresamente legislados para ser sancionados y en el presente caso ese acto preparatorio es precisamente el de ofrecer interceder, ningún otro, de modo que la actividad de los representantes de la empresa Lucchetti es totalmente atípica. Por otra parte, por su propia naturaleza, los actos preparatorios no admiten actos de participación, ya que ello es sólo posible en actos de ejecución, pues de otra manera la extensión de la punibilidad no tendría límites. En efecto, tanto los actos de participación como los actos preparatorios son extensiones de la punibilidad, y por eso requieren estar estrictamente precisados legalmente y en ese sentido una participación en un acto preparatorio sería una extensión de una extensión de la punibilidad, lo que trasgrede todos los principios garantistas del Derecho Penal. A mayor abundamiento, en el presente caso, en que como se ha dicho, por tratarse de un delito de peligro, que adelanta excesivamente la punibilidad, necesariamente hay que llevar a cabo una interpretación restrictiva, pues de otro modo el tribunal estaría aplicando analogía"²²⁷.

Fernando Velásquez sostiene, luego de señalar que el comprador de influencias no puede ser autor al no realizar la conducta prevista en el artículo 400º del código penal, que el comprador de influencias no puede ser considerado instigador o cómplice del delito al ser una víctima del mismo:

"Efectivamente, por sustracción de la materia, el comprador de humo o interesado no puede realizar ninguna de las conductas típicas previstas en el Art. 400, porque él no las puede llevar a cabo personalmente. Así mismo, tampoco puede ser punido como inductor de un tráfico de influencias porque –salvo que se incurra en un exabrupto dogmático y se desvertebren los fundamentos de la Teoría del hecho punible- un agente no puede, coetáneamente, ser víctima (incluso sujeto pasivo secundario) de la venta de humo y gestor de la idea criminal que desencadena la misma –máxime que, al tenor del Art. 24 del C.P., ello implica la realización de un actuar doloso que determine a otro a obrar-. Admitirlo, pues, sería incurrir

realización del hecho ilícito y porque su conducta se halla descrita en el mismo tipo penal, respecto de la instigación, porque no es posible sancionar penalmente actos preparatorios, ello en tanto y cuanto se trata de un tipo penal de peligro abstracto, de aceptar ello estaríamos transgrediendo el Derecho penal garantista y los lineamientos constitucionales vigentes", en: PAZ PANDURO, M.: Ob. cit., pp. 16-17.

²²⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Informe en relación a la aplicación del artículo 400 del código penal peruano, que tipifica el delito de tráfico de influencias, a las conversaciones sostenidas entre los representantes de la empresa Lucchetti Perú S.A. y el que fuera asesor gubernamental, Sr. Montesinos Torres, En: Ob. cit., pp. 1340-1341.

en una contradictio in adjecto e implicaría desbordar todos los principios largamente elaborados por la Doctrina penal en este ámbito los mismos que, por cierto, se desprenden de los dispositivos de la Parte General del C.P.

Igualmente, tampoco puede concebirse, de manera simultánea, al comprador de humo o interesado como cómplice del sujeto activo de la conducta típica de tráfico de influencias, y como sujeto pasivo secundario y/o víctima, por la potísima razón de que es cómplice quien dolosamente presta un auxilio, ayuda, colaboración o asistencia, a otra persona –el autor, acorde con el principio de accesoriedad que rige en esta materia- para la realización del hecho punible (cfr. Art. 25); esa doble calidad, pues, no puede concurrir²²⁸.

Por su parte, Muñoz Conde sostiene que el particular interesado en la influencia estaría siempre en un estado de necesidad:

"En todo caso, el particular interesado en la influencia se encontraría siempre en una especie de estado de necesidad (cuando no de clara coacción), al no ver otra salida para su problema que acudir a la persona que, dada su reconocida influencia en los más altos sectores del poder, puede resolverlo usando de su influencia. Desde luego no se entiende muy bien que pueda llegar a constituir delito, de forma directa o indirecta, buscar a alguna persona influyente en la Administración para resolver algún asunto o problema con la propia Administración (...) El nivel de desesperación y miedo que deben tener los representantes de Lucchetti, al ver cómo el costoso proyecto de inversión se les puede venir abajo, debe ser grande. Y alguien debe haberles aconsejado que se entrevisten con Montesinos, en aquel momento verdadero factotum de la política peruana. Los representantes de Lucchetti y probablemente los de otras muchas empresas similares, van a esta entrevista por así decirlo con la soga al cuello, dispuestos a seguir las instrucciones que dicho personaje les aconseje (...) Y es que evidentemente la ratio legis del precepto no permite incluir en su ámbito de aplicación a quien realmente no es más que un sujeto pasivo de un sistema de tráfico de influencias, bastante generalizado al parecer por aquel entonces en las altas esferas políticas del país, conforme al cual el empresario que no pasaba por las «horcas caudinas» de Montesinos y sus secuaces tenía muy pocas posibilidades de obtener las concesiones y licencias administrativas que les podían permitir ejercer sus actividades sin muchos problemas."²²⁹

García Cantizano, haciendo referencia al principio de legalidad, sostiene que única y exclusivamente es sancionable por el artículo 400º del código penal

²²⁸ VELÁSQUEZ V., F.: Informe, En: Ob. cit., pp. 1312-1313.

²²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Dictamen sobre Aplicación del Delito de Tráfico de Influencias del art. 400 del Código Penal Peruano a las Conversaciones Mantenido entre Representantes de la Empresa Lucchetti Perú S.A. y el Asesor Gubernamental Sr. Montesinos Torres*. En NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Erika: *Delitos Contra la Administración Pública*, T.I, ARA editores, Lima, 2013, pp. 1254-1256.

al traficante de influencias y no adicionalmente al interesado. Siendo que, el legislador pudo haber tipificado expresamente su conducta, como lo ha hecho para el caso del cohecho activo:

"Pero con independencia del análisis dogmático realizado por la doctrina, constituye un principio elemental de nuestro sistema jurídico el principio de legalidad cuya vigencia impide aplicar una norma penal a hechos que no están previstos en ella, y desde este punto de vista, el artículo 400 CP única y exclusivamente prevé la sanción del autor del delito del traficante de influencias, y no, adicionalmente, del interesado. Es más, si el legislador hubiera querido mantener la posición que ahora mantienen unos pocos, hubiera tipificado expresamente este hecho, al igual que ha sucedido con el delito de corrupción activa de funcionarios, previsto en el artículo 399 CP, donde sí se sanciona expresamente a quién trata de corromper a funcionarios otorgándoles ventajas, conducta que, tampoco podría haber sido objeto de sanción de no estar prevista expresamente por el legislador penal"²³⁰.

Abanto Vásquez acoge la doctrina de la contribución mínima necesaria, en el sentido de que el comprador de influencias sería sancionado si su contribución hubiera ido más allá del mínimo previsto en el tipo legal²³¹:

"La doctrina de la contribución mínima necesaria ofrece una solución dogmática parcial. Según ella, el partícipe necesario sería punible cuando su contribución hubiera ido más allá del mínimo previsto [y descrito] en el tenor legal. En este caso, la contribución del partícipe necesario constituiría una participación en el delito que debería analizarse según las reglas generales, o sea, complicidad o inducción. Es decir, si p. ej. el comprador de la influencia solamente reaccionara a la oferta del vendedor y pagara, seguiría siendo impune; pero si habría sido precisamente él, quien hubiera buscado al vendedor y le hubiese pedido ejercer influencia en determinado

²³⁰ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Ob. Cit., p. 18.

²³¹ En igual sentido se pronuncia Rodríguez Delgado al afirmar que el comprador de influencias no puede ser sancionado penalmente si solo cumple el rol que el tipo penal le ha asignado. Siendo que, dicho planteamiento tendría dos excepciones: cuando excediese con su conducta dicho rol asignado o cuando el legislador prevé como punible su conducta: "El solicitante de influencias, en su condición de partícipe o concurrente necesario, como regla general no puede ser considerado instigador o cómplice, si solo cumple con el rol que el tipo penal le asigna en el delito de encuentro, muy por el contrario su comportamiento es absolutamente atípico.

La regla general de impunidad del partícipe necesario contiene dos excepciones: la primera cuando el solicitante excede en el rol que el tipo le asigna (su intervención se transforma en innecesaria) y la segunda cuando dicho comportamiento el legislador lo prevé expresamente como punible, a pesar de que para otro grupo de delitos lo ha establecido de forma expresa", en: RODRÍGUEZ DELGADO, J.: Ob. cit., p. 263

*funcionario público, se podría decir que esta conducta ha superado el límite de la contribución mínima*²³².

Ahora bien, existe otra postura que apuesta por la **sanción** del comprador de influencias. En ese sentido, San Martín, Caro Coria y Reaño Peschiera argumentan que la punición del comprador de influencias, en caso de que éstas sean reales, estaría en su aporte para la consumación del delito y puesta en peligro de la administración pública:

*"Ello acontece precisamente en el tipo de tráfico de influencias pues la consumación no es posible sino con la intervención activa del interesado que promete u otorga «donativo o promesa o cualquier otra ventaja», lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y, con ello, un acuerdo de voluntades entre el traficante y el comprador de humo. Ambos orientan su conducta a la puesta en riesgo del mismo bien jurídico, aunque desde diferentes perspectivas, el traficante persigue una prestación por su intercesión mientras que el comprador una resolución judicial o administrativa que le favorezca. De este modo, el riesgo para el bien jurídico no deriva exclusivamente de la actuación del vendedor de influencias, sino que depende, necesariamente, de la injerencia del interesado que la compra. Dicho de otra forma, la consumación del tráfico de influencias deriva de la intervención del interesado, lo que dota de contenido el merecimiento de pena frente a su conducta de encuentro. Sobre la base de esta premisa puede sostenerse la punición del interesado, no como autor o coautor, sino como partícipe, en calidad de cómplice primario (art. 25 pf. 1 del CP) cuando acepta la oferta del vendedor de humo, otorgando o prometiendo dar «dádiva, donativo o cualquier otra ventaja», o en calidad de instigador (art. 25 del CP) cuando solicita la intercesión del traficante de influencias*²³³.

Por lo que, concluyen que la sanción al interesado en el tráfico de influencias se sustenta en la prevención de la exteriorización de una conducta sin la cual el delito no podría consumarse:

"En consecuencia, en el específico caso del art. 400 del CP no se trata de postular la sanción del interesado en el tráfico de influencias por el solo hecho de ser beneficiario o beneficiario de la potencial acción del vendedor de humo, sino de prevenir la exteriorización de un comportamiento sin el cual el delito no podría

²³² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "Acerca del Merecimiento de Pena del Tráfico de Influencias", En: *Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2014, p. 816.

²³³ SAN MARTÍN CASTRO, C. y otros: Ob. cit., pp. 61-62.

consumarse: otorgar o prometer «donativo o cualquier otra ventaja»²³⁴.

En un sentido similar se mantiene Reaño Peschiera para fundamentar la calidad de cómplice²³⁵ del comprador de influencias, como de instigador²³⁶. Salinas Siccha acogiendo los argumentos anteriores también se muestra a favor de considerar al comprador de influencias como instigador y cómplice primario²³⁷.

Por último, Hurtado Pozo tomando en cuenta que el presente delito reviste la forma de una negociación admite la posibilidad de la instigación por parte del comprador de influencias:

"En cambio, si constatamos, primero, como lo hemos planteado, que el comportamiento delictuoso está individualizado por los verbos recibir, hacer dar o prometer, y que la descripción del comportamiento delictuoso en el tipo legal comprende también los casos en que los participantes necesarios (agente y tercero) actúan con simultaneidad, de modo que se influyen recíprocamente, luego podríamos afirmar que los hechos revestirían la forma de una negociación en la que, por ejemplo, quien está en posición de ejercer influencia sobre un órgano de la Administración pública trata

²³⁴ Loc. Cit., p. 70.

²³⁵ En ese sentido señala: "El hecho que el interesado no pueda quebrantar solitariamente las expectativas normativas garantizadas en tipo de tráfico de influencias no debe llevar a pensar que no es destinatario de ellas, pues el traficante tampoco puede hacerlo por sí mismo. El perfeccionamiento de la conducta típica de intervención requiere necesariamente la conjunción de ambos aportes, y del hecho de que el traficante sea quien configure lo esencial del injusto típico no puede deducirse que le pertenece exclusivamente a él, pues su configuración total no puede ser explicada si se prescinde de la aceptación del interesado. A mi juicio, la aceptación que expresa el interesado ante el ofrecimiento del traficante de influencias constituye un riesgo jurídicamente relevante e idóneo para lesionar los intereses garantizados en el precepto penal, vinculados a la credibilidad en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública. Si bien dicho aporte no puede dar lugar a una autoría, pues lo característico o esencial del injusto típico sólo puede ser configurado por el traficante de influencias, sí debe dar lugar a una complicidad punible en el sentido que describe el artículo 25 del Código Penal". En: REAÑO PESCHIERA, José Leandro: "¿Una historia sin fin? La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias", En: *Ius et Veritas*, Año XIV, Nro. 28, Lima, Julio, 2004, p. 114.

²³⁶ "La conducta del interesado también será objetivamente imputable cuando su intervención exceda la aceptación de la oferta de intercesión formulada por el traficante, y sea aquél quien determine eficazmente la comisión del delito. Nos referimos a la siguiente estructura comisiva: (i) solicitud formulada por el interesado a fin de que el traficante interceda a su favor en un caso, mostrándose dispuesto a entregarle una ventaja por sus servicios; (ii) invocación de influencias por parte del traficante, que bien puede realizarse a través de actos concluyentes; (iii) propuesta de intercesión formulada o reformulada por el traficante; y, (iv) aceptación del interesado (...)

Cuando el interesado es quien determina la invocación de influencias por parte del traficante solicitando su intercesión en un proceso judicial o administrativo y mostrándose dispuesto a remunerar sus servicios, deberá ser tratado como cualquier instigador y no propiamente como un interesado pues abandona su papel típico, circunscrito a la aceptación de la intercesión ofrecida por el traficante". En: Loc. cit., pp. 115-116.

²³⁷ SALINAS SICCHA, R.: Ob. cit., pp. 601-603.

con la persona interesada en que se resuelva favorablemente para sí un caso judicial, y le sugiere que tal vez pueda interceder ante el juez que conoce el caso, ocasión en que ambos exponen lo que pueden hacer, uno para influir y el otro para compensar, hasta que logran ponerse de acuerdo, y concluye con la acción de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja.

Vistas las cosas en esta perspectiva (diferente a la que se tiene cuando se trata de invocar influencias simuladas), se trataría, en buena cuenta, de un conjunto de actos destinados a torcer la marcha de la Administración pública. La coincidencia de las voluntades del agente y del tercero no se debe a que el agente persuade a este último a dar la ventaja, ni a un acuerdo previo propio de la participación en coautoría, sino a la influencia del tercero sobre el agente para que este se decida (instigación) o para reforzar su decisión delictuosa (complicidad psíquica o intelectual). En caso de lograrse que, por ejemplo, el juez dicte la resolución buscada, esto puede constituir, según las condiciones concretas, un caso de participación en la infracción especial consumada (corrupción, cohecho, por ejemplo), circunstancia en que se presentaría una cuestión de concurso de delitos”²³⁸.

Asimismo, admite la posibilidad de responsabilizar al comprador de influencias a título de cómplice:

En esta perspectiva, es posible, asimismo, sostener que el tercero puede ser responsabilizado a título de complicidad, en caso de no haber ido tan lejos en su intervención, como en el ejemplo dado, de manera que pueda configurarse la instigación. Esto se explica por el simple hecho de que sin su colaboración no se hubiera cometido el delito (art. 25), intervención voluntaria que debe hacerse sabiendo que se contribuye a que se cree la situación de peligro, y que implica la posibilidad de que el agente influya indebidamente en el funcionario o servidor público. Así, esta argumentación concierne a los casos en que se trata de influencias reales en oposición a los casos de influencias simuladas. La responsabilidad a título de complicidad es facilitada porque esta puede ser de orden material o intelectual. En cuanto a esto último, mediante su contribución estimula la decisión del agente y así contribuye a la realización del delito.

2.1. Opinión nuestra

De los comentarios citados con anterioridad pudimos ver que algunos autores apuestan por la impunidad del comprador de influencias basándose en que este último sería el sujeto pasivo del delito o que se encontraría en un estado de necesidad. Asimismo, se dijo que no cabría hacer una extensión de la punibilidad a un delito que de por sí implica un acto

²³⁸ HURTADO POZO, J.: Ob. cit., pp. 292-293.

preparatorio de un delito de corrupción, como también de que el comprador de influencias no podría ser sancionado penalmente si con su conducta no sobrepasa el rol que el tipo penal le ha asignado. Mientras que otros apuestan por imputarle responsabilidad penal a título de partícipe al contribuir necesariamente con la consumación del delito poniendo en riesgo al funcionamiento de la administración pública, como también al revestir este delito la forma de una negociación, de modo que ambos sujetos realizan un conjunto de actos tendientes a torcer la buena marcha de la administración pública.

Por nuestra parte, consideramos que debemos tener en cuenta, para determinar si existe responsabilidad penal por parte del comprador de influencias, la construcción típica del presente delito como uno de encuentro y algunos aspectos referidos a la parte general del derecho penal, en específico, a la participación delictiva.

En ese sentido, dijimos que para la configuración del delito en mención se requiere, además de la conducta del vendedor de influencias, de la participación de un sujeto interesado en la compra de las mismas. Por ello a este delito se ha de considerar en doctrina como un delito plurisubjetivo, siendo más específicos, un "delito de encuentro". Se debe entender por delito plurisubjetivo a aquel en donde para su configuración se requiere la concurrencia de varias personas, siendo que en el delito de encuentro las acciones realizadas por los intervinientes provienen de diferentes direcciones y de manera complementaria²³⁹, así también se ha dicho que dicha concurrencia se realiza de manera autónoma, pero siendo partes de una misma relación delictiva²⁴⁰. Entonces, en el delito de tráfico de influencias concurren las participaciones de un vendedor de influencias y un comprador de las mismas (diferentes direcciones: uno busca vender y otro busca comprar) siendo sus conductas independientes unas de las otras (el acto de ofrecer interceder ante un funcionario público es autónomo frente al acto de dar o prometer una ventaja económica o de cualquier otra índole),

²³⁹ En ese sentido véase: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: Participación necesaria, Intervención Necesaria o Delitos Plurisubjetivos, en *Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2014, p. 420.

²⁴⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Op Cit., p. 308.

pero es necesario que ambas se encuentren para poder llenar el tipo (son complementarias)²⁴¹²⁴².

Ahora bien, hemos señalado que la característica esencial de la participación delictiva era la de constituir una conducta accesorias respecto a la conducta realizada por el autor. Entonces la participación siempre representará una conducta dependiente del hecho principal del autor configurándose, en nuestro medio legal, el tipo penal dependiente previsto en los artículos 24º y 25º del código penal. Pero en el caso del tráfico de influencias, al ser un delito de encuentro, dijimos que la conducta del comprador de influencias es una de carácter independiente a la del vendedor de influencias (autor de este delito). En relación con ello, el hecho de considerar que la conducta del comprador de influencias es complementaria significa que necesariamente debe concurrir con la del vendedor de influencias y ello implica realizar directamente el tipo penal contenido en el artículo 400º (“dar o prometer donativo o cualquier otra ventaja”), no pudiendo haber, entonces, participación delictiva alguna al no realizarse la conducta prevista en los artículos 24º y 25º del código penal²⁴³. Por tanto, la conducta del comprador de influencias no es accesorias respecto a un hecho delictivo ajeno, sino que forma parte del propio hecho delictivo al preverse como necesaria su conducta para la consumación del mismo.

Aunado a lo dicho con anterioridad, se enseña también que, en lo referente al dolo, el conocimiento y voluntad del partícipe y del autor son necesariamente convergentes, por lo que se afirma que los diversos

²⁴¹ Otra definición de delito de encuentro es la siguiente: “De acuerdo con ello, los delitos de encuentro son aquellos en los que, presumiéndose una pluralidad de personas para la realización del delito, sus actuaciones se dirigen desde posiciones enfrentadas hacia un encuentro, bien bajo la forma de acuerdo, bien de cualquier otro modo. Así, puede decirse que las colaboraciones de los partícipes necesarios son correlativas o complementarias, que se dirigen las unas hacia las otras, o que se sitúan una frente a otras”, en: CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Los Delitos Plurisubjetivos y la Participación Necesaria*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 60.

²⁴² Se tiene como otros ejemplos de delitos de encuentro al delito de usura (art. 214º CP), bigamia (art. 139º CP), cohecho (art. 393º CP), entre otros.

²⁴³ En ese sentido se ha comentado que: “Si el delito pluripersonal se caracteriza porque conceptual o típicamente no puede cometerse sin la intervención de más de una persona, quiere decirse que la conducta típica tiene carácter plural y que, por tanto, son varios los sujetos requeridos para la realización del hecho típico. De manera que hay que desechar la idea de una verdadera participación del sujeto que interviene necesariamente en el delito, puesto que se trata de una actuación no solo ejecutiva, sino además directamente típica, no pudiendo estimarse que haya cooperación necesaria de uno/s de los intervinientes y autoría respecto del otro”, en: CARRASCO ANDRINO, M.: Ob. cit., pp. 95-96.

participantes en un delito actúan con un dolo común (principio de convergencia)²⁴⁴. Pero en el delito de tráfico de influencias las conductas, tanto del vendedor como del comprador, provienen de diferentes direcciones, en el sentido de que el dolo del vendedor se circunscribe a la oferta de sus influencias y a obtener un provecho económico o de cualquier otra índole por la venta de las mismas; mientras que el dolo del comprador se circunscribe a la compra de dichas influencias al prometer o dar alguna ventaja económica o de cualquier otra índole, por lo que no existiría convergencia alguna.

Entonces, para el que suscribe la presente investigación, no habrá participación delictiva por parte del comprador de influencias si es que su conducta se mantiene dentro del rol de comprador de influencias que el tipo penal le ha asignado y ello implica que su conducta tenga que ser complementaria (realizar el tipo penal contenido en el artículo 400º del código penal), autónoma (no realizar el tipo dependiente contenido en los artículos 24º y 25º) y que su dolo se circunscribe únicamente a la compra de las influencias. Ahora bien, ¿qué ocurriría si el sujeto sobrepasa con su conducta su mero rol de comprador de influencias?, ¿respondería como cómplice o instigador?

Analicemos el supuesto de la **complicidad**. Hemos señalado que la complicidad implica conductas de apoyo destinadas a la consumación del delito (quedando proscrita toda intervención luego de la fase de consumación delictiva), pudiendo ser materiales como intelectuales. En ese sentido, el sujeto interesado tendría que brindar apoyo al vendedor de influencias en la invocación o tenencia de las mismas (actos de manifestación de influencias), o sino en el acto de ofrecimiento de interceder ante el funcionario público a cargo de un caso judicial o administrativo (venta de las influencias), no pudiendo su aporte constituirse en el hecho de dar o prometer alguna ventaja (al realizar con ello directamente el tipo penal de tráfico de influencias y , por tanto, no ser una conducta accesoria de un hecho ajeno) ni ocurrir luego de cerrar el pacto ilícito al ya haberse consumado el delito.

²⁴⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, F.: Ob. cit., p. 498.

Respecto a dichos supuestos, consideramos que no podría haber aporte alguno. Ya que, como dijimos anteriormente, las influencias se definen como aquella capacidad o posibilidad propia del traficante de influencias de poder orientar la conducta del supuesto funcionario público. Asimismo, señalamos que los actos del traficante de influencias implican una labor de convencimiento, constituyéndose así en la causa por la cual el comprador de influencias hace su presencia en este delito (dando o prometiendo alguna ventaja) al haberse convencido de que el sujeto activo posee las influencias que manifiesta o de que su ofrecimiento de ejercerlas denota seriedad. Por lo que, resulta inconcebible que el comprador ayude al sujeto activo a conseguir las influencias para que éste pueda “tenerlas” o le ayude en la “invocación” de influencias que le son dirigidas, resultando algo inimaginable que sea el propio comprador quien preste alguna ayuda para que lo convenzan.

Lo mismo diremos respecto al acto de “ofrecimiento de interceder”, en donde el sujeto activo con sus palabras acuerda que se contactará con el funcionario público para solucionar el problema judicial o administrativo que tenga el comprador, y es que nos preguntamos: ¿Podría haber algún aporte en el momento en que el vendedor le manifiesta que intercederá y manipulará la voluntad decisoria del funcionario público?, ¿cómo podría aconsejarle para que le invoque o le venda sus influencias de una forma más segura o convincente?, peor aún, ¿en caso de querer imputar complicidad necesaria, cabría la posibilidad de ejercer algún aporte en alguna supuesta fase preparatoria del ofrecimiento de interceder?, también, ¿en qué medida el aporte del comprador sería escaso o esencial para que el vendedor le ofrezca interceder ante el funcionario público si hemos concluido que las conductas de dar o prometer alguna ventaja lo sitúan en una posición contraria a la participación delictiva por falta de accesoriidad?

Cabría la posibilidad de actos de complicidad en terceros ajenos a la relación traficante-comprador. Por ejemplo: aquel sujeto que se encarga de conseguir a los potenciales compradores y guiarlos hacia la oficina del traficante, o en el caso de que luego de concluida la reunión sin algún acuerdo todavía, el sujeto se acerque al posible comprador y le hablara bien del vendedor señalando de que siempre cumple con sus “clientes”, logrando

así que luego acepte cerrar el trato. Pero dichos supuestos son diferentes, no pudiendo el comprador ser cómplice del delito de tráfico de influencias, pues, como señala Rodríguez Delgado, *para ello tendría que prestarle auxilio al vendedor de influencias en el hecho de la negociación de las mismas*²⁴⁵. Ahora bien, en el caso de que existiera algún acto posterior a la conclusión del acuerdo ilícito, de igual forma la participación del sujeto interesado carecería de importancia por ya haberse consumado el delito. Por lo que, no compartimos que sean ejemplos de brindar algún aporte material el hecho de prestar un vehículo automotor para que el sujeto activo se entreviste con el funcionario público²⁴⁶, ya que la venta de influencias ya habría concluido, por tanto el delito se consumó, no pudiendo haber algún tipo de participación en esta etapa del *iter criminis*.

Contrario a lo que hemos señalado en esta sección, en nuestra jurisprudencia podemos ver que existen imputaciones del sujeto interesado a título de cómplice primario, basándose en la realización de la compra de influencias y en la transgresión con dicha conducta de la imparcialidad y objetividad del funcionario público:

*19. (...) Por otro lado, 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, correos electrónicos, audios y videos, etc.) que constituyen 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*²⁴⁷.

Analicemos ahora el caso de la **instigación**. Respecto a la instigación dijimos que consiste en hacer surgir en el autor la decisión de cometer un hecho punible determinado, correspondiéndole al instigador una actuación previa al momento en que el autor se decide a realizar el hecho punible. En

²⁴⁵ RODRIGUEZ DELGADO, J.: Op. cit, p. 256.

²⁴⁶ Ejemplo propuesto por REÁTEGUI SÁNCHEZ, J.: Ob. cit., p. 774.

²⁴⁷ Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 00193-2012-9-1826-JR-PE-03, de fecha 18 de julio de 2013, en: *Gaceta Penal y Procesal penal*, T. 79, Lima, Enero, 2016, p. 209.

ese sentido, la actuación del comprador instigador tendría que circunscribirse a un momento previo en la decisión del sujeto activo de realizar la invocación o tenencia de influencias (actos de manifestación de influencias), o respecto del acto de ofrecimiento de interceder ante el funcionario público a cargo de un caso judicial o administrativo (venta de las influencias), no pudiendo su actuación ser relevante cuando el vendedor ya haya decidido ofertar sus influencias.

Aquí tenemos que valorar que es el propio sujeto interesado quien se acerca a solicitar la intercesión del sujeto activo y ello sólo lo podríamos concebir en caso de que el comprador conozca de las influencias que posea el potencial vendedor de las mismas. Por tanto, en el supuesto de la "invocación" de influencias consideramos que no es factible alguna labor de instigación, ya que sería inadmisibles concebir que el sujeto interesado, sabiendo que una persona tiene influencias respecto a un determinado funcionario público, se le acerque con el fin de convencerlo a que le alegue o le invoque las influencias que tenga y que le son conocidas. Lo mismo diremos respecto a la "tenencia" de influencias, ya que si el sujeto activo cuenta con ellas y son percibidas por el sujeto interesado, entonces sería absurdo el querer verificar una actuación del comprador de influencias como instigador para que "consiga" dichas influencias.

Respecto a la conducta de "ofrecimiento de interceder" ante funcionario público, tenemos que decir que si un supuesto comprador se acercase a un sujeto del cual conoce que "tiene" influencias (siendo esta la causa por la cual hace su presencia en esta negociación delictiva) y le promete pagarle una suma de dinero si lo ayuda con su caso ante el juez, siendo esta promesa aceptada por el vendedor al acordar interceder por él, entonces no ha salido de su mero rol de comprador de influencias que el tipo penal le ha asignado. Y ello porque según la redacción de nuestro tipo penal de tráfico de influencias el sujeto activo puede: o bien invocar o bien "tener" influencias, siendo que, el sujeto interesado decidió hacer su participación en este delito al haberse percatado de las influencias que posee, no pudiendo, entonces, haber conducta dependiente alguna.

Pero un supuesto diferente ocurriría si el comprador al conocer que un sujeto "tiene" influencias respecto al funcionario que conoce un caso suyo importante y decide visitarlo prometiéndole pagar una suma de dinero para que interceda por él ante el juez, pero el sujeto no acepta y, ante este hecho el comprador mejora su propuesta y realiza otros actos para determinarlo (le ruega o lo llama perseverantemente), siendo que al final logra un acuerdo y el vendedor le promete interceder ante el funcionario para ayudarlo en su caso. Entonces creo yo, no estamos hablando ya de un mero rol de comprador de influencias, sino de auténticos actos de instigación, por lo que dicho sujeto ya no busca la sola compra de las influencias, sino que busca hacer que le "vendan" las mismas (hecho abarcado por el dolo del autor-vendedor, por lo que habría convergencia y, además, accesoriedad al valorarse penalmente dichas conductas si el sujeto activo realiza el acto de ofrecimiento de interceder), estando abierta la posibilidad de imputarle participación a título de instigación.

Entonces, la instigación del comprador de influencias solo operaría en el caso de que el vendedor en un inicio no esté dispuesto a ofrecerle su labor de interceder ante el funcionario público, siendo éste el mejor y único modo en que pueda imputársele responsabilidad penal al realizar una labor de convencimiento activa en donde el objetivo es hacer que el traficante ofrezca sus servicios de intercesión y así cerrar el acuerdo ilícito. Ahora bien, es necesario precisar que toda conducta de convencimiento luego de cerrar dicho acuerdo no cabría asumirla como instigación, por lo que conductas como presionar al vendedor para interceda efectivamente ante el funcionario público, en otras palabras, para que cumpla con lo acordado, no tendrían alguna valoración en el ámbito de la participación delictiva al ya haberse consumado el presente delito.

En nuestra jurisprudencia podemos ver algunos casos en donde a los sujetos interesados se les ha imputado responsabilidad penal a título instigador. Así, en el Recurso de Nulidad N° 4166-2004-Lima de fecha 27 de abril del 2005 se puede leer lo siguiente:

Segundo.- Que, se atribuye a los imputados Andrónico Mariano Luksic Craig, Gonzalo Menéndez Duque y Luis Fernando Pacheco Novoa, haber cometido el delito de tráfico de influencias al haberse

coludido con Vladimiro Montesinos Torres para los efectos de obtener beneficios y resultados favorables en los problemas legales que venía afrontando la Empresa "Lucchetti" Perú Sociedad Anónima con la Municipalidad Provincial de Lima Metropolitana, para cuyo fin los dos primeros sostuvieron en forma directa una serie de reuniones, debido a que el último de los referidos, en su condición de Gerente General y Asesor Legal de la mencionada empresa, solamente es citado en tales conversaciones, las que en algunos casos, fueron grabadas en cinta de vídeo y audio, las mismas que datan del ocho de enero, diez de febrero, cinco y seis de marzo de mil novecientos noventa y ocho, concretándose tal objetivo al dictarse la Resolución de Alcaldía número seis mil ochocientos cincuenta y ocho, expedida por la Municipalidad Distrital de Chorrillos el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, a través de la cual se otorgó la licencia de funcionamiento a la indicada empresa (...) Sétimo.- Que en tal orden de ideas, no debe entenderse que el Código hace del instigador un autor, sino que equipara en cuanto a la pena a los instigadores con los autores; que, en efecto, se imputa a Andrónico Luksic que, conociendo del poder real y político que tenía Montesinos Torres en el Poder Ejecutivo y, Judicial en particular, se contactó con él para motivarlo e instigarlo, sostenida y resueltamente, con ofertas dinerarias incluidas, a efecto de que los jueces fallaran a favor de la Empresa "Lucchetti" Perú Sociedad Anónima y en contra de la Municipalidad Provincial de Lima (...)²⁴⁸

En el Recurso de Nulidad Nº 1401-2003-Lima, de fecha 09 de julio del 2003 también podemos percatarnos de un caso de instigación:

TERCERO: Que, a lo anterior, se agrega que resulta obvio que conviviendo Beltrán Ortega con Montesinos Torres durante aproximadamente seis años, conocía las actividades de este último, a quien además conoció en el propio servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde ella trabajó dos meses, y por ende era imposible que no estuviera al tanto de la reputación de dicha persona y, como era de conocimiento público; de que era el jefe de facto de la referida entidad Estatal, es por ello que aprovechando la especial situación en que se encontraba, al ser conviviente del poderoso traficante de influencias, dolosamente lo determina o instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtenerse las resoluciones judiciales favorables a su hermano Pérez Ortega y a su tío político y coencausado Vera Juárez, lo que en efecto así sucedió; **CUARTO:** Que, de igual modo, Vera Juárez también aprovechó que conoció a Montesinos Torres, por intermedio de su mencionada sobrina política, para que con la colaboración y presión de éste sobre aquél, resultara favorecido en el proceso civil seguido con el Banco de Crédito del Perú, pero no como afirma, para lograr una entrevista con el dueño del citado Banco, Dionisio Romero Seminario, lo que este testigo igualmente ha negado, sino para

²⁴⁸ El subrayado es nuestro.

*influnciar sobre los magistrados en la vía civil en que litigaba, lo que finalmente también logró*²⁴⁹.

El siguiente pronunciamiento jurisprudencial (Recurso de Nulidad N° 3623-2005-Lima, de fecha 16 de junio de 2006) nos parece importante, ya que especifica que no puede haber instigación en aquella persona que ya se decidió a cometer el delito y que no es suficiente el hecho de reforzar dicha resolución delictiva con consejos u otras conductas periféricas. Pero también, en la última parte de este pronunciamiento, se especifica que la instigación debe estar dirigida a la realización del tráfico de influencias, esto es, que a consecuencia del influjo psicológico, el sujeto activo le invoque ser poseedor de influencias y ofrezca interceder ante la autoridad judicial:

*Décimo Cuarto.- Que, además, debe tenerse en cuenta que no es inductor el que incide sobre alguien que estaba ya previamente decidido a cometer el hecho ("omnimodo facturus"); no basta tampoco, en este caso, que se refuerce con consejos la resolución del que de todos modos iba a delinquir; tampoco es suficiente inspirar los accidentes, los procedimientos o circunstancias modificativas del delito, si ello no afecta a la calificación del delito que el autor ya quería cometer; Décimo Quinto.- Que, el título de imputación dirigido contra Dionisio Romero Seminario de ser instigador del tráfico de influencias que habría sido cometido por Vladimiro Montesinos Torres adolece de serias carencias argumentativas, habida cuenta que no existe en la exposición de hechos ni en las razones de cargo dato o pauta que sirva de base para configurar dicha incriminación; significándose que más allá de las conversaciones registradas en el vídeo número mil quinientos ochentitrés, y audio número mil quinientos ochenticinco de fecha veintidós de junio de mil novecientos noventinueve, de fojas novecientos cuarentiuno y fojas dos mil cuatrocientos sesentitrés de la causa principal, respectivamente, se tiene que las mismas no permiten advertir que Romero Seminario haya ejercido influjo psicológico que forme la voluntad criminal (que o Persuada y conwenza) de Montesinos Torres a efectos que realice el delito de tráfico de influencias, esto es, que a consecuencia de dicho influjo le invoque ser poseedor de influencias y le ofrezca interceder ante la autoridad judicial, a cambio de una contraprestación*²⁵⁰.

2.2. Jurisprudencia reciente

En el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, de fecha 02 de octubre del 2015, nuestra Corte Suprema trató la temática referida a la participación del sujeto interesado en el delito de tráfico de influencias, estableciéndose

²⁴⁹ En: BARANDIARÁN DEMPWOLF, R. y NOLASCO VALENZUELA, J.: Ob. cit., pp. 987-988.

²⁵⁰ El subrayado es nuestro.

como doctrina jurisprudencial que éste nunca podrá ser cómplice al no ser posible que brinde algún tipo de ayuda en la realización de la invocación de influencias, precisando luego que la intervención del tercero interesado no consiste propiamente en contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias (postura que compartimos y que fue materia de comentario con anterioridad):

8º. (...) *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 25º 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.*

9º. (...) *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*²⁵¹.

Ahora bien, nuestra Corte Suprema señala que la instigación es posible al ser el sujeto interesado quien determina dolosamente al sujeto activo a llevar a cabo el hecho principal, esto es, ofertar las influencias. Por lo que, llegan a la conclusión de que habrá instigación cuando el instigado no encontrándose propenso a realizar actos de corrupción, se le convenza a cometer este delito; así también, señalan que habrá instigación cuando el autor ya se haya decidido a vender las influencias al sujeto interesado, pudiendo parecer mínimo el aporte de este último, al haber reforzado su resolución criminal:

²⁵¹ El subrayado es nuestro.

10°. (...) *En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesorio 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 autor²⁵².*

Como lo comentamos con anterioridad, estamos de acuerdo con que la única forma en que pueda imputársele responsabilidad penal al sujeto comprador de influencias sea la instigación. Pero lo que nos parece erróneo del fundamento jurisprudencial antes citado es que se califique como instigación cualquier acto o aporte mínimo que realice el sujeto interesado, siendo que, el mero cumplimiento de su rol de comprador de influencias, esto es, darle o prometerle alguna ventaja al sujeto activo o, incluso, el proponerle realizar una segunda reunión, cambiar el lugar de la misma o la realización de simples actos de cortesía podrían encuadrarse en este "reforzamiento de su resolución criminal".

²⁵² El subrayado es nuestro.

Y es que, como dijimos antes, el hecho de ir a buscar al sujeto activo para que interceda en su caso judicial o administrativo dando o prometiendo alguna contraprestación no lo hace exceder del rol que el tipo penal le ha asignado. Ello a consecuencia de que nuestro tipo penal de tráfico de influencias prevé como una modalidad de manifestación de las mismas el "tener influencias". Por lo que, si el sujeto interesado se acerca a quien "tiene" influencias, siendo ésta la causa por la cual hace su presencia en este delito, no cabría instigación alguna al no ser ésta una conducta accesoria de un hecho principal, por el contrario, es autónoma al realizar el propio tipo penal de "dar" o "prometer" alguna "ventaja" y su dolo está dirigido solo a "comprar", No a "hacer que le vendan". Entonces, la instigación solo resultaría posible si el sujeto activo desde un inicio no esté dispuesto a ofertar las influencias que posee, teniendo el sujeto interesado la labor de convencerlo mediante la realización de otros actos para lograr que el traficante le ofrezca sus servicios de intercesión y así cerrar el acuerdo ilícito.

Los argumentos referidos al "reforzamiento de la resolución" están dirigidos, más que todo, a presumir una instigación en donde no la hay, siendo que, si el sujeto activo ya se decidió a cometer el delito no cabría hacer imputación alguna por una instigación que no le es objetivamente causal. Por lo que, los fundamentos esgrimidos en el presente acuerdo plenario nos llevarán lamentablemente una presunción de culpabilidad a todas luces inconstitucional.

Diferente hubiera sido nuestro comentario si los fundamentos del presente acuerdo plenario señalaran expresamente que puede existir instigación en un sujeto inclinado o predispuesto a la realización de actos de corrupción, en donde sí admitiríamos una posible instigación por parte del sujeto comprador de influencias. Por el contrario, decidieron encubrir la "complicidad intelectual" (no aplicable a este delito por la forma en que es redactado el tipo penal) como una instigación para hacer responder penalmente al comprador de influencias de cualquier modo.

Sólo nos queda decir, que la mejor forma en que se ha interpretado jurisprudencialmente la instigación en el tráfico de influencias la

encontramos en el recurso de nulidad N° 3623-2005-Lima antes citado, debiéndose haber revisado los argumentos allí encontrados para la realización del reciente acuerdo plenario.

3. Casos judiciales

Muy aparte de los pronunciamientos judiciales en donde se observa una imputación al comprador de influencias a título de partícipe, también hemos encontrado otros en donde se le concibe como un agraviado de este delito, valorándose su declaración como prueba idónea para incriminar al vendedor de influencias. En ese sentido, en el Recurso de Nulidad N° 4218-2009-Piura, de fecha 20 de abril de 2010, se especifica que la declaración de la agraviada es constante, verosímil y coherente, por lo que es considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de los procesados:

Cuarto: Que, de la revisión de los autos se advierte que existen pruebas de cargo suficientes que acreditan - con plena certeza - las influencias invocadas por los encausados Roberto Neptalí Solano Sandoval y Jorge Clavijo Velásquez -el primero en calidad de autor y el segundo como cómplice primario-; conclusión que se fundamenta en la sindicación realizada por la agraviada Gladis Yovera Miranda, quien durante el desarrollo de la investigación preliminar, instrucción y juicio oral, a fojas once, cincuenta y cinco y ciento ochenta y nueve, respectivamente, sindicó a los encausados como las personas a las que les dio cuatro mil nuevos soles a cambio de que intercedan y favorecer con una resolución de libertad para su hermano César Augusto Yovera Miranda, el mismo que era instruido en el Primer Juzgado Penal de Talara por el delito de tráfico ilícito de drogas, versión coherente y verosímil, pues viene respaldada por las declaraciones testimoniales de Estilita Arambulu Canales de Dioses, obrantes a fojas dieciocho, noventa y seis y ciento noventa y dos y de Santos Olaya Peña a fojas veinte y ciento noventa y cinco, donde señalaron que las dos declarantes estaban en la casa de Estilita Arámbulu Canales de Dioses, lugar donde le entregaron la suma de cuatro mil nuevos soles al encausado Jorge Clavijo Velásquez, conocido como "chiqui" para que se lo confiera al secretario Roberto Neptalí Solano Sandoval con el propósito de solucionar el problema del hermano de Gladis Yovera - quien previamente les había entregado el dinero -; siendo el caso que después de la entrega del dinero, el encausado Solano Sandoval las llamó por teléfono para indicarles que no hablaran con él en el juzgado; en ese sentido, se advierte que la sindicación realizada por la agraviada es constante, verosímil y coherente, y por tanto tiene virtualidad procesal para ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción

de inocencia de los encausados, resultando adecuada la condena impuesta a los recurrentes²⁵³.

En el Recurso de Nulidad Nº 4486-2006-Apurimac, de fecha 28 de febrero del 2008, también podemos percatarnos que al sujeto comprador de influencias se le consideró como agraviado y, para acreditar la responsabilidad penal del sujeto activo, se tomó en cuenta, entre otras cosas, la declaración policial del citado "agraviado" y la diligencia de confrontación entre él y el acusado:

Segundo: Que en el aspecto fáctico, en cuanto concierne a los cargos que se formulan contra el encausado, del contexto de la acusación Fiscal de fojas quinientos trece, aparece que se incrimina al encausado Lucio Sarmiento Pérez, que en fecha nueve de enero de dos mil cinco y en su condición de Sub Prefecto de la Provincia de Abancay, se reunió con Jorge Américo Villafuerte Molero, en las instalaciones de la Sub Prefectura de Abancay, lugar en el que el citado encausado Sarmiento Pérez, le solicitó la suma de cinco mil nuevos soles a fin de favorecerlo laboralmente, colocándolo en la terna para la designación de Gerente Departamental de PRONAMACHS -APURIMAC, hecho que fue puesto en conocimiento de la Fiscalía de Prevención del Delito por parte del referido agraviado; que luego de acontecidos los hechos iniciales, se montó un operativo en las instalaciones de la Sub Prefectura de Abancay en fecha diez de enero de dos mil cinco, contando con la participación del representante de la Fiscalía de Prevención del Delito de Abancay y de personal policial de la zona, en cuya oportunidad fue intervenido el encausado Lucio Sarmiento Pérez, encontrándosele en su poder la suma de quinientos nuevos soles que le había sido entregado por el agraviado (...) Tercero: Que, efectuando un análisis fáctico y jurídico de todo lo actuado, en la etapa prejurisdiccional y durante los periodos de la instrucción y el contradictorio oral respectivamente, se desprende que ha quedado lo suficientemente demostrada la comisión del delito de tráfico de influencias, previsto y penado en el artículo cuatrocientos del Código Penal, modificado por la ley veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, vigente al momento de la comisión de los hechos; que asimismo ha quedado acreditada la responsabilidad penal del encausado recurrente por el citado ilícito penal, lo que entre otros resulta de las siguientes pruebas y actuados: a) declaración policial del agraviado de fojas trece; b) acta de constatación realizada con intervención del representante del Ministerio Público, de fojas veinte; c) fotocopias de los billetes incautados de fojas veintiuno y veintidós; d) acta de reconstrucción de los hechos de fojas cuatrocientos setenta y uno; y e) diligencia de confrontación realizada entre el encausado Sarmiento Pérez y el agraviado

²⁵³ El subrayado es nuestro.

Villafuerte Molero, como se advierte a fojas cuatrocientos setenta y cinco²⁵⁴.

En el Recurso de Nulidad Nº 2873-2003-Lima, de fecha 11 de noviembre del 2004, vemos de nuevo que al sujeto comprador de influencias se lo califica como agraviado y, para determinar la responsabilidad penal del sujeto activo, se valoró la sindicación coherente y uniforme de dicho "agraviado":

Primero.- Que del presente cuaderno, se tiene que como fundamento fáctico 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 Alván a cambio de interceder ante las instancias correspondientes para solucionar un proceso administrativo en dicha entidad por abandono de destino siendo que previo acuerdo el veintinueve de noviembre del dos mil uno a horas una de la tarde se reunieron en un restaurante donde el agraviado hizo entrega al procesado de la suma de sesenta nuevos soles, siendo intervenido en el acto por personal policial, hechos por los cuales ha sido acusado por el delito de tráfico de influencias. (...)
*Tercero.- Que analizados los autos se tiene que en contra del procesado LUIS PACHECO LEON, existe la sindicación coherente y uniforme de Miguel Gutiérrez Alvan, tanto a nivel policial y de instrucción, obrante a fojas siete y setenta y seis respectivamente, 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 de las instrumentales de fojas diecisiete (acta de incautación), dieciocho (acta de reconocimiento), veintitrés (denuncia verbal) y veinticuatro (acta de impregnación de billetes); que en tal sentido en la presente instrucción han concurrido los elementos objetivos y subjetivos del delito de tráfico de influencias descritos en el considerando anterior, 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 ha efectuado una debida apreciación de los hechos*²⁵⁵.

Ahora bien, de la jurisprudencia citada con anterioridad nos podemos percatar también que los hechos fueron denunciados directamente por el comprador de influencias, siendo ello valorado, conjuntamente con la realización de su declaración coherente y esclarecedora de los hechos, por los órganos de justicia para no imputarle responsabilidad en modo de participación delictiva. En relación a ello, tenemos el siguiente

²⁵⁴ El subrayado es nuestro.

²⁵⁵ El subrayado es nuestro.

pronunciamiento jurisprudencial 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° 00172-2011-6-1826-JR-PE-01, de fecha 26 de abril del 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:

16. *En relación a estos hechos probados, el Colegiado se encuentra conforme con la conclusión del juez Enríquez Sumerinde, en el sentido que no se ha acreditado la responsabilidad de la sentenciada Aliaga Laura como instigadora del delito de Tráfico de Influencias, ya que la imputación fáctica del Ministerio Público es que habría aceptado la propuesta formulada 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 a sabiendas que no cumplía con los requisitos legales, siendo evidente 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 (artículo 25 del Código Penal) (...)*

Además, como concluye el juzgador no existe prueba directa o indirecta que acredite que le entregó los S/. 800.00 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 explícitamente que constituye requisito 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 precisamente 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 cuestionada por que la valoración del juzgador ha sido negativa en relación al testimonio del citado Chávez Villanueva, lo cierto es que fue la presunta instigadora quien denunció los hechos y presentó el carnet de sanidad que sirvió para que sea implicada en estos hechos. Razones por las cuales debe confirmarse la sentencia absolutoria decretada a su favor²⁵⁶.

Siguiendo con la revisión de nuestra jurisprudencia, encontramos que en algunos casos se hace mención y se aplica el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, de fecha 30 de setiembre del 2005, referido a los requisitos con los que debe contar la declaración de un agraviado para ser considerada prueba de cargo válida que enerve la presunción de inocencia del imputado. En ese sentido, en el Recurso de Nulidad N° 1926-2013-Pasco, de fecha 03

²⁵⁶ El subrayado es nuestro.

de marzo del 2015, se describe expresamente en su fundamento primero como sustento normativo dicho acuerdo plenario²⁵⁷, siendo que, valorando la sindicación hecha por la “agraviada” en contra del procesado durante la etapa de la instrucción y en el juicio oral, conjuntamente con otros documentos como el acta de ingreso y salida de llamadas y la transcripción de cinta magnetofónica (que ayudaron a verificar que entre los dos hubo comunicación y que se reunieron más de una vez para tratar su problema judicial), se concluyó de que existe persistencia en la incriminación, verosimilitud objetiva y de que no existe prueba que permita afirmar que dicha incriminación sea a consecuencia de alguna animadversión con el procesado (ausencia de incredibilidad subjetiva):

2.4. La agraviada Rau López ratificó la imputación en su manifestación a escala policial, donde narró los pormenores de las reuniones sostenidas con el procesado, días antes de su intervención, y la forma como ésta se llevó a cabo; esta versión fue sostenida durante la instrucción (folios ciento cincuenta y cuatro a ciento cincuenta y siete) y en el juicio oral (folio setecientos cuarenta y uno) en que la agraviada mantuvo que el procesado le ofreció interceder ante el juez de apelación, con el propósito de incrementar su pensión alimentaria, de doscientos cincuenta a trescientos nuevos soles (...)

2.6. Del acta de lectura de ingreso y salida de llamadas del teléfono celular con el número 963-983-262 (folio treinta y uno y treinta y dos), se evidenció que la agraviada y el procesado tenían comunicación telefónica, lo que ha quedado registrado en el detalle de llamadas presentado al proceso por la empresa Telefónica (folios doscientos setenta y tres a doscientos ochenta y cuatro).

2.7. En el folio doscientos sesenta y dos obra el acta de transcripción de cinta magnetofónica, en que se consignó la conversación que sostuvieron el procesado y la agraviada, donde trataron sobre el apoyo en la tramitación del expediente y el procesado solicitó se comuniquen con él a las diecinueve horas.

2.8. En el folio trescientos treinta se aprecia la continuación de la transcripción de la cinta magnetofónica proporcionada por la agraviada en que se consignó el requerimiento del sentenciado de la suma de cuarenta nuevos soles, suma que debía ser entregada en una reunión. En la transcripción se observan diversas conversaciones que confirman que hubieron varias llamadas entre el procesado y la agraviada.

2.9. De lo expuesto se evidencia que la versión inculpatoria de la agraviada se ha mantenido durante el proceso, por lo que hay

²⁵⁷ **1.4.** El Acuerdo Plenario N.º 02-2005/CJ-116, de treinta de septiembre de dos mil cinco, establece los presupuestos a tomar en cuenta para ameritar la manifestación de los agraviados

persistencia en la incriminación y verosimilitud objetiva. No existe prueba que permita afirmar que dicha versión se hubiera basado en alguna animadversión contra el procesado.

2.10. El procesado y la agraviada han mantenido comunicación y se han reunido en más de una oportunidad fuera del local del juzgado. El procesado reconoció su voz en los audios presentados por la víctima, sobre lo que no cabe cuestionamiento como prueba prohibida; dado que una de las personas intervinientes en la conversación fue la que grabó y la otra manifestó de manera libre lo que se registró en la cinta magnetofónica.

2.11. Se añade a todo que no existía razón para que el procesado y la agraviada se reunieran fuera del local del Juzgado; las circunstancias narradas por la agraviada concuerdan con las evidencias acreditadas, por lo que se puede concluir que, efectivamente, le solicitó la suma de dinero con el fin de interceder ante el juez que conocería la apelación de su proceso²⁵⁸.

Por último²⁵⁹, en el Recurso de Nulidad N° 2304-2012-Puno, de fecha 06 de febrero del 2014, podemos ver que la promesa hecha por la vendedora de influencias de conseguirle un puesto de trabajo en ESSALUD a la interesada no se cumplió, por lo que interpuso su denuncia en la vía administrativa disciplinaria:

El Ministerio Público, en la acusación fiscal de folios doscientos noventa y cinco (295) a trescientos (300), complementada a folios setecientos treinta y dos (732), señala que la Gerencia de Administración de la Red Asistencial Juliaca de Essalud, remite a la Fiscalía Provincial de Turno de Juliaca, el Oficio número treinta y siete - AAL - GA- RAJUL - ESSALUD - 2005, de fecha cinco de marzo de dos mil cinco, adjuntando una copia simple del escrito de denuncia presentada por Tania Chambi Huanca en vía administrativa disciplinaria, en contra de María Amelia Aguilar Ninaraqui, técnica en enfermería y trabajadora de ESSALUD de Juliaca, por haberle ésta prometido a la referida denunciante un puesto de trabajo en el concurso convocado en el mes de diciembre de 2004, a cambio de la entrega de la suma de mil setecientos cincuenta nuevos soles, habiendo efectuado dicha entrega. La promesa de hacerle ingresar a trabajar en el Hospital de ESSALUD de Juliaca no se cumplió debido a que Tania Chambi Huanca no ingresó en el referido concurso. Corroborándose estos hechos, con el cassett de audio, de cuya grabación se percibe que la procesada María Amelia Aguilar Ninaraqui admite haber recibido la suma de mil setecientos cincuenta nuevos soles de los cuales mil quinientos habría sido entregado a un médico, de quien no se menciona ni nombre ni

²⁵⁸ El subrayado es nuestro.

²⁵⁹ Cabe agregar que en el Recurso de Nulidad N° 1692-2013-Lima, de fecha 24 de febrero del 2014 y en el Recurso de Nulidad N° 1280-2011-Huancavelica, de fecha 10 de mayo del 2012 también se hace expresa mención al Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116.

apellidos, y doscientos cincuenta nuevos soles refiere ya haberlos dispuesto, prometiendo devolver dicha suma a la agraviada²⁶⁰.

Luego, conforme a lo descrito en el Acuerdo Plenario 02-2005-CJ-116, se determinó que la sindicación incriminatoria hecha por la compradora de influencias es subjetivamente fidedigna (al no existir alguna rencilla con la procesada antes de ocurridos los hechos), verosímil (al ser coherente y concordar con otros elementos periféricos como el audio) y persistente (al mantenerse a lo largo del iter procesal sin variaciones sustanciales):

2. De modo que no siendo trascendente tal contradicción, todos los argumentos de la defensa a cerca de la imprecisión sobre el monto u origen del dinero dado a la imputada carecen de trascendencia a efectos de la determinación de su responsabilidad penal toda vez que existe una sindicación incriminatoria: subjetivamente fidedigna dado que no existían rencillas, entre la encausada y la señora Tania Chambi Huanca, anteriores a los hechos materia de juzgamiento que permitan creer que son razones ajenas al ilícito las que impulsan la versión incriminatoria, no resultando correcta el razonamiento de la defensa sobre la supuesta influencia que el abogado Melchor Palomino Bejarano habría ejercido sobre la denunciante pues ésta no tiene motivos para permitir tal influencia; verosímil en tanto concuerda con otros medios probatorios que tornan lógico y coherente el relato incriminatorio; persistente en tanto se ha mantenido a lo largo del iter procesal sin sufrir variaciones sustanciales; y pasible de corroboración mediante otros elementos periféricos como lo es el puesto laboral que ocupaba y el audio. Todo ello conforme a las exigencias establecidas en vía jurisprudencial para su correcta valoración a efectos de constituir prueba²⁶¹.

Por lo que, se declaró no haber nulidad en la sentencia que condena a la procesada por el delito de tráfico de influencias:

*Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiuno de mayo de dos mil doce, de fojas ochocientos sesenta y tres (863), que condenó a **María Amelia Aguilar Ninaraqui**, como autora del delito contra la Administración Pública – Tráfico de Influencias en agravio del Estado Peruano a cuatro (04) años de pena privativa de libertad con carácter de suspendida por el término de dos años; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-*

Respecto a la jurisprudencia citada, como lo comentamos con anterioridad, calificar como “agraviado” al sujeto interesado en comprar las influencias ofertadas por el sujeto activo no sería correcto, ya que la sanción del

²⁶⁰ El subrayado es nuestro.

²⁶¹ El subrayado es nuestro.

presente delito no está dirigido a su protección ni a su patrimonio, sino a la del buen funcionamiento de la administración pública, no pudiendo ser titular de este bien jurídico una persona particular al no ser ésta concebida en un sentido funcional. Si bien la calificación como agraviado del presente delito ha permitido hacer uso del Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 para poder imputarle responsabilidad penal al sujeto vendedor de influencias, creemos que darle la sola calidad de "testigo" no impediría aplicar el citado acuerdo plenario al ser el comprador de influencias el principal testigo, y en la mayoría de veces, el único que puede decirnos cómo sucedieron los hechos.

Concluimos este capítulo señalando que la problemática referida a la responsabilidad penal del comprador de influencias, a título de partícipe, fácilmente puede evitarse si es que su conducta fuera sancionada expresamente como un delito autónomo (al igual que lo previsto para cohecho activo), no habiendo impedimento ni costo alguno para que el legislador nacional criminalice el hecho de dar o prometer alguna ventaja en procura de la formación de este acuerdo ilícito. Siendo que, actualmente para querer sancionarlo se hace necesario verificar de su parte la realización de conductas en las que exceda su mero rol de comprador de influencias, operando dicho supuesto, según nuestro análisis, solo en los casos en que exista instigación. Y ello, por la propia redacción de nuestro tipo penal de tráfico de influencias que lo diseña como un delito de encuentro y por prever como típicas a las conductas de "invocar" o "tener" influencias y de "ofrecer interceder ante funcionario o servidor público".

Ahora bien, toca hacernos la siguiente pregunta: ¿Necesariamente debe sancionarse al comprador de influencias, si muchas veces la denuncia viene formulada por dicha persona y los hechos se llegan a esclarecer al colaborar con su declaración inculpativa?²⁶²

²⁶² Un ejemplo de ello lo tenemos en el Recurso de Nulidad N° 1552-2003-Del santa, de fecha 09 de agosto del 2004, en donde uno de los sujetos interesados denunció los hechos al no concretarse lo prometido por el vendedor de influencias, siendo que, luego de acreditarse la responsabilidad penal del procesado gracias a las declaraciones brindadas por dichos sujetos, se decidió remitir copias certificadas al Ministerio Público al considerar que hubo instigación de su parte: *Primero: Que, fluye de autos, que con fecha diecisiete de setiembre de dos mil Eusebio Marcos Pariachi Salvador, se encontró con su amigo Mario Reluz Quevedo en el poblado de Moro - Chimbote, al que le conversó que tenía un proceso judicial en su*

Respecto a ello, creemos que el hecho de sancionar todo lo que nos pueda parecer repudiable no tendría que ser el mensaje adecuado. Siendo que, ello imposibilitaría la detección y sanción de estas conductas u otros actos de corrupción subsiguientes al tener éstos un ámbito de consumación estrictamente secreto. Por tanto, creemos que la introducción de la norma penal que sancione la conducta del comprador de influencias tiene venir acompañada por otra que prevea la exclusión de su condena por haber hecho la denuncia respectiva y por haber contribuido, con su declaración inculpativa, en el esclarecimiento de los hechos y con la determinación de la responsabilidad penal del sujeto activo. Siendo que, dicha excusa absoluta tendría incluso una mayor importancia para los casos en que el sujeto activo se valga de su condición funcional para traficar con sus influencias, pudiendo ser de gran aplicación para facilitar la sanción y separación del ámbito de la administración pública de aquellos funcionarios o servidores públicos²⁶³ que se dedican a comercializar indebidamente la

contra por delito de usurpación, que se encontraba pendiente de resolver por la Sala Penal Superior del Santa en razón de que había apelado la sentencia; que fue así que Reluz Quevedo le recomendó visitar al procesado Saravia Iribari, el cual se desempeñaba como Jefe de la Oficina Distrital de Condenas, manifestándole que tenía influencias en dicha Corte Superior; que con fecha dieciocho de setiembre del mismo año Pariachi Salvador conjuntamente con Reluz Quevedo se entrevistaron con el acusado antes nombrado en su oficina ubicada en el cuarto piso de la Corte Superior del Santa; que, luego de exponer el problema judicial, el encausado ofrece ayudarlo y, a la vez, le solicitó la suma de un mil nuevos soles que iban a ser entregados a los Vocales Superiores que conocerían del caso, dinero que fue entregado de inmediato por parte de Pariachi Salvador en presencia de Reluz Quevedo; que, asimismo, Pariachi Salvador manifestó al encausado que su hijo Willy Pariachi tenía un problema por delito de lesiones ante el Cuarto Juzgado Penal, a lo que el encausado también accedió a ayudarlo, solicitándole por ese concepto la suma de un mil nuevos soles, dinero que le fue entregado ese mismo día en horas de la tarde por intermedio de Reluz Quevedo; que al no concretarse dichos "favores judiciales", Pariachi Salvador denunció al encausado. Segundo: Que (...) por otro lado, las pruebas actuadas del proceso acreditan la responsabilidad del encausado, el cual si bien ha negado los hechos en su contra, ello se ha ido desvaneciendo con las pruebas obrantes en su contra, en rigor con las declaraciones que obran en autos. Tercero: Que el artículo veinticuatro del Código Penal referido a la instigación, reprime al que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible con la pena que le al autor; que mediante la instigación el instigador hace surgir en otra persona - llamada instigado- la idea de perpetrar un delito, siendo este último el que ejecuta materialmente el medio típico; además, el instigador debe actuar intencionalmente a fin de lograr el hecho delictivo; que de autos se aprecia que Eusebio Marcos Pariachi Salvador, ante los problemas legales que tenía, aceptó la propuesta de Mario Reluz Quevedo de ir a entrevistarse con el encausado Aburto Saravia, el cual "supuestamente" tenía influencias sobre los Magistrados de la Corte Superior del Santa y podría solucionarle sus "problemas"; que, siendo así, tanto Pariachi Salvador como Reluz Quevedo habrían actuado como instigadores del delito de tráfico de influencias, por lo que se debe extraer copias certificadas de las piezas pertinentes del proceso a fin que sean remitidas a la Fiscalía Provincial de Turno, para que proceda conforme a sus atribuciones. (El subrayado es nuestro).

²⁶³ De la jurisprudencia referida al delito de tráfico de influencias revisada para realizar la presente investigación podemos percatarnos que los autores de este delito tienen, en la gran mayoría de casos, la condición de funcionarios o servidores públicos: "Secretario Judicial"

función pública, poniendo en riesgo con ello a la imparcialidad y el respeto de la legalidad que debe revestir toda toma de decisiones en el sector público.

Conclusiones del cuarto capítulo:

1. Por la descripción típica de nuestro tipo penal de tráfico de influencias y al constituirse como un delito de encuentro, concluimos que no habrá participación delictiva por parte del sujeto interesado si es que su conducta se mantiene dentro del rol de comprador de influencias que el tipo penal le ha asignado y ello implica que su conducta tenga que ser autónoma (no realizar el tipo dependiente contenido en los artículos 24º y 25º), complementaria (realizar el tipo penal contenido en el artículo 400º del código penal), y que su dolo se circunscriba únicamente a la compra de las influencias.
2. No es posible concebir actos de complicidad por parte del sujeto comprador de influencias en el momento de la invocación o tenencia de influencias, así como en el momento del ofrecimiento de interceder ante un funcionario público.
3. No es posible concebir actos de instigación por parte del sujeto comprador de influencias en el momento de la invocación o tenencia de las influencias. Pero sí podría haber instigación en el momento de la venta de influencias, operando ello en el caso de que el sujeto activo en un inicio no esté dispuesto a ofrecerle su labor de interceder ante el funcionario público, siendo éste el único modo en que pueda

(R.N. Nº 4218-2009-Piura; R.N. Nº 1981-2002-Lima), "Jefe de la Unidad Técnica Pedagógica de la UGEL" (R.N. Nº 4097-2008-Del Santa), "Vocal Supremo Provisional de la Corte Suprema de Justicia" (R.N. Nº 10-V-01-Lima; Expediente Nº 06-2006-A.V.), "Asesor Presidencial" (R.N. Nº 3623-2005-Lima; R.N. Nº 1401-2003-Lima; R.N. Nº 4166-2004-Lima; Expediente Nº 023-2001, Expediente Nº 017-2001), "miembro integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial" (Expediente A.V. 05-2008), "Trabajador del Ministerio de Educación" (R.N. Nº 2412-2004-La Libertad), "ejecutor coactivo de la Municipalidad de Islay" (R.N. Nº 2218-2005-Arequipa), "trabajador del Poder Judicial" (R.N. Nº 1926-2013-Pasco), "Fiscal Provincial Penal" (R.N. Nº 1706-2003-Cono Norte), "asesor de la Municipalidad de Lima" (R.N. Nº 3547-2008-Lima), "funcionario de la Municipalidad Distrital del Rímac" (Expediente Nº 00193-2012-9-1826-JR-PE-03), "Sub Prefecto de la Provincia de Abancay" (R.N. Nº 4486-2006-Apurímac), "Funcionario del INPE" (R.N. Nº 2873-2003-Lima), "trabajadora de ESSALUD de Juliaca" (R.N. Nº 2304-2012-Puno), "jefe de la Oficina Distrital de Condenas" (R.N. Nº 1552-2003-Del Santa), "personal policial" (R.N. Nº 1280-2011-Huancavelica), "Abogado integrante del Sistema Nacional de Defensa de Oficio del Ministerio de Justicia" (R.N. Nº 4564-2009-Lima), "auxiliar coactivo de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria" (R.N. Nº 3304-2011).

imputársele responsabilidad penal al realizar una labor de convencimiento activa en donde el objetivo es hacer que el sujeto activo le ofrezca sus servicios de intercesión y así cerrar el acuerdo ilícito.

4. Existe en nuestra jurisprudencia pronunciamientos que conciben al sujeto comprador de influencias no solo como partícipe de este delito, sino también como un agraviado del mismo, llegándose a valorar su declaración inculpativa como prueba idónea para acreditar la responsabilidad penal del sujeto activo, siendo de aplicación para ello el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116 en reiteradas ocasiones.

CONCLUSIONES

- 1.** En un sentido genérico, por su redacción y ubicación dentro de los delitos contra la administración pública, concluimos que con la tipificación del delito de tráfico de influencias se busca proteger el buen o correcto funcionamiento de la misma
- 2.** En un sentido específico, por concebirse como un acto previo a los delitos de cohecho (pudiendo también las presiones basadas en relaciones personales o de jerarquía conseguir su mismo objetivo) y a la obtención de decisiones prevaricadoras u otras conductas abusivas por parte de los funcionarios públicos, concluimos que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias (al menos en la venta de influencias reales) es la imparcialidad y el sometimiento a Derecho en el ejercicio de la función pública, en específico, en la toma de decisiones en procesos judiciales y de carácter administrativo.
- 3.** Después de examinar la evolución legislativa de nuestro delito de estafa, la idoneidad del engaño como elemento del tipo penal de estafa y la doctrina jurisprudencial reciente en materia de tráfico de influencias, concluimos que la modalidad de venta de influencias simuladas no puede constituir un delito contra el patrimonio.
- 4.** Luego de constatar el reconocimiento de que los fiscales contarían con facultades jurisdiccionales amplias (pudiendo incluso sus decisiones tener los efectos de una cosa juzgada) y que legalmente se dispone su intervención permanente en todas las etapas del proceso penal por parte de los fiscales (previéndose también en ellas, incluso en las diligencias preliminares, la presencia de decisiones propiamente judiciales), concluimos que los representantes del Ministerio Público pueden ser considerados como funcionarios influenciables a efectos de poderse consumar el delito de tráfico de influencias.
- 5.** Por la descripción típica de nuestro tipo penal de tráfico de influencias y al constituirse como un delito de encuentro, concluimos que no habrá participación delictiva por parte del sujeto interesado si es que su conducta se mantiene dentro del rol de comprador de influencias que el

tipo penal le ha asignado y ello implica que su conducta tenga que ser autónoma (no realizar el tipo dependiente contenido en los artículos 24º y 25º), complementaria (realizar el tipo penal contenido en el artículo 400º del código penal), y que su dolo se circunscriba únicamente a la compra de las influencias.

- 6.** Solo es posible concebir actos de instigación por parte del sujeto comprador de influencias en el momento de la venta de influencias ("ofrecimiento de interceder"), operando ello en el caso de que el sujeto activo en un inicio no esté dispuesto a ofertar su labor de intercesión ante el funcionario influenciable, siendo éste el único modo en que pueda imputársele responsabilidad penal al realizar una labor de convencimiento activa en donde el objetivo es hacer que el sujeto activo le "venda" sus influencias y así cerrar el acuerdo ilícito.

RECOMENDACIONES

Después de realizar la presente investigación proponemos como **primera** recomendación: el reformar el tipo penal contenido en el artículo 400º del código penal actual. Si bien en el proyecto del nuevo código penal se prevé en su artículo 587º²⁶⁴ un tráfico de influencias pasivo con un texto bastante similar al actual, nosotros preferimos la siguiente descripción típica:

El que, para sí o para otro, reciba donativo o cualquier otro tipo de ventaja, o acepte promesa de alguna de ellas, a cambio del ofrecimiento de ejercer sus influencias ante un funcionario o servidor público, a fin de que éste realice u omita un acto en contra de sus obligaciones o sin faltar a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente para cometer el hecho se aprovecha de su condición de 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.

Como vemos de la descripción típica planteada, hemos decidido suprimir los términos “invocando o teniendo influencias”, “hacer dar o prometer”, “conocer un caso judicial o administrativo” y nos decidimos por un tipo penal de tráfico de influencias que describa, en un sentido más específico, un acuerdo ilícito en donde el sujeto activo ofrezca ejercer las influencias que tiene ante funcionarios o servidores públicos en general y, “a cambio” de ello, reciba una contraprestación. Las influencias ofrecidas deben ser

²⁶⁴ **Artículo 587. Tráfico de influencias pasivo**

1. *El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor ocho años, con inhabilitación conforme a los numerales 2, 4 y 14 del artículo 42 no mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.*

2. *Si el agente es un funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, con inhabilitación no mayor de doce años conforme a los numerales 1, 2 y 14 del artículo 42 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.*

reales (ello deriva del propio texto al señalar que se ofrece ejercer “sus” influencias) y, al igual que en los delitos de cohecho, hemos decidido por describir la característica del acto funcional que se busca obtener con la venta de las influencias, esto es, un acto en contra de las obligaciones legales del funcionario o uno conforme a ellas.

También, hemos decidido suprimir del texto de la circunstancia agravante el término “es” y, vinculándolo a un derecho penal de acto y no de autor, hemos preferido los términos “se aprovecha de su condición”. Respecto a la pena a imponer creemos que, por un criterio de proporcionalidad de las penas, tanto el mínimo como el máximo legal en ambos párrafos deben ser diferentes, por lo que nos decidimos por reducir el marco penal a un mínimo de 3 años en el caso de la venta de influencias hecha por un sujeto particular.

Ahora bien, como una **segunda** recomendación proponemos: incorporar al código penal el artículo 400-A que prevea la conducta hecha por el sujeto interesado en las influencias ofertadas. Si bien el proyecto del nuevo código penal prevé en su artículo 588²⁶⁵ un tráfico de influencias activo con un texto bastante extenso, nosotros preferimos una descripción típica más concisa, siendo que, en el segundo y tercer párrafo del mismo artículo, incluiríamos la exención de pena comentada en el capítulo IV de la presente tesis:

El que, en procura de alguna de las conductas previstas en el artículo anterior, dé o prometa donativo o cualquier otro tipo de ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

²⁶⁵ **Artículo 588. Tráfico de influencias activo**

1. *El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para éste o para un tercero, con la finalidad de que éste en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público, para que éste realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa.*

2. *Si el agente es funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, inhabilitación conforme a los numerales 2, 4 y 14 del artículo 42 no mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.*

Quedará exento de la pena prevista en el párrafo anterior, aquel sujeto que, en procura del procesamiento de los hechos, los denuncie primigeniamente ante el funcionario o servidor público que tenga el deber de proceder con su investigación y contribuya al esclarecimiento del mismo con su declaración inculpativa a lo largo del proceso.

Para que opere la exención de pena descrita anteriormente no debe haber transcurrido más de dos meses entre la fecha en que ocurrieron los hechos y la denuncia primigenia.

Las fuentes para la redacción del presente texto son: el artículo 258º del código penal de la Nación Argentina²⁶⁶ y el artículo 426º del código penal español²⁶⁷. Como podemos ver, la redacción utilizada para criminalizar la “compra de influencias” resulta ser más sencilla y de rápida comprensión. Se describen las conductas de “dar” y “prometer” (conductas provenientes de nuestro actual tipo penal de tráfico de influencias) donativo o cualquier otro tipo de ventaja en “procura” de la consumación de las conductas previstas el artículo 400º (la venta de influencias común y la agravada), por lo que deben estar destinadas a pagar el precio por el ejercicio de las influencias que ofrece el traficante de las mismas.

En el segundo y tercer párrafo se regula la excusa absolutoria que, con el fin de facilitar el conocimiento y persecución de los delitos de tráfico de influencias, dejará exento de pena a aquel sujeto (descrito en términos genéricos para incluir a los partícipes) que proceda a realizar la “denuncia primigenia” de los hechos, esto es, que los hechos deben haberse conocido primero por la denuncia que hace el comprador de influencias ante los funcionarios encargados de la investigación del delito (ello incluye tanto a los policías como a los fiscales). Por lo que, la presente excusa absolutoria

²⁶⁶ Cuyo texto legal es el siguiente:

Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

²⁶⁷ Cuyo texto legal es el siguiente:

Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

no será de aplicación si la denuncia fue hecha por terceros ajenos al acuerdo ilícito, ello incluye a las noticias periodísticas en los medios de comunicación.

Adicionalmente a la denuncia primigenia, se requiere que el sujeto “contribuya al esclarecimiento de los hechos con su declaración inculpativa a lo largo del proceso”. Ello a consecuencia de que, como vimos de la jurisprudencia citada en el capítulo cuarto de la presente tesis, la declaración inculpativa hecha por el comprador de influencias es de gran importancia para saber cómo sucedieron los hechos y, aunado a otros medios probatorios, facilitar la condena del sujeto traficante de influencias. Por lo que, hemos decidido regular de una forma más directa esta situación al preverla expresamente en una norma legal y así, generalizar su práctica.

Como último requisito se prevé que no debe transcurrir más de dos meses entre la fecha en que se consumó el delito de tráfico de influencias y la fecha en que se realice la denuncia respectiva. Ello con el fundamento de incentivar una denuncia pronta por parte del sujeto comprador de influencias que posibilite una investigación inmediata de los hechos y a fin de evitar la pérdida de material probatorio por un transcurso indefinido de tiempo. También, por un criterio de prevención general y para los casos del tráfico de influencias agravado, dicho límite temporal servirá para *contramotivar al funcionario al saber que se pone en manos del particular, que podrá denunciarlo en cualquier momento (en un plazo de dos meses), incluso si llegó a un acuerdo con él*²⁶⁸.

²⁶⁸ Según lo comentado por Morales Prats y Rodríguez Puertea en: QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y MORALES PRATS, F. (Coordinador): Ob. cit., p. 1809.

BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS:

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, 2da Edición, Palestra Editores, Lima, 2003.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy: *Derecho Procesal Penal. Un Enfoque Doctrinario y Jurisprudencial*, T. I y II, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
- AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos: *La Decisión Fiscal en el Nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, Ara Editores, Lima, 2004.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Los Delitos de Estafa en el Código Penal*, Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio: *Jurisprudencia Penal Generada en el Subsistema Anticorrupción (Corrupción Gubernamental)*, T. II, Palestra Editores, Lima, 2006.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VELARDE, Leonardo: *Delitos de Corrupción de Funcionarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- BERMUDEZ TAPIA, Manuel: *Jurisprudencia Penal Actual de la Corte Suprema 2010-2014*, Vol. 3, Ediciones Legales, Lima, 2015.
- BRAMONT ARIAS, Luis Alberto: *Temas de Derecho Penal*, T. 4, Editorial San Marcos, Lima, 1990.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta Edición, San Marcos, Lima, 1998.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, T. 2 y 3, 3era Edición, ASTREA, Buenos Aires, 2009.
- BURGOS ALFARO, José: *El Nuevo Proceso Penal*, Grijley, Lima, 2009.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1991.

- CANEZ MARTICORENA, Alfredo: *Sobre el Delito de Estafa y Otras Defraudaciones*, Editorial Alternativas, Lima, 2000.
- CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Los Delitos Plurisubjetivos y la Participación Necesaria*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- CATALÁN SENDER, Jesús: *Los Delitos Cometidos por Autoridades y Funcionarios Públicos en el Nuevo Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999.
- CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial, T. I y II*, 6ta Edición, 1º reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.): *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia con Casos Solucionados*, T. I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor: *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su Implementación*, 2da Edición, Palestra Editores, Lima, 2015.
- DONNA, Edgardo: *Derecho Penal. Parte Especial*, T. III, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Delitos Contra la Administración de Justicia*, 2da Edición, Ediciones Legales, Lima, 2012.
- GACETA JURÍDICA S.A.: *Código Penal en su Jurisprudencia*, Gaceta jurídica, Lima, 2007.
- GACETA JURÍDICA S.A.: *Los Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Delito de Enriquecimiento Ilícito*, Idemsa, Lima, 2001.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: *El Delito de Hurto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Dir.): *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional*, Grijley, Lima, 2009.
- GARCÍA TOMA, Víctor: *Los Derechos Fundamentales*, 2da Edición, Editorial Adrus, Arequipa, 2013.
- GARCÍA TOMA, Víctor: *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 3ra Edición, Editorial Adrus, Arequipa, 2010.

- GONZALEZ CUSSAC, José Luis: *El Delito de Prevaricación de Autoridades y Funcionarios Públicos*, 2da Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.: *Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos Contra la Administración Pública*, 2da Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.: *Delitos Cometidos por Particulares Contra la Administración Pública*, 1ra Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2000
- HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, T. I y II, 4ta Edición, Idemsa, Lima, 2011.
- ISASI CAYO, Juan Felipe: *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ra Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- MAIER, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal. Parte General. Sujetos Procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- MARÍN, Jorge L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2da edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio: *El Perjuicio Patrimonial en el Delito de Estafa*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.
- MIR PUIG, Carlos: *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 9na Edición, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2012.
- MORON URBINA, Juan Carlos: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 11º Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal Parte General*, 8va Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NEYRA FLORES, José Antonio: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. I y II, Idemsa, Lima, 2015.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El Delito de Cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, 3ra Reimpresión, Idemsa, Lima, 2011.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, 2da Edición, Idemsa, Lima, 2013.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: *Delitos Contra la Administración Pública*, 2da Edición, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín (Coordinador): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9na Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: *Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal*, Jurista Editores, Lima, 2015.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Contra la Vida, Contra el Patrimonio y Otros*, Pacífico Editores, Lima, 2015.
- RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El Delitos de Cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- ROJAS VARGAS, Fidel: *Código Penal. Dos Décadas de Jurisprudencia*, T. III, ARA Editores, Lima, 2012.
- ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos Contra la Administración Pública*, 4ta edición, Grijley, Lima, 2007.
- ROJAS VARGAS, Fidel: *Derecho Penal Práctico, Procesal y Disciplinario. Dogmática y Argumentación*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- ROJAS VARGAS, Fidel: *Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Nomos & Thesis, Lima, 2016.
- RUBIO CORREA, Marcial: *Para Conocer la Constitución de 1993*, 2da Edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2010.
- RUBIO CORREA, Marcial; EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos Contra la Administración Pública. Jurisprudencia Penal*, Jurista Editores, Lima, 2004.

- SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos Contra la Administración Pública*, 3ra Edición, Grijley, Lima, 2014.
- SALINAS SICCHA, Ramiro: *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. 2, 6ta Edición, Editorial Iustitia, Lima, 2015.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Código Procesal Penal Comentado*, Idemsa, Lima, 2013.
- SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio: *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Fondo editorial INDEPECCP, Lima, 2015.
- SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro: *Los Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir. Aspectos Sustantivos y Procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.) y RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da Edición, Atelier, Barcelona, 2009.
- SOLER, Sebastian: *Derecho Penal Argentino*, T. IV y V, 1ra Edición, 2da Reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1953.
- VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal. Parte General*, Ara Editores, Lima, 2014.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal. Parte General*, 3ra reimpresión, Grijley, Lima, 2010.
- VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENQUER, E.; CARBONELL METEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

2. ARTÍCULOS EN LIBROS Y REVISTAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "Participación necesaria, Intervención Necesaria o Delitos Plurisubjetivos", En: *Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2014.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: "Acerca del Merecimiento de Pena del Tráfico de Influencias", En: *Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2014.

- ABOSO, Gustavo: "Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: Aspectos esenciales de su configuración", En: *Delitos contra la Administración de Justicia*, Idemsa, Lima, 2010.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo: "El concepto de ventaja en el delito de tráfico de influencias. A propósito del caso Montesinos-Beltrán", En: *Actualidad Jurídica*, T. 144, Lima, Noviembre, 2005.
- ALIAGA VERA, Fidel: "El tráfico de influencias. Alcances sobre la consumación típica y la relevancia penal de la actuación del funcionario influenciado", En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nro. 123, Lima, Diciembre, 2008.
- BENDEZÚ-JÁUREGUI, Alvaro y MALLQUI HERRERA, Edwin Antonio: "Requisitos típicos de la instigación al delito de tráfico de influencias", En: *Jus Jurisprudencia*, No. 4, Lima, Setiembre, 2007.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: "La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias", En: *Actualidad Jurídica*, T. 127, Lima, Junio, 2004.
- BREGAGLIO LAZARTE, Renata: "La implementación de la convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal", En: *Estudios Críticos Sobre los Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2013.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Informe en relación a la aplicación del artículo 400 del código penal peruano, que tipifica el delito de tráfico de influencias, a las conversaciones sostenidas entre los representantes de la empresa Lucchetti Perú S.A. y el que fuera asesor gubernamental, Sr. Montesinos Torres, En: *Delitos Contra la Administración Pública*, T.I, ARA editores, Lima, 2013.
- CANCHO ALARCÓN, Rafael Elmer: "El delito de tráfico de influencias en la legislación peruana: discusiones político-criminales y dogmáticas", En: *La Imputación del Delito y de la Pena en los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2014.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: "Problemas político-criminales y procesales en la persecución de los delitos de corrupción", En: *Delitos Contra la Administración Pública*, Idemsa, Lima, 2013.

- DELGADO CASTRO, César A.: "Lobbies, clientelismo, tráfico de influencias y corrupción en la política y la Administración Pública. La ilusoria política criminal de lucha contra la criminalidad económica y organizada", En: *Actualidad Jurídica*, T. 252, Lima, Noviembre, 2014
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: "La corrupción ante el derecho y la justicia", En: *Delitos Contra la Administración Pública*, Idemsa, Lima, 2013.
- DONNA, Edgardo: "Estado de Derecho y Corrupción", En: *Delitos Contra la Administración Pública*, Idemsa, Lima, 2013.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: "Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", En: *Delitos Contra la Administración Pública*, Idemsa, Lima, 2013.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: Defensa de la persona (comentario al artículo 1 de la Constitución). En: *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, T. I., 2da Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- GALVÁN RAMOS, Marcos Iván: "¿El tráfico de influencias como modalidad del delito de estafa? El contenido del engaño como única diferencia entre el artículo 196 y la forma simulada del artículo 400 del código penal", En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nro. 146, Lima, Octubre, 2010.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: "Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias. Al amparo del principio de legalidad en materia penal", En: *Actualidad Jurídica*, T. 102, Lima, Mayo, 2002.
- GASPAR CHIRINOS, Ángel: "Una mirada político-criminal y dogmática al proceso de construcción legislativa de la ley N° 29703. Referencia especial a los delitos de colusión y tráfico de influencias", En: *Gaceta Penal y Procesal penal*, T. 27, Lima, Setiembre, 2011
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: El delito de tráfico de influencias en el Código Penal español. Una aproximación a su regulación, En: *Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Actuales Tendencias*, T. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

- GUERRA CERRÓN, María Elena: "Deconstruyendo el marco orientador de la función fiscal en materia penal", En: *Actualidad Penal*, Vol. 20, Lima, Febrero, 2016.
- GUIMARAY MORI, Erick: "El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad", En: *Estudios Críticos Sobre los Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2013.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel: "Dignidad de la persona (comentario al artículo 1 d la Constitución)". En: *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, T. I., 2da Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos E.: "El Juez de la Investigación Preparatoria. Arts. 323º del Código Procesal Penal", En: *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, ARA Editores, Lima, 2009
- HURTADO POZO, José: "Interpretación y Aplicación del Artículo 400º del Código Penal del Perú. Delito llamado de Tráfico de Influencias". En: *Anuario de Derecho Penal 2005. Interpretación y Aplicación de la Ley Penal*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006.
- LEÓN VÁSQUEZ, Jorge Luis: Deberes Fundamentales del Estado (comentario al artículo 44 de la Constitución). En: *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, T. I., 2da Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos. Arts. 200º al 204º del Código Procesal Penal", En: *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, ARA Editores, Lima, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: "Dictamen sobre aplicación del delito de tráfico de influencias del art. 400 del código penal peruano las conversaciones mantenidas entre representantes de la empresa Lucchetti Perú S.A. y el asesor gubernamental Sr. Montesinos Torres", En: *Delitos Contra la Administración Pública*, T.I, ARA Editores, Lima, 2013.
- NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente: "La Configuración Típica del Delito de Tráfico de Influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La Vendita di Fumo en el Pacto Sceleris", En: *Gaceta Penal y Procesal penal*, T. 26, Lima, Agosto, 2011.

- PAZ PANDURO, Moisés N.: "Aproximación al delito de tráfico de influencias", En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 8, Nro. 64, Trujillo, Junio, 2006.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: "Estudio dogmático de los delitos de cohecho y perspectivas político criminales", En: *Delitos Contra la Administración Pública*, Idemsa, Lima, 2013.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro: "¿Una historia sin fin? La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias", En: *Ius et Veritas*, Año XIV, Nro. 28, Lima, Julio, 2004.
- RODRIGUEZ DELGADO, Julio A.: "El Final de la Historia: iel interesado en el tráfico de influencias es impune!", En: *Ius Et Veritas*, Año XVI, Nro. 33, Lima, 2006.
- ROJAS VARGAS, Fidel: "Delitos contra la Administración Pública: Generalidades", En: *La Imputación del Delito y de la Pena en los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos*, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2014.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: El Ministerio Público y el Proceso Penal en las Sentencias del Tribunal Constitucional. En: *Anuario de Derecho Penal 2009. La Reforma del Derecho Penal y Procesal Penal en el Perú*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009.
- VELÁSQUEZ V., Fernando: Informe, En: *Delitos Contra la Administración Pública*, T.I, ARA editores, Lima, 2013.