

los fraudes alimentarios", en Cuadernos de Derecho Judicial (36), 1994, p. 46; Sánchez García De Paz, María Isabel: El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Valladolid, 1999, pp. 67 ss. y Martínez-Buján Pérez, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa, Parte General, 3ª ed., Valencia 2011, p. 1971.

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

III. DECISIÓN

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

ACORDARON:

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

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

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

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
LOLI BONILLA

EL TIPO PENAL DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

COMENTARIO AL ACUERDO PLENARIO
N.º 3-2015/CJ-116

PAUL MENDOZA VAEZ ^(*)

SUMARIO:

I. Preliminares. II. Bien Jurídico. III. Elementos objetivos y consumación del tipo penal. IV. La intervención delictiva en el Tráfico de Influencias. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. PRELIMINARES

La interpretación de los elementos del tipo penal de tráfico de influencias ha generado interminables discusiones por parte de la academia de Derecho Penal, incluso después de haberse emitido el Acuerdo Plenario N.º 3-2015/CJ-116 de fecha 02 de octubre del 2015, que en apariencia da solución a dos puntos problemáticos: la discusión de la intervención del tercero interesado en éste tipo penal y la legitimación de la modalidad del tráfico de influencias simuladas; se considera que la dación de este Acuerdo Plenario ha generado más dudas que respuestas sobre el primer punto problemático. Siendo que hoy en día aún no es pacífica la cuestión de la interpretación de los elementos de este tipo penal, se presentan algunos breves apuntes que más que zanjar el tema

^(*) Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Miembro del Equipo especial de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

de discusión pretende poner en evidencia que aún hay muchos puntos que no han sido desarrollados con el rigor necesario, así como tampoco se han tejido propuestas sólidas en todas sus aristas. Se quiere, entonces, con ánimo de provocación- continuar con el debate que se considera aún tiene para largo recorrido.

Se comenzará señalando que el tipo penal de tráfico de influencias se encuentra regulado en el Art. 400 del Código penal, con el siguiente tenor literal:

"Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recíbe, 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".

Algunos de los puntos que aún no han encontrado consenso en el análisis del tráfico de influencias son: i) el bien jurídico protegido y la legitimación de la modalidad de tráfico de influencias simuladas; ii) los elementos objetivos del tipo penal y el momento de su consumación; y iii) los distintos supuestos de intervención delictiva y el título de intervención del tercero interesado.

II. BIEN JURÍDICO

El tráfico de influencias es un tipo penal situado en el capítulo de los delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos,⁽¹⁾ por ende, de manera genérica, se trata de evitar que con los actos de ejercicio de influencias se ponga en peligro el correcto funcionamiento del tercero interesado.

⁽¹⁾ Ubicación que consideramos errada, dado que el tipo penal regula el comportamiento del traficante de influencias que puede ser cualquier persona, no necesariamente un funcionario o servidor público.

namiento de la Administración pública. Sobre este punto no hay mayor disenso, siendo lo discutible determinar cuál es el ámbito de la Administración pública que, en concreto, se afecta o pone en peligro.

Una primera opinión considera que el bien jurídico protegido, en específico, es la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones públicas dentro del marco de un bien jurídico más general de correcto funcionamiento de la Administración pública.⁽²⁾

Por otro lado, una segunda opinión refiere que es de considerar como bien jurídico protegido la preservación del prestigio y el regular funcionamiento de la Administración pública, específicamente de la administración de justicia jurisdiccional-administrativa.⁽³⁾

A modo de opinión, el bien jurídico específico que se protege en el tipo penal de tráfico de influencias es el prestigio que posee y debe mantener la Administración pública y Administración de justicia. Cuando el traficante de influencias ofrece o acepta al interesado interceder ante un funcionario público a cambio de una ventaja, lo que está haciendo es afirmar que la Administración pública y de justicia son entidades en donde los procesos judiciales o administrativos pueden solucionarse sin necesidad de recurrir a la vía legal, sino que también se pueden solucionar mediante vínculos de amistad, familiaridad, políticos o de cualquier otra índole, incluso con actos de corrupción que excluyen el correcto procedimiento legal. En definitiva, se da el mensaje de que la Administración pública y de justicia son entidades que se pueden comprar, no necesariamente con dinero, sino también con influencias o a cambio de favores.

Ahora bien, uno puede preguntarse: ¿acaso en nuestra realidad judicial no existen actos de corrupción, acaso no se han detectado procesos judiciales o administrativos que intentaron resolverse por medio del pago de coimas o prebendas? ¿Claro que existen, no se pretende hacer un análisis de espaldas a la realidad. Entonces, aun siendo conscientes de ello, ¿por qué se sostiene que el bien jurídico es el prestigio y buena imagen de la Administración pública y de justicia? La respuesta es sencilla, aun cuando el prestigio de nuestra Administración pública no es el mejor

⁽²⁾ HERRERA GUERRERO, Mercedes, "El delito de tráfico de influencias simuladas. Comentarios a la Casación N.º 374-2015/Lima". En: *Actualidad Penal*, N.º 19, Pacifico, Lima, 2016, p. 90.

⁽³⁾ Rojas Vargas, Fidel, *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Nomos y Thesis, Lima, 2016, p. 370.

modelo a seguir, se considera que no debe lucrarse u obtenerse cualquier tipo de beneficio a costa de manchar el nombre de la Administración pública y de justicia. Una cosa es afirmar que en el país la Administración pública y de justicia no tienen la mayor aceptación ni son las más prestigiosas entidades, y otra distinta es sacar provecho de esa situación. El vendedor de influencias con su accionar no solo afirma que la Administración pública no tiene un buen prestigio, sino que, además, banaliza a esta institución y hace pasar como algo normal el hecho de que se puedan resolver los procesos judiciales y administrativos por medio del ejercicio de las influencias. El vendedor de influencias lucha y obtiene un beneficio a costa del nombre de la Administración pública y de justicia; justamente con la posición que asumida se pretende que se evite ver a la Administración pública como un ente endeble, transable y vendible.

Si bien la ocurrencia de actos aislados de corrupción afecta o lesionan el normal funcionamiento de la Administración de justicia, ello no significa que desaparezca el interés fundamental de pretender preservar el prestigio y normal desenvolvimiento de la misma. Si no se trata de preservar y cautelar este aspecto fundamental en la organización estatal, simplemente no hay Estado Democrático de Derecho. La preservación de este interés es conatural al mantenimiento del Estado Democrático de Derecho.⁽⁴⁾

Respecto a la tesis de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública como posible bien jurídico a proteger, se cree que resulta incorrecta esta idea, dado que el tipo penal se consuma mucho antes de que el traficante de influencias interceda ante un funcionario o servidor público. Si bien se argumenta que el tráfico de influencias es un tipo penal de peligro abstracto,⁽⁵⁾ por lo que no sería necesario afectar directamente la impar-

cialidad de la función pública, sino solo ponerla en peligro, se cree también que cuando este tipo penal se consuma –ni siquiera llegado a este estado– se pone en peligro a la imparcialidad de la Administración pública.

Es cierto, también, que cuando el traficante de influencias ofrece al interesado para interceder ante un funcionario o servidor público, lo que está haciendo es afirmar que ese funcionario o servidor público, con quien rendiría una supuesta influencia, es un sujeto que potencialmente estaría dispuesto a quebrantar su imparcialidad al momento de resolver o emitir opinión en un proceso, con esto podría pensarse que si se pone en peligro la imparcialidad de los funcionarios o servidores públicos. No obstante, lo correcto es valorar qué bien jurídico se afecta o pone en peligro en el momento en que se consuma un tipo penal, por lo que los actos de ofrecimiento que el traficante de influencias realiza y que se consuma con la mera obtención de la promesa o recibimiento de la ventaja que entrega el interesado, no afectan ni ponen en peligro *per se* a la imparcialidad de los funcionarios públicos; podrían ponerse en peligro si quiera cuando el traficante de influencias comienza a realizar los actos de intercesión ante el funcionario o servidor público, no así con la mera invocación de sus influencias. Entonces, si el traficante comienza a poner en marcha su intercesión ante un funcionario o servidor público, sea mediante entrevistas o cualquier tipo de interacción, solo a partir de ahí podría ponerse en peligro a la imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos, sin embargo, estos actos serían post-consumativos, los cuales resultarían irrelevantes a efectos de configurar el tipo penal de tráfico de influencias.

Por otro lado, con la posición que se asume, da lo mismo si el traficante de influencias tiene realmente las influencias o no, por lo que, incluso, tanto en la modalidad de tráfico de influencias reales como simuladas, el bien jurídico es el mismo. Se rechaza de esta manera aquella posición que señala que el tráfico de influencias simuladas no debería ser punible,⁽⁶⁾ entendiéndose que esa opinión se esboza a

(4) SALINAS SUCENA, Ramiro, "Tráfico de influencias y la Casación del caso Aurelio Pastor". En: *Actualidad Penal*, N.º 19, Pacheco, Lima, 2016, p. 44.

(5) Para REAÑO PESCHERA el objeto de protección ha de concretarse en la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de funciones públicas, interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin duda, este bien jurídico es tutelado a través de un delito de peligro abstracto, en el que la criminalización del tráfico de influencias importa el adelantamiento de barrera punitiva a un estado previo a la lesión del bien jurídico, pues su consumación no exige la materialización de la intercesión. *Véase* REAÑO PESCHERA, José Leonardo, "Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos. Especial referencia a la calidad del interesado en el Tráfico de Influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?". En: *Temas de Derecho Penal*, Legales, Lima, 2012, p. 311.

(6) Esta posición señala que en el delito de tráfico de influencias simuladas no hay una referencia clara, directa, perceptible al bien jurídico de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas dentro del marco del correcto funcionamiento de la Administración pública, de tal suerte que nos encontramos frente a una modalidad ilegítima, que no supera los baremos que impone el principio de lesividad. *Véase* HERRERA GUERRERO, "El delito de tráfico de influencias simuladas. Comentarios a la Casación N.º 374-2015/Lima", *etc.*, p. 92.

partir de creer que el bien jurídico en el tráfico de influencias es la imparcialidad de los funcionarios o servidores públicos.

Al respecto, sobre el bien jurídico en el tráfico de influencias simuladas, el Acuerdo Plenario N.º 3-2015/CJ-116 ha referido que:

"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 (...)."

En consecuencia, no se ha considerado oportuno desdibujar la 'venta de humo', pues desde una perspectiva de prevención general positiva, esta medida fraudulenta de tráfico mantiene importancia en el ámbito social. Asimismo, se esclarece la idea de que el núcleo de la conducta es la solicitud o recepción de una ventaja o beneficio de cualquier orden, asociado con la 'contraprestación' real o ideal del ofrecimiento de interceder ante el funcionario que haya conocido, conozca o vaya a conocer un asunto administrativo o judicial.⁽⁷⁾

Se considera correcta la posición asumida por la Corte Suprema en este punto, pero se agregaría también que incluso en la modalidad de tráfico de influencias reales se protege el prestigio y buen nombre que tiene y debe mantener la Administración pública y de justicia.⁽⁸⁾ "Invocar influencias reales o simuladas con el ofrecimiento serio o no de interce-

der ante un funcionario o servidor público, supone hacer comprender al tercero que éste es corruptible, y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la Administración pública".⁽⁹⁾

Existe una posición que considera que lo que realmente se protege en el tráfico de influencias es la institucionalidad de la Administración pública, así refieren que la norma penal del Art. 400 del CP sanciona la lesión efectiva de la "institucionalidad de la Administración pública", definida como el interés estatal en prevenir conductas que muestren a la Administración pública como un ente endeble e influenciable, y se trata de un interés acorde con el modelo de organización social propio de un Estado Constitucional de Derecho.⁽¹⁰⁾

Esta última posición guarda coherencia y semejanza con la idea de prestigio y buena imagen que posee la Administración pública, en tanto se le busca evitar ver como una entidad susceptible de ser comprada o influenciada; no obstante, su contenido es mucho más amplio y ético, casi equiparable al concepto de correcto funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico genérico, es por ello que, a fin de delimitar el objeto de protección específico, se reafirma la posición de que el bien jurídico que debe protegerse en el tráfico de influencias es el prestigio y la buena imagen que posee y debe mantener la Administración pública y de justicia.

III. ELEMENTOS OBJETIVOS Y CONSUMACIÓN DEL TIPO PENAL

El tráfico de influencias, de acuerdo a su redacción legal, es un tipo penal que a pesar de tener varios verbos rectores y posibles formas de configuración, es muy limitado en su interpretación y aplicación, esto desde luego obedece a una mala técnica legislativa.⁽¹¹⁾

⁽⁷⁾ REYES SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Jurista Editores, 2ª ed., Lima, 2017, p. 981.

⁽⁸⁾ Así también la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación N.º 734-2015 - Lima, de fecha 11 de noviembre de 2015 - "Caso Aurelio Pastor", en su fundamento Décimo Quinto establece que: "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 ésta. Lo más correcto es que proteja la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediana su regular funcionamiento (...)."

⁽⁹⁾ SAINAS SICCHA, "Tráfico de influencias y la Casación del caso Aurelio Pastor", *cit.*, p. 43.

⁽¹⁰⁾ GUIMARAY MORA, Erick, "El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad". En: *Ensayos críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2012, p. 108.

⁽¹¹⁾ HURTADO POZO, señala que a la imprecisión del lenguaje hay que agregar el hecho de que la vida social es mucho más fecunda en la producción de comportamientos y relaciones que la imaginación del más previsor de los legisladores. Así, la comprensión de la norma y la determinación de los hechos que se han de juzgar no corresponden al tradicional silogismo jurídico, utilizado para explicar la aplicación de la Ley a un caso concreto. El deficiente entendimiento del Art. 400 -como si previera un solo

El comportamiento típico se encuentra medianamente delimitado, lo que no se encuentra exento de dudas es el momento en que se produce la consumación. Si se analiza el tipo penal, se observará que solo se regula el comportamiento del traficante de influencias, no así el comportamiento del tercero interesado; no obstante, nada impide que a este último se le pueda sancionar con atención a las reglas de la parte general.

De esta manera, en apariencia, el tráfico de influencias podría darse desde dos direcciones: la primera, cuando es el traficante quien ofrece al interesado para interceder ante un funcionario o servidor público a cambio de la entrega o promesa de una ventaja o beneficio; la segunda, cuando es el tercero interesado quien ofrece al traficante para que interceda ante un funcionario o servidor público a cambio de la entrega o promesa de una ventaja o beneficio.

A partir de esta posibilidad de configuración en dos direcciones, se analiza el comportamiento del traficante en específico, al respecto el tipo penal contiene los siguientes verbos rectores:

- Invocar o tener influencias.
- Recibir, hacer dar o prometer.
- Ofrecimiento de interceder.

En relación a los primeros verbos 'invocar' o 'tener influencias', se refiere que el agente cita o aduce tener influencias con la finalidad de que el tercero interesado le entregue o le realice la promesa de entregarle un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio. Es irrelevante penalmente si la influencia que invoca el sujeto activo es real o simulada, en ambos casos se evidencia la conducta típica. De igual modo, basta que el agente haya hecho uso de la influencia que tiene o evidencia tener para lograr que el tercero interesado le entregue donativo u otra ventaja o le prometa hacerlo en un futuro cercano.⁽¹²⁾

comportamiento delictuoso- muestra el descuido con el que son analizadas este tipo de disposiciones legales. No se trata de un tipo de tráfico de influencias, sino de varias formas de puestas en el mismo nivel de represión. Hurrado Pozo, José, "Delito de tráfico de influencias: Art. 400 CP del Perú". En: *El sistema de control penal. Derecho penal parte general y especial, política criminal y sanciones penales*, Pacifico, Lima, 2016, p. 632.

⁽¹²⁾ SALINAS SICCIA, "Tráfico de influencias y la Casación del caso Aurelio Pastor", *cit.*, p. 28.

Una cuestión que debe quedar en claro es que el traficante que 'invoca' las influencias actúa por iniciativa propia, esto es, el traficante de influencias pone en conocimiento del interesado las influencias que realmente o aparentemente tiene, distinto es la alusión del verbo 'tener' influencias; en este supuesto, no necesariamente es el traficante quien actúa por su propia iniciativa, aquí puede darse el caso en que el interesado, que ya tiene conocimiento de las influencias que posee el traficante, le propone usar dichas influencias.

En relación a los verbos 'recibir', 'hacer dar' o 'prometer' no se encuentra ningún problema de análisis. Mediante el uso del verbo recibir el legislador ha pensado, en primer lugar, que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja; hacer dar se traduce en el hecho de que el agente-traficante, invocando tener influencias, logra que el tercero interesado le dé o facilite un donativo u otra ventaja o beneficio; en cambio, la modalidad materializada por el verbo prometer significa que el agente invocando tener influencias logra que el tercero interesado le ofrezca, proponga, pacte o prometa la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole en un futuro cercano.⁽¹³⁾

En esta perspectiva se puede entender el Art. 400, primero en el sentido de que, por un lado, el agente recibe del tercero la ventaja para su beneficio personal y, por otro, hace que el tercero dé o que prometa conceder una ventaja a otra persona -no puede pensarse que se trate de hacer prometer que haga una promesa de dar a un tercero-; segundo, en el sentido de que la acción de recibir también está relacionada con la expresión "para sí o para otro", lo que significa, entonces, que el agente puede recibir la ventaja tanto para su beneficio personal como para entregarla a un tercero. Sin embargo, en ese caso no aparece claro que el agente se haga dar por el tercero la ventaja a sí mismo, pues no es diferente de que la reciba (primera forma verbal).⁽¹⁴⁾

De no producirse la entrega del donativo, la prestación de la ventaja o la dación de promesas, los actos de invocación de influencias y el ofrecimiento de interceder así se lleve a la práctica este último, no adquirirán la relevancia penal requerida por el delito de tráfico de influencias. Ya que

⁽¹³⁾ SALINAS SICCIA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Griley, 3ª ed., Lima, 2014, p. 591.

⁽¹⁴⁾ Hurrado Pozo, "Delito de tráfico de influencias: Art. 400 CP del Perú", *cit.*, p. 614.

se trata de un delito de corrupción donde la compra de la influencia es determinante para radicar tipicidad.⁽¹⁵⁾ La intercesión gratuita ante un funcionario o servidor público no es punible, necesariamente debe darse o prometerse una ventaja o beneficio que tampoco es necesario que tenga connotación económica.

Respecto al comportamiento del traficante al que se refiere la frase “con el ofrecimiento de interceder”, se estima que con esta redacción se genera un serio problema de aplicación del tipo penal, esto porque corta con la configuración bidireccional al cual se hizo referencia, pues el “ofrecimiento de interceder” solo puede ser realizado por el traficante.

El ofrecimiento de intercesión lo hace el traficante al interesado, a fin de obtener de éste una ventaja o beneficio. De esta manera, es impensable que el tercero interesado proponga al traficante el ofrecimiento a sí mismo de interceder ante un funcionario o servidor público, lo que puede hacer el interesado es ofrecerle al traficante para que interceda ante el funcionario o servidor público, con lo que el traficante se limitaría a aceptar o rechazar tal proposición, esto trae problemas a nivel de instigación, como más adelante se explicará.

Así, la frase “con el ofrecimiento de interceder” corta el carácter bidireccional, esto es, en definitiva, el tráfico de influencias tal cual se encuentra regulado solo es posible que se configure cuando es el traficante de influencias quien desde un inicio ofrece al interesado para interceder ante el funcionario público, limitación que se hubiese superado si el tipo penal dijese “con el ofrecimiento o aceptación de interceder”.

Ahora bien, la intercesión que ofrece el traficante puede versar sobre pretensiones absolutamente justas o sobre gestiones manifestamente ilegales, pues no se sanciona la efectiva influencia; de ahí que pueda hablarse de un “tráfico de influencias propio”, cuando el traficante se compromete a influir sobre una pretensión ilegal, y de un “tráfico de influencias impropio”, cuando el traficante se compromete a influir en un funcionario sin hacerlo declinar de sus deberes.⁽¹⁶⁾

⁽¹⁵⁾ Rojas Vargas, Fidel, “Tráfico de influencias y la posibilidad del agente de interceder a cambio de medio corruptor”, En: *Derecho Penal práctico procedi y disciplinario. Dogmática y argumentación*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 353.

⁽¹⁶⁾ Guzmán Mori, “El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad”, *cit.*, p. 109.

El tráfico de influencias va más lejos de la afectación (efectiva) del ejercicio funcional, pues para el injusto punible –la venta o la compra de posibilidades de influir en un funcionario público– no se necesita ni la realización efectiva de una actividad del funcionario a favor del comprador, ni tampoco el conocimiento del funcionario público respecto del tráfico realizado.⁽¹⁷⁾ En ese sentido, se estima que el momento consumativo del tipo penal sucede cuando el interesado acepta el ofrecimiento que le realiza el traficante y le entrega o promete dar un donativo, ventaja o beneficio de cualquier índole.⁽¹⁸⁾

En lo que respecta a la modalidad agravada del tráfico de influencias, cabe resaltar que el sujeto activo, a diferencia de la modalidad básica, tiene una especial vinculación con el bien jurídico protegido, pues se encuentra dentro de la estructura de la Administración pública, lo cual le da acceso especial para perturbar el bien jurídico.⁽¹⁹⁾ No obstante, cabe aclarar que esta vinculación que puede tener el funcionario o servidor público con el bien jurídico, no cambia en nada la estructura del tipo penal, que en esencia es un delito de dominio u organización.

Entonces, un funcionario o servidor público que si bien puede tener notables influencias dentro de la Administración pública y de justicia, no actúa en infracción del ejercicio de sus funciones o cargo, sino que lo hace como si fuese un particular más; se entiende que, la agravante se fundamenta en tanto su condición de funcionario o servidor público tiene más facilidades para influir en otros funcionarios. Con todo, se considera que el tipo penal debería ser dividido en dos partes, dependiendo de la calidad del traficante de influencias, siendo que si se trata de un particular debería tipificarse una primera modalidad ubicada en el capítulo de delitos cometidos por particulares, manteniéndose solo el

⁽¹⁷⁾ Abanto Vasquez, Manuel, “Acerca del mercedimiento de pena del tráfico de influencias”, En: *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2014, p. 809.

⁽¹⁸⁾ De igual parecer Reaño Peschiera, para quien el tráfico de influencias debe considerarse consumado en el momento de conclusión del acuerdo de intercesión, esto es, cuando el interesado acepta el ofrecimiento del traficante y entrega la ventaja pactada como contraprestación, o bien promete entregársela, pues en dicho instante se defraudan las expectativas institucionalizadas en el precepto normativa. Vid. Reaño Peschiera, José Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 71.

⁽¹⁹⁾ Montoya Vivanco, Yvan, *Manual sobre delitos contra la administración pública*, IDEHPUCR, Lima, 2015, p. 143.

Desde antes de que se emitiera el presente Acuerdo Plenario, ya un sector importante de la doctrina afirmaba que el tercero interesado podía ser sancionado con el título de instigador e incluso como cómplice, así para REAÑO PESCHIERA el interesado también puede ostentar la calidad de instigador del delito de tráfico de influencias. Efectivamente, ello ocurre cuando se solicita la intercesión del titular de las influencias, a sabiendas del dominio material que éste ejerce en determinado ámbito público. La consideración del interesado como instigador, en estos casos, no implica desconocer que solo el comportamiento del traficante es idóneo para cumplir el requisito de lesividad.⁽²²⁾

De distinta opinión, RODRÍGUEZ DELGADO refiere que en este tipo de delitos no puede haber un cómplice, lo único que puede presentarse como forma de responsabilizar a una persona que no sea el traficante es cuando realice actos de instigación, la misma que deberá establecer la determinación del instigador sobre el instigado, sin la cual este último no hubiese realizado la conducta ilícita.⁽²³⁾ Este autor refiere que en el tráfico de influencias al tratarse de un delito de encuentro, el comportamiento del interesado no debería ser punible, en tanto dicho comportamiento es necesario para la configuración del tipo penal, cuyo núcleo esencial ya se encuentra abarcado por el comportamiento del traficante de influencias; no obstante, señala que la regla general de impunidad del partícipe contiene dos excepciones: la primera, cuando el solicitante se 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. En el caso del texto legal, el legislador no ha castigado expresamente el comportamiento del partícipe necesario como punible, a pesar de que para otro grupo de delitos lo ha establecido de forma expresa.⁽²⁴⁾

⁽²²⁾ REAÑO PESCHIERA, *cit.*, p. 318.

⁽²³⁾ RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, "El solicitante en las influencias traficadas, ¿todos son culpables?". En: *Temas de Derecho Penal*, Legales, Lima, 2012, p. 345.

⁽²⁴⁾ RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, "El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune?". En: *Temas de Derecho Penal*, Legales, Lima, 2012, p. 382.

A modo de opinión, se considera que el interesado no puede ser instigador por los siguientes motivos: Primero, que la instigación supone hacer nacer la idea criminal en el ejecutor del delito, pero el comportamiento típico de esta ejecución no puede recaer en la persona misma del instigador, *vgr.* nadie puede instigar a otra persona a que le robe a sí mismo; siguiendo esta lógica el vendedor de influencias invoca estas influencias precisamente ante el tercero interesado, luego, este último no podría instigar al traficante de influencias para que le invoque sus influencias a sí mismo. Segundo, tampoco el interesado podría instigar a que el traficante de influencias le ofrezca interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. El ofrecimiento de interceder debe ser a iniciativa del traficante de influencias, de lo contrario, si es el interesado quien propone al traficante de influencias la intercesión ante un funcionario o servidor público, el traficante solo se limitaría a aceptar o rechazar la proposición; en definitiva, ninguno de estos comportamientos es equivalente a un acto de ofrecimiento.

Mayor cuestionamiento merece la opinión de la Corte Suprema cuando considera como instigación los casos en que el autor ya se encuentra decidido a vender las influencias al tercero interesado, y este último se limitara a reforzar la resolución criminal del autor. Con este razonamiento termina desnaturalizándose la institución de la "instigación" que, en esencia, significa determinar o hacer nacer la idea criminal en el autor, de ninguna manera esto puede equipararse a "reforzar" una decisión preconcebida.

Con esto, se llega a la conclusión de que la instigación por parte del tercero interesado es materialmente imposible que se dé, dada la manera en que ha sido redactado el tipo penal. Si bien el interesado puede determinar al traficante de influencias para que interceda ante un funcionario o servidor público, esto termina siendo insuficiente, pues del análisis del tipo penal "a manca de candado" se desprende como elemento objetivo que esta intercesión sea por el ofrecimiento del traficante de influencias, esto es, a iniciativa suya.

Ahora bien, si el interesado no puede ser instigador, ¿cabría afirmar que puede ser cómplice?, se estima afirmativa esta interrogante. El fundamento es el siguiente, el tercero interesado no puede ayudar al traficante de influencias a "invocar sus influencias" ni tampoco a "ofrecerse a interceder ante un funcionario público", pero sí puede ayudar a "recibir,

'hacer dar' o 'prometer' para sí o para un tercero un donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio.

En efecto, a diferencia de los verbos "invocar", "ofrecer" o "interceder", los cuales solo puede realizar el vendedor de influencias por sí mismo, los verbos "recibir", "hacer dar" o "prometer" deben materializarse de manera bilateral, esto es, el vendedor de influencias debe realizar cualquiera de estos comportamientos, pero solo podrá realizarlo en tanto también intervenga el interesado, de esta manera, el traficante de influencias solo puede recibir el beneficio en tanto el interesado le entregue o prometa entregar aquel beneficio. Entonces, el acto de complicidad o ayuda por parte del interesado no es realizar los verbos rectores por sí mismo, pues lógicamente estos comportamientos están pensados para el autor, sino en tanto tales comportamientos tengan una extensión contraria o negativa "como dos caras de la misma moneda" que inevitablemente se traducirá en la configuración de tales verbos rectores por parte del autor.

De manera que, ya sea que el tercero interesado es quien solicita al traficante de influencias o acepta la proposición de éste para interceder ante un funcionario o servidor público a cambio de la entrega o promesa de una ventaja, el título de imputación que debe atribuírsele es el de complicidad. Se rechaza la instigación porque dada la regulación del tipo penal, es manifestamente imposible que el tercero interesado determine al traficante a que le invoque a sí mismo interceder ante un funcionario o servidor público, en consecuencia, aun cuando sea el interesado quien ofrezca al traficante la intercesión, éste deberá ser computado como cómplice, en tanto con su comportamiento ayuda 'dando o prometiendo' un beneficio o ventaja económica al traficante.

De manera similar, aunque limitándolo a los casos en que el interesado es quien acepta la proposición de interceder del vendedor de influencias, SALINAS SICCIA refiere que si el tercero interesado acepta la propuesta del traficante, se convierte automáticamente en un cómplice primario, debido a que sin su aporte no se podría cometer el delito, o mejor, no podría llegar la conducta a su grado de consumación.⁽²⁵⁾ En la misma línea, Arismendiz Amaya considera que el interesado en el delito de tráfico de influencias deberá responder como cómplice primario, en

⁽²⁵⁾ SALINAS SICCIA, Ramiro, "El delito de tráfico de influencias y el Acuerdo Plenario N.º 3-2015/CJ- 116". En: *Actualidad Penal*, N.º 26, Pacífico, Lima, 2016, p. 166.

la medida que haya aceptado la oferta del traficante de influencias, ya sea en su vertiente real o simulada, por cuanto su aporte es necesario en la medida que su accionar está vinculado con los medios corruptores, dándola, ventaja o beneficio.⁽²⁶⁾ Así, incluso quienes consideran que el bien jurídico es la imparcialidad de la Administración pública, aceptan que el interesado puede ser cómplice.⁽²⁷⁾

V. CONCLUSIONES

En primer lugar, en estos breves apuntes se ha intentado cuestionar algunas ideas que se tenían por válidas en el delito de tráfico de influencias, tales como que el bien jurídico protegido es la imparcialidad de la función pública, que es posible la configuración del tipo penal cuando es el tercero interesado quien ofrece al traficante interceder ante un funcionario o servidor público a cambio de la entrega o promesa de una ventaja, o que el tercero interesado debería ser sancionado a título de instigación.

Finalmente, no se pretende imponer que la interpretación que aquí se realizó sea tomada como una verdad incuestionable, pues es claro de que la doctrina penal se desarrolla en cuanto las ideas sean confrontadas entre sí, debiendo mantenerse la interpretación más razonable y fundada en derecho. Asimismo, se estima que en el delito de tráfico de influencias, a pesar de haberse emitido distintos pronunciamientos de la Corte Suprema, el debate sobre sus elementos típicos aún se encuentra abierto a discusión y pasible de desarrollarse nuevas interpretaciones.

⁽²⁶⁾ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, "La intervención delictiva del interesado a título de cómplice primario A propósito del Acuerdo Plenario N.º 03-2015/CJ-116". En: *Actualidad Penal*, N.º 26, Pacífico, Lima, 2016, p.198

⁽²⁷⁾ REAÑO PESCHIERA, refiere que, en todo caso, el interesado que acepta la oferta es cómplice primario del traficante de influencias, cuyo comportamiento coloca en situación de riesgo la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública en la medida que dichas influencias sean reales. *Vid.* REAÑO PESCHIERA, *cit.*, p. 317.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANTO VÁSQUEZ, Manuel, "Acercas del merecimiento de pena del tráfico de influencias". En: *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2014.
- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, "La intervención delictiva del interesado a título de cómplice primario. A propósito del Acuerdo Plenario N.º 03-2015/CJ-116". En: *Actualidad Penal*, N.º 26, Pacífico, Lima, 2016.
- GUMARAY 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*, IDEHPUCR, Lima, 2012.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes, "El delito de tráfico de influencias simuladas. Comentarios a la Casación N.º 374-2015/Lima". En: *Actualidad Penal*, N.º 19, Pacífico, Lima, 2016.
- HURTADO POZO, José, "Delito de tráfico de influencias: artículo 400 CP del Perú". En: *El sistema de control penal. Derecho penal. Parte General y Especial, política criminal y sanciones penales*, Pacífico, Lima, 2016.
- MONTORO VIVANCO, Yvan, *Manual sobre delitos contra la administración pública*, IDEHPUCR, Lima, 2015.
- REANO PASCHIERA, José Leandro, "Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montresinos. Especial referencia a la calidad del interesado en el Tráfico de Influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?". En: *Temas de Derecho Penal*, Legales, Lima, 2012.
- Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Jurista Editores, Lima, 2009.
- REATEGUI SANCHEZ, James, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Jurista Editores, 2ª ed., Lima, 2017.
- RODRIGUEZ DELGADO, Julio, "El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune?". En: *Temas de Derecho Penal*, Legales, Lima, 2012.
- "El solicitante en las influencias traficadas, ¿todos son culpables?". En: *Temas de Derecho Penal*, Legales, Lima, 2012.
- ROJAS VARGAS, Fidel, "Tráfico de influencias y la posibilidad del agente de interceder a cambio de medio corruptor". En: *Derecho Penal práctico procesal y disciplinario. Dogmática y argumentación*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Nomos y Thesis, Lima, 2016.
- SALINAS SUCCHA, Ramiro, "El delito de tráfico de influencias y el Acuerdo Plenario N.º 3-2015/CJ-116". En: *Actualidad Penal*, N.º 26, Pacífico, Lima, 2016.
- "Tráfico de influencias y la Casación del caso Aurelio Pastor". En: *Actualidad Penal*, N.º 19, Pacífico, Lima, 2016.
- Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, 3ª ed., Lima, 2014.