



UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

LA ACCIÓN TÍPICA EN EL DELITO TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y SU RELACION CON LA TENTATIVA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PERUANA

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención: Ciencias Penales

ESTEPHANY BRIGITE MÉNDEZ ZELAYA

Asesor: **Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO**

Huaraz - Ancash – Perú

2023

Nº de Registro: **T0926**





UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION PRESENCIAL DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en acto público en el Auditorio de la Sala de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por la:

Bachiller : **ESTEPHANY BRIGITE MENDEZ ZELAYA**

Título : **"LA ACCIÓN TIPICA EN EL DELITO TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y SU RELACION CON LA TENTATIVA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PERUANA"**

Después de haber escuchado la sustentación, las respuestas a las preguntas y observaciones finales, la declaramos:

APROBADO, con el calificativo de BUENO (15)

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestro en **DERECHO** con mención en **CIENCIAS PENALES**, a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 13 de abril del 2022

Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
PRESIDENTE

Mag. Víctor Efraín Flores Leiva
SECRETARIO

Dr. Elmer Robles Blacido
VOCAL

Anexo de la R.C.U N° 126 -2022 -UNASAM
ANEXO 1
INFORME DE SIMILITUD.

El que suscribe (asesor) del trabajo de investigación titulado:

Presentado por: _____

con DNI N°: _____

para optar el Grado de Maestro en:

Informo que el documento del trabajo anteriormente indicado ha sido sometido a revisión, mediante la plataforma de evaluación de similitud, conforme al Artículo 11 ° del presente reglamento y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de : de similitud.

Evaluación y acciones del reporte de similitud para trabajos de investigación, tesis posgrado, textos, libros, revistas, artículos científicos, material de enseñanza y otros (Art. 11, inc 2 y 3)

Porcentaje	Evaluación y acciones	Seleccione donde corresponda
Del 1 al 20%	Esta dentro del rango aceptable de similitud y podrá pasar al siguiente paso según sea el caso.	
Del 21 al 30%	Devolver al autor para las correcciones y se presente nuevamente el trabajo en evaluación.	
Mayores al 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, quien a su vez eleva el informe a la autoridad académica para que tome las acciones correspondientes; sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a Ley.	

Por tanto, en mi condición de **Asesor responsable**, firmo el presente informe en señal de conformidad y adjunto la primera hoja del reporte del software anti-plagio.

Huaraz,



FIRMA

Apellidos y Nombres: _____

DNI N°: _____

Se adjunta:

1. Reporte completo Generado por la plataforma de evaluación de similitud

NOMBRE DEL TRABAJO

TESIS DRA ESTEFANY.docx

AUTOR

ESTEPHANY BRIGITE MÉNDEZ ZELAYA

RECUENTO DE PALABRAS

26452 Words

RECUENTO DE CARACTERES

142837 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

125 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

190.4KB

FECHA DE ENTREGA

Aug 14, 2023 2:54 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Aug 14, 2023 2:56 PM GMT-5

● 19% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 18% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 13% Base de datos de trabajos entregados
- 3% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

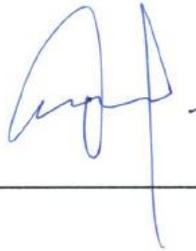
- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 15 palabras)

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor

Luis Wilfredo Robles Trejo

Presidente



Magister

Víctor Efraín Flores Leyva

Secretario



Doctor

Elmer Robles Blácido

Vocal



ASESOR

Doctor Elmer Robles Blácido



AGRADECIMIENTO

Este trabajo no hubiera sido posible sin la valiosa asesoría y orientación de mi asesor. Las limitaciones, errores e imprecisiones me pertenecen en forma exclusiva.

A mis padres, por su interminable cariño,
comprensión y apoyo en cada etapa de mi
vida.

A mi esposo por su amor infinito e
impulsarme a seguir adelante siempre.

ÍNDICE

	Página
Resumen.....	x
Abstract.....	x
INTRODUCCIÓN	1
Capítulo I	
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	5
1.1. Planteamiento y formulación del problema.....	5
1.1.1. Problema general	6
1.1.2. Problemas específicos.....	7
1.2. Objetivos.....	7
1.2.1. Objetivo general.....	7
1.2.2. Objetivos específicos	7
1.3. Justificación	8
1.3.1. Justificación teórica	8
1.3.2. Justificación práctica.....	9
1.3.3. Justificación legal	10
1.3.4. Justificación metodológica	10
1.3.5. Viabilidad.....	10
1.4. Delimitación	12

1.5. Ética de la investigación	12
Capítulo II	
MARCO TEÓRICO.....	13
2.1. Antecedentes.....	13
2.1.1. A nivel internacional.....	13
2.1.2. A nivel nacional	15
2.1.3. A nivel local.....	16
2.2. Bases teóricas	17
2.2.1. Evolución del tráfico de influencias en el Perú	17
2.2.2. Naturaleza jurídica.....	22
2.2.3. Tipicidad objetiva	24
2.2.4. Agravante.....	36
2.2.5. Bien jurídico tutelado.....	37
2.2.6. Concepto de tráfico de influencias.....	41
2.2.7. La intervención en el delito	45
2.2.8. Autoría y participación delictiva.....	46
2.2.9. Tentativa	57
2.3. Definición de términos	64
2.4. Hipótesis	66
2.4.1. Hipótesis general.....	66
2.5. Variables	66

Capítulo III

METODOLOGÍA	67
3.1. Tipo de investigación.....	67
3.1.1. Tipo de investigación.....	67
3.1.2. Tipo de diseño.....	67
3.3. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	68
3.3.1. Población	69
3.3.2. Muestra	70
3.3.3. Unidad de análisis	70
3.4. Instrumento(s) de recolección de la información	71
3.5. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información.....	72

Capítulo IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	74
4.1. Presentación de resultados.....	74
4.1.1. Resultados normativos.....	74
4.1.2. Resultados jurisprudenciales.....	78
4.2. Análisis e interpretación de los resultados	85
4.3. Discusión	88
Conclusiones	105
Recomendaciones.....	107
Referencias bibliográficas.....	108

ANEXO..... 113



RESUMEN

El objetivo del presente trabajo de investigación fue determinar cuál es el tratamiento de la acción típica en el delito tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana; en tanto se efectuó una investigación de naturaleza dogmática, transversal, explicativa, no experimental, no poseyendo para tal efecto alguna circunscripción temporal y espacial debido al tipo de investigación elaborada. La unidad de análisis estuvo compuesta por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se hizo uso de técnicas el fichaje y el análisis de contenido, considerando la utilización de instrumentos de recolección de datos tales como: las fichas de análisis de contenido y bibliográficas respectivamente. Entre los métodos empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica.

La investigación ha manifestado en base a diversos argumentos sólidos y coherentes que el ilícito penal de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, esto debido a que, para su consumación basta con el simple ofrecimiento por el agente activo de interceder ante funcionario o servidor público frente a un caso judicial o administrativa. Por ende, puede imputarse como un delito de tentativa inacabada. Ya que el tipo penal de tráfico de influencias no requiere que el funcionario o servidor público en el cual se busca influenciar exprese una resolución a favor del presunto beneficiado. Siendo doloso, no existe inconveniente alguno para la configuración de la tentativa. Ello es aplicable tanto al autor como el instigador dentro del citado tipo penal.

Palabras clave: Autoría, Influencias reales, Influencias simuladas, Participación, Tentativa, Tráfico de influencias.

ABSTRACT

The objective of the research was to determine the treatment of the typical action in the crime of influence peddling and its relation with the attempt and participation in the Peruvian doctrine and jurisprudence; for which a dogmatic, transversal, explanatory, non-experimental research was carried out, lacking the problem of temporal and spatial delimitation due to the type of research carried out. The unit of analysis was constituted by the analysis of doctrine, jurisprudence and normativity. The techniques used were the file and the content analysis, having as data collection instruments the content analysis cards respectively. Among the methods used we have the exegetic, hermeneutic, legal argumentation.

The research has demonstrated with solid and coherent arguments that the crime of influence peddling is a crime of mere activity, because, for its consummation it is enough with the simple offer by the active agent to intercede before an official or public servant in a judicial or administrative case. Therefore, it can be charged as a crime of unfinished attempt. The criminal offense of influence peddling does not require that the public official or public servant whom it is sought to influence issue a resolution in favor of the interested party. As in all intentional crimes, there is no inconvenience for the configuration of the attempt. This is applicable to both the perpetrator and the instigator within the aforementioned criminal offense.

Key words: Authorship, Real influences, Simulated influences, Participation, Attempt, Influence peddling.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad hablar de corrupción de funcionarios es un problema latente dentro de las estructuras gubernamentales de los países en el mundo. Así, las nociones de los actos de corrupción no implican un acto unilateral dirigida a una sola persona o entidad, sino que aplica a la colectividad social que incide en el ámbito político o económico de manera negativa; además, la incidencia radica en la calidad y cantidad que se puedan efectuar de la distribución de los servicios públicos, fundamentalmente a esos grupos de mayor vulnerabilidad y necesidad.

De este modo, el operativismo jurídico no ha sido ajeno a actos de corrupción a escala internacional, por lo que países como el Perú hayan creado en su interior los denominados sistemas penales anticorrupción, cuyo objetivo es cumplir aquellas consignas de investigación, juzgamiento y sanción de las “prácticas graves de corrupción”, efectuadas por “funcionarios” y “servidores públicos”, de ese modo, se debe sistematizar criterios normativos y jurisprudenciales para poder aplicar una sanción penal, sin embargo, ello no es tan cierto, incluso existen opiniones jurisprudenciales de las Salas Penales de la Corte Suprema tan disimiles, que no coadyuvan a la resolución de problemáticas de corrupción que aquejan al país, más por el contrario dejan en *stand by* la aplicación y correcta interpretación de la norma en los mismos, dando paso de cierto modo a una incertidumbre jurídica. Inclusive el Tribunal Constitucional –en adelante TC– ha referido de manera reiterativa respecto a la utilidad e importancia de naturaleza constitucional sobre la lucha contra actos de corrupción, por lo que se hace imperativo la correcta y debida interpretación de la norma aplicable a casos de connotación corruptiva.

De lo vertido, la norma penal sustantiva peruana efectúa una clasificación de los injustos penales que contravienen la administración pública cometidos por funcionarios públicos en cuatro dispositivos o supuestos legales definidos, entre ellos están: *(i)* los ilícitos penales de abuso de autoridad; *(ii)* los ilícitos penales de concusión; *(iii)* los ilícitos penales de peculado; y *(iv)* los ilícitos penales de corrupción de funcionarios. De tal modo que se ha delimitado la actuación y participación de los sujetos agentes dentro de estos supuestos típicos, el ampliar campo de acción para sujetos no comprendidos dentro de estos supuestos implica la atipicidad de una determinada hecho, pues, querer efectuar una interpretación extensiva implicaría un quebrantamiento al principio de legalidad imperante en el sistema jurídico penal del Perú.

De este modo, el presente trabajo constituye una aproximación de explicar y analizar el tratamiento de la acción típica en el injusto penal del tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana. De esa forma, y a efectos de visualizar un debido sentido al trabajo de investigación, se realizado la siguiente estructuración:

La **Introducción** que tiene como objetivo efectuar la explicación de la importancia de nuestra investigación; asimismo se dará a conocer diversos aspectos problemáticos de la investigación, dando a conocer de manera suscita el problema de investigación para poder generar una concreta posición o postura teórica para futuros trabajos de investigación que contengan alguna similitud en las variables de investigación; del mismo modo se ha señalado la estructura del trabajo que aquí se presenta.

Así mismo se tiene el **Marco teórico**, que contiene el análisis y descripción de los diversos antecedentes teóricos y jurídicos que sustentan el presente trabajo; del mismo modo, comprendió diversas nociones y conceptos de autores y juristas a efectos fundamentar el problema de investigación, la discusión y la validación de nuestra hipótesis.

Por otra parte, se ha tenido en consideración la **Metodología**, cuyo contenido de la misma involucra la descripción del tipo y diseño de investigación, así como el plan de recolección de la información y diseño estadístico. Igualmente, se señala los instrumentos de recolección de la información y lo correspondiente al plan de procesamiento y análisis de la información conseguidos en el proceso investigativo y ejecutivo de la misma.

También se presentan los **Resultados** cuyo contenido está delimitado por un sustento doctrinal, jurisprudencial y normativo, cuyo objetivo esta direccionado a analizar y explicar diversos posicionamientos de carácter dogmático sobre el problema presentado, asimismo, se tiene en cuenta aquellas trascendencias y restricciones de la regulación normativa de carácter nacional como internacional, así como los argumentos jurisprudenciales sobre la temática planteada.

Posteriormente se presenta la **Discusión** cuya finalidad ha sido establecer y explicar desde una visión crítica, los fundamentos teóricos, normativos y jurisprudenciales para dar respuesta a la problemática, objetivos e hipótesis planteadas en la investigación que se tiene a la mano los cuestionamientos a las bases teóricas.

En último lugar, se consignan las **Conclusiones** que tienen trascendencia fundamental a efectos de resumir la posición y una debida replica de todo lo expuesto en los objetivos trazados a lo largo de la investigación; del mismo modo se señalan de manera concreta las recomendaciones de la investigación, así como las referencias bibliográficas señaladas y consultadas en el proceso de investigativo.

La suscrita es consciente que se podrán advertir diversas observaciones e insuficiencias en el presente trabajo, sin embargo, y tengo el firme compromiso de corregirlas en el futuro, con el objetivo de ir mejorando en la temática propuesta.

La tesista.

Capítulo I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento y formulación del problema

Todo individuo puede ser atribuido penalmente en torno a la ejecución de actos dentro de un ámbito social de manera concreta y determinable. De tal manera que es la persona quien únicamente puede expresar y responder de aquellos resultados de su actuar. Y así, será este individuo quien mediante un proceso penal con garantías podrá ser responsable de su actuación contrario al ordenamiento jurídico. Por ende, lo que protege el derecho penal siempre será la validez del sistema jurídico y que no se transgredan los bienes jurídicos por el Estado, así que observará aquellas limitaciones que no pueden ser extensivas a las personas en la comisión de un hecho que se puede designar como delito, de ahí que la imputación penal dirá que “no todo es de todos”.

Los funcionarios públicos de un Estado determinado, deben actuar con probidad. Esa es el requisito general y obligatorio; sin embargo, esta exigencia, se rompe con frecuencia; es más, se actúa en contravención a ella. De ahí que resulta necesario la injerencia del derecho penal y de otros derechos.

El Estado con la finalidad de controlar y combatir, este flagelo inmoral de los funcionarios públicos, ha creado un conjunto de tipos penales que castigan con penas distintas para dichos comportamientos que se ejecutan en la realidad social (hablando fenomenológicamente).

Uno de los ilícitos penales que se encuentra inmerso en el catálogo penal, es decir en el Código Penal – en adelante CP –, es el delito de tráfico de influencias. El tipo penal en mención, contiene una serie de operaciones típicas señaladas y actuales. Hasta ahí no se considera que exista problema alguno, pues la prescripción contenida en ellas, se entiende que tiene una justificación plena.

Sin embargo, en la realidad peruana, se han presentado un conjunto de hechos problemáticos, a partir del cual han surgido las limitaciones de subsunción del tipo penal de tráfico de influencias. Uno de esos problemas, en nuestra jurisprudencia nacional, ha sido el caso del ex congresista y ministro Aurelio Pastor. Este hecho abrió la caja de pandora de problemas de subsunción de los hechos al tipo. Esto principalmente a si se puede tener en cuenta el tema de la participación (instigación o complicidad) y su relación con la tentativa, en tanto, es si se invoca las influencias reales o simuladas se configurará el tipo citado, donde el tercero interesado por medio del agente traficante no logre expresamente o supuestamente la promesa de entregarle una ventaja indebida debe constituir tentativa. Empero existe una parte de la doctrina que ha sido insertado en diversa jurisprudencia que manifiesta que el tráfico de influencias únicamente puede ser configurar con la invocación, dando paso así a un ilícito penal de mera actividad, el cual se perfecciona únicamente con el hecho de invocar y sin que sea necesario que el interesado le haga la promesa de actuar.

1.1.1. Problema general

¿Cuál es el tratamiento de la acción típica en el delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana?

1.1.2. Problemas específicos

- ¿Existe uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre la acción típica que contiene el delito de tráfico de influencias?
- ¿Cuál o cuáles son los criterios que tiene la doctrina y la jurisprudencia respecto a la tentativa y la participación en el delito de tráfico de influencias?

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo general

Determinar cuál es el tratamiento de la acción típica en el delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana.

1.2.2. Objetivos específicos

- Describir y explicar si existe uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre la acción típica que contiene el delito de tráfico de influencias.
- Explicar y determinar cuál o cuáles son los criterios que tiene la doctrina y la jurisprudencia respecto a la tentativa y la participación en el delito de tráfico de influencias.

1.3. Justificación

La justificación se identifica con los móviles de la investigación, a decir de Noguera (2014) consiste en: “demostrar que los resultados obtenidos explicaran un fenómeno de estudio que era desconocido o también, cuando los resultados nos permitan tomar decisiones prácticas y teóricas” (p. 188). De este modo se realiza las siguientes justificaciones:

1.3.1. Justificación teórica

En torno a la justificación teórica, la presente investigación ha tomado como referencia lo pertinente a la teoría de la autoría y participación en el derecho penal, cuya finalidad está dirigida a saber quién o quiénes son los autores de un delito, así como determinar que individuos son los partícipes del mismo. En tal sentido, se puede sostener que el autor es aquel individuo quien ejecuta el tipo, y será partícipe quien contribuye o coopera en la comisión delictiva con operaciones de modo intencional y que posean relevancia jurídico penal que son efectuados por el autor del mismo.

En tal sentido, la presente investigación estará fundada bajo los contornos de la teoría de la autoría y participación, fundamentalmente en el segundo, para poder determinar de manera concreta lo relativo a la intervención en el delito de tráfico de influencias.

Así mismo, se tendrá en cuenta lo concerniente a la teoría de la tentativa en el delito, cuyo estudio abarca el comienzo de realización del delito en la realidad y su implicancia frente al delito de tráfico de influencias. En consecuencia, la

investigación ha estado referido al estudio y análisis de la acción típica en el ilícito penal de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación a partir de la explicación de la doctrina y jurisprudencia peruana.

1.3.2. Justificación práctica

Respecto a la justificación práctica, debemos referirnos que el presente trabajo denota gran importancia, debido a que se realizó un estudio e elucidación de corte teórico dogmático en torno a los planteamientos y argumentos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos en torno a la acción típica en el ilícito penal de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y participación en la doctrina y jurisprudencia peruana, cuya circunstancia no sólo implicó la contrastación de naturaleza teórica y dogmática sino también determinar y describir aquellas insolvencias que esta contiene de manera concreta, asimismo tendrá una trascendencia para próximos estudios sobre la misma temática que tenga similar diseño.

En tal sentido, este estudio buscó acrecentar las bases teóricas relativos a la acción típica en injusto penal de tráfico de influencias y su correspondencia con la tentativa y participación en la doctrina y jurisprudencia peruana, que versa desde luego en base a la configuración del derecho interno (nacional) y del derecho extranjero (internacional o comparado); también se ha considerado que los resultados presentados pueden ser utilizados como antecedentes a diversas investigaciones jurídicas sobre la temática planteada.

1.3.3. Justificación legal

Desde el plano normativo o legal se puede señalar que el presente trabajo estuvo fundado bajo los siguientes dispositivos normativos:

- La Constitución Política del Perú.
- La Ley Universitaria N.º 30220.
- El Estatuto de la UNASAM.
- El Reglamento General de la UNASAM.
- El Reglamento de la Escuela de Post Grado de la UNASAM.

1.3.4. Justificación metodológica

Lo que corresponde a la justificación metodológica, se recurrió a utilizar la metodología de investigativa de carácter genérica, asumiendo de manera progresiva las etapas y pasos que requiere el método científico; además, se utilizaron de manera específica aquellos “métodos de la investigación jurídica”, cuyo contenido se rige en base al tipo de investigación teniendo en consideración tanto el diseño, las “técnicas e instrumentos” de recolección de datos, cuyo fin fue la elaboración de un estudio coherente y riguroso en el ámbito jurídico.

Es preciso señalar que se aplicaron las metodologías de naturaleza jurídica, tales como: la hermenéutica jurídica que admite el análisis e interpretación de la normatividad y doctrina especializada relativa al tema de estudio planteado.

1.3.5. Viabilidad

El trabajo presentado se identificó por su viabilidad, debido a que no concibió resultados negativos para ningún individuo o grupo de individuos, por el contrario, admitió el establecimiento de determinadas deficiencias e irregularidades en torno a la acción típica en el injusto penal de tráfico de influencias y su correspondencia con la tentativa y la colaboración criminal en la doctrina y jurisprudencia peruana.

Igualmente, se puede indicar que el presente estudio tuvo una viabilidad económica, en tanto se pudo acceder a los datos de naturaleza especializada tanto de aquellas operaciones técnicas y metodológicas que han sido soporte contundente en el perfeccionamiento de la investigación jurídica. En tal sentido, se puede señalar que se tuvo los medios económicos accesible a efectos de resolver el tema de los costos que percibió el proceso de elaboración de la investigación, cuya situación estuvo cubierto con los recursos propios de la que suscribe la tesis.

En lo relativo al proceso de redacción del marco teórico de la investigación, las fuentes de recolección de información fueron dadas por la bibliografía especializada en la biblioteca de la EPG de la UNASAM, así como la información recabada de Internet, en tanto la información necesaria se pudo encontrar no solo de forma física sino también de forma virtual o digital.

Asimismo, en la parte de viabilidad técnica, tuvo un logro adecuado en tanto se utilizó el software –programa de Microsoft Office 2016–, así como la usanza de las “Tecnologías de la Información y la Comunicación” (TICs).

En último lugar, respecto a la factibilidad de naturaleza metodológica, estuvo manifestado en el apoyo y orientación de un asesor de tesis, asimismo la cooperación de profesionales del ámbito jurídico, principalmente a los especialistas en Derecho Penal.

1.4. Delimitación

La acción de delimitar un tema de estudio representa el enfoque del área de interés, es decir, de explicar su importancia y establecer sus límites (Hernández, Fernández, y Baptista, 2014). En consecuencia, la presente investigación asumió de forma de limitativa o bajo el campo de acción el relativo al derecho penal parte especial, concretamente respecto al ilícito penal de tráfico de influencias, igualmente se tomó en consideración lo referente a la tentativa y la participación la autoría y participación, de tal manera que se analizó lo correspondiente al Derecho Penal parte general o dogmática penal.

1.5. Ética de la investigación

En el proceso de construcción objetiva de la investigación se respetó de manera concreta el carácter “endomoral” de la ciencia, así como la ética de la investigación; en el cual conjuntamente se ha considerado la plena garantía de los derechos de autor, cuya incidencia ha sido expresado de manera concreta y objetiva en el capítulo de los resultados alcanzados tanto en el trabajo de teórico como práctico.

Capítulo II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Efectuada la exploración en torno a los antecedentes que fundamenten la presente investigación, donde se han podido ubicar diversas investigaciones jurídicas:

2.1.1. A nivel internacional

- Valverde, W. (2017) en la tesis de doctoral titulada *Estudios sobre la evolución doctrinaria y legislativa del delito de tráfico de influencias*, donde concluye que el tratamiento del ilícito penal de tráfico de influencias en el Código Penal aun reposa sobre los cimientos usuales de su configuración y conserva aún la corriente y criterios de naturaleza empírica que se han sido acogidos en la época debida por los legisladores, concediéndole así un atributo estructural impropio y simulado que desnaturaliza el carácter auténtico del tráfico de influencias, limitando cuestiones de los efectos finales del delito, ello sin tomar en consideración aquellos hechos o actos preparatorios que se manifiestan en la fase inicial entre los sujetos a través de pactos o acuerdos, para llevar a cabo los planes propuestos con el objeto de obtener los beneficios que se persiguen. Por ello, se propone la modificación estructural que comprenda y admita precisar el injusto penal de tráfico de influencias en la extensión total de su ámbito real,

sin medidas condicionantes para el reproche de conductas delictivas, en coherencia con los avances de la doctrina penal universal. Así mismo, el tráfico de influencias constituye una de las formas regladas de corrupción enraizadas en la actividad pública, que fue siempre y seguirá siendo una situación cotidiana y el instrumento conveniente de los particulares y funcionarios públicos para alcanzar beneficios o ventajas de la Administración Pública, mientras no se sancione penalmente mediante una verdadera legislación penal con penas graves la comisión de estas infracciones de corte penal. Pues en coherencia con los progresos legislativos alcanzados en otros Estados, se han efectuado verdaderas medidas políticas y legislativas para castigar con rigor estos delitos, instituyendo sanciones mayores para los autores del citado injusto penal.

- Piedrahita, R. (2017) en la tesis titulada *El delito de tráfico de influencias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, arribo a la siguiente conclusión: que el injusto penal señalado en el artículo 411 del Código penal colombiano, refleja diversas situaciones o supuesto y opera como un injusto penal subsidiario o residual, de modo tal que en algunos casos el accionar de traficar con influencias no es más que el mecanismo para la perpetración de otros de los ilícitos penales contra la administración pública, y posiblemente ello admitiría aseverar que en diversos procesos su configuración como tal es verdaderamente difícil, así como el hecho de delimitación de su ámbito de acción.

2.1.2. A nivel nacional

- Villegas, P. (2019) en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la tesis de maestría titulada *Tratamiento dogmático y jurisprudencial del bien jurídico afectado en el delito de tráfico de influencias simulado en el Perú*, cuya investigación ha indicado que el enfoque ecléctica de la doctrina peruana en torno al bien jurídico que se resguarda bajo el injusto penal de tráfico de influencias es la más conveniente, por consiguiente es perfectamente admisible distinguir entre el tráfico de influencias “reales” con la modalidad “simulada”, puesto que el primero de los mencionados está dirigido al razonable ejercicio o mantenimiento de la Administración Pública en su forma genérica, mientras que la segunda, de carácter concreta, implica el denominado “prestigio” e “imagen” de la Administración Pública.
- Gonzales, M. (2018) en la Universidad de San Martín de Porres, en la investigación de maestría, titulada *La posición del interesado en el delito de tráfico de influencias*, cuya conclusión principal es que el delito de tráfico de influencias regulado en el artículo 400 del Código Penal al ser un ilícito penal de “encuentro”, demanda de modo obligatorio la representación de dos intervinientes a los que se les denomina “traficante” e “interesado” quienes favorecen de forma “activa” durante su fase de realización para poderse configurar o perfeccionarse, y si bien, el proceder del interesado no se localiza explícitamente establecido en el precepto legal, su intervención

necesaria se desprende o se deduce también de su propia lectura, específicamente de la parte de las modalidades delictivas complementarias que están dadas por lo términos de “entregar, hacer dar o hacer prometer”. En efecto, la participación del interesado también se manifiesta durante la fase ejecutiva del delito de tráfico de influencias a través de una conducta que se constituye en parte integrante de su tipo objetivo, lo que no sucede cuando se es instigador. Por esa razón se requiere su presencia de manera indispensable para la configuración del delito, siendo así, su actuar se hará presente en la ejecución directa de la primera y tercera modalidad delictiva complementaria (entregar y hacer prometer, esta última de manera excepcional), o en el caso de la realización de la segunda y tercera modalidad (hacer dar y hacer prometer) por parte del traficante, de igual forma, la participación del interesado se da al momento de mostrar su aceptación o conformidad con la solicitud previamente dada en oferta, esto con la finalidad de que el delito se pueda concretar.

2.1.3. A nivel local

Después de revisar los trabajos de investigación de la Escuela de Post Grado de la UNASAM y otras universidades de la localidad, no fue posible hallar ningún trabajo o estudio de investigación equivalente o análogo al presente estudio, por lo que se puede aseverar que el esta investigación favorecerá a la comprensión del tratamiento de la acción típica en el ilícito penal de tráfico de influencias incidiendo

su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Evolución del tráfico de influencias en el Perú

En primer lugar, se debe comenzar por señalar el estado actual del fenómeno de la corrupción, así Martínez (2015) señala que este “fenómeno social aqueja de modo grave a los organismos de un Estado Constitucional de Derecho, dicho sea de paso, la corrupción genera un ambiente de desconfianza en las instituciones públicas, tan importantes la para la configuración de un Estado” (pp. 384-385).

De ese modo, a nivel internacional se ha creado ciertos parámetros normativos que tienden a la lucha contra la corrupción, para lo cual es necesario prever un injusto penal, para lo cual debe describirse la conducta de cualquier persona o el funcionario público, quien de una decisión funcional beneficiosa para quien la solicita, sin que importe el perjuicio económico; o que se entreguen, soliciten o acepten beneficios indebidos para que un intermediario, en el supuesto en que el funcionario público o cualquier persona, viole de la influencia real o simulada que tiene para obtenerlos de la administración pública para sí o para otros.

De ahí que, a nivel de la normatividad internacional, especialmente en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción en el artículo 18, referente al tráfico de influencias; refiere que:

Cada estado parte debe considerar la eventualidad de acoger los mecanismos legales y de otra cualidad que sean ineludibles para tipificar como delito,

cuando se ejecuten de manera intencional: **a)** La promesa, la promesa o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, de manera directa o indirecta, de un favor o ayuda indebido con la finalidad de que el funcionario público o el individuo abuse de dicha influencia real o supuesta para conseguir de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio prohibido que exceda en favor 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. (ONU, 2005, p. 13)

En el contexto peruano se llevó a cabo el “IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales” de la Corte Suprema, que con la finalidad de consolidar diversos criterios respecto al tráfico de influencias ha señalado que el objetivo primordial es “colaborar al esclarecimiento de las ideas a efectos de que sirvan para la elaboración de futuros Acuerdos Plenarios que produzcan en los magistrados una debida interpretación y aplicación de un caso concreto” (Valdez, 2015, párr. 1).

Así mismo, y de manera elocuente sobre la construcción dogmático penal del tráfico de influencias, manifiesta Valdez (2015) lo siguiente:

Precisamente, uno de los temas abordados fue el delito de tráfico de influencias y, particularmente, la naturaleza jurídica de la influencia simulada y el título de imputación del interesado en la influencia. Es harto

conocido que el delito de tráfico de influencias puede también configurarse por el hecho de que el agente haga alarde de una influencia simulada o irreal, por lo que resulta atendible determinar su naturaleza y relevancia jurídico-penal; por otro lado, es importante también definir el título de imputación de la persona interesada en la influencia, pues ella es la que precisamente activaría el proceso delictivo. (párr. 2)

El ilícito penal de tráfico de influencias se encuentra previsto en el Título XVIII, Capítulo III, Artículo 400 del CP peruano vigente, el cual señala:

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para 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” (...) (Valdez, 2015, párr. 3).

El proceso evolutivo del ilícito penal de Tráfico de Influencias, existen autores que refieren que este tipo penal ha venido evolucionando, entre ellos está Abanto (2014) quien indica que el delito antes mencionado, “ha formado parte de nuestra legislación en el CP de 1924, la figura había sido introducida con el artículo 353-A mediante una reforma penal del año 1981” (p. 807).

Así mismo se menciona que, ya entonces el tipo penal había obtenido la forma definitiva de un puro tráfico con influencias (reales o simuladas), “lo cual tampoco sorprende debido las posibles fuentes utilizadas por el legislador peruano (el CP español de 1928 y el CP italiano de 1930)” (Abanto, 2014).

El tipo peruano de tráfico de influencias, según indica el profesor Salinas (2014) que:

Se tipifica recién con el Decreto Legislativo N.º 121 del 12 de junio de 1981, dicho decreto incorporo el tipo penal de tráfico de influencias, el cual no estaba en el proyecto inicial del citado decreto, sino fue introducido por funcionarios que redactaron el texto definitivo; por lo tanto, no se discutieron a fondo las razones para tipificarlo. (p. 581)

El CP de 1991 tipificó específicamente en el artículo 400 el tipo de penal de Tráfico de influencias, no obstante, su contenido inicial ha sido objeto de una serie de modificaciones, entre ellas las modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N.º 28355 del 6 de octubre del 2004, luego fue modificado por la episódica y polémica Ley N.º 29703 del 10 de junio del 2011, la misma que fue derogada en parte por la Ley N.º 29758 del 21 de julio del 2011, ésta última volvió al texto impuesto por la Ley N.º 28355. Finalmente, luego de la modificación introducida por la Ley N.º 30111 del 26 de noviembre del año 2013. (Salinas, 2014)

Así a nivel internacional, es la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, aprobada en 2003 y vigente desde 2005, en su artículo 18, denominado “tráfico de influencias”, que sugiere la posibilidad de tipificar como delito los siguientes supuestos:

- 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 la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte de un beneficio indebido.

En ese mismo contexto Salinas (2014) expresa que:

En principio, se puede remarcar que en las diversas concepciones normativas que brinda la legislación comparada sobre el delito de tráfico de influencias –España, Italia, Argentina, Colombia, etc.– no se ha criminalizado la simple influencia que pueda poseer el agente sobre los funcionarios públicos –jueces y fiscales–, pues tal nivel de irradiación de poder es una dato inherente a toda interacción social y sobre el cual no existe legislación en el contexto del Derecho occidental que lo castigue penalmente. (p. 583)

En tal sentido se puede indicar que: “la sola existencia de influencia, la capacidad de influencia o de ejercicio de influencias consideradas, en tanto situaciones de hecho desprovistas de los complementos de tipicidad exigidos en la norma penal, carecen de interés penal” (Salinas, 2014, p. 583).

Por ende, las delineaciones político-criminales tanto nacionales como internacionales se han interesado por destacar “la venta o compromiso pecuniario de que es objeto tal marco de influencias en posesión de un sujeto indeterminado” (Salinas, 2014, p. 583). En tal sentido, se establece en dicho punto la preeminencia penal, sin que sea efectivamente la influencia vendida haya sido concretizada o eficaz.

En consecuencia, la simple influencia que pueda tener una persona sobre un magistrado, por ejemplo, de modo alguno constituye una conducta penalmente relevante. Entonces existirá una conducta típica cuando esa influencia es ejercida a cambio de una ventaja de carácter patrimonial o de otra índole. En tal sentido, no es forzoso que verdaderamente la influencia invocada se concrete. Por ello “la conducta se consuma en el momento en que el agente invocando tener influencias reales o simuladas solicita una ventaja con el ofrecimiento de usar esas influencias” (Salinas, 2014, p. 583).

2.2.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la influencia simulada, está circunscrita en aquella acción que el agente dirige invocando o teniendo una influencia simulada y la ofrece al interesado de la misma, existe en cierto modo una indebida manera o forma de acceder a la administración de justicia; sin embargo, dice Valdez (2015) que:

Queda manifiesto de que no se lesionaría o al menos pondría en peligro el correcto funcionamiento de la administración pública, pues el agente no goza de la condición (cercanía) para llegar al funcionario público y, de esta

forma, alterar la actividad regular del acceso a la administración de justicia.
(párr. 8)

Por ello, el delito de tráfico de influencias no debería salvaguardar la “charlatanería”, sino la efectiva lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la administración pública, la cual, para el presente caso, se da cuando el agente exhorte o posea una influencia real e inminente sobre el funcionario o servidor público competente a fin de fijar su voluntad en un caso concreto; igualmente que –y será de relevancia a efectos del título de imputación penal– debería materializarse en un acto y/o resultado que favorezca al interesado, a consecuencia –*conditio sine qua non*– de la influencia invocada, y no, por ejemplo, de actos propios del ejercicio de la profesión (Valdez, 2015, párr. 8).

En este sentido, la naturaleza jurídica de la influencia simulada sería irrelevante a efectos de la configuración del delito de tráfico de influencias porque no guarda un componente lesivo para socavar la estructura protegida del delito antes referido (Valdez, 2015, párr. 9).

Por otro lado, el título de imputación del interesado en la influencia pasa de igual forma por vincularlo al bien jurídico del delito materia de análisis. Efectivamente, el delito de tráfico de influencias este contenido dentro del capítulo de delitos cometidos por funcionarios públicos, por lo que estos (intrañeus) –caso contrario se regularía en el capítulo de delitos cometidos por particulares– son los únicos llamados a lesionar o poner en peligro el bien jurídico; en este caso, el correcto funcionamiento de la administración pública vinculado al acceso debido a la administración de justicia. Entonces, el interesado y el traficante de influencia

(*extraneus*) –de manera indistinta a que sean particulares o funcionarios públicos- deben tener el título de imputación de cómplices primarios; de ahí que –a propósito de la tesis antes sugerida- la influencia ofertada y aceptada logre ser ingresada al ámbito de actuación del funcionario o servidor público, y finalmente, estos accedan a actuar de una u otra manera en beneficio del interesado a propósito de la influencia invocada (Valdez, 2015).

2.2.3. Tipicidad objetiva

En torno a la tipicidad objetiva, el comportamiento típico del delito está proporcionado por el núcleo rector principal invocar con el ofrecimiento de interceder, los verbos rectores complementarios “recibir”, “hacer dar” o “hacer prometer”; los medios corruptores por los sustantivos “donativo”, “promesa” o “cualquier otra ventaja” (Salinas, 2014, p. 583).

Asimismo se encuentra el elemento de corte o naturaleza finalista “con el ofrecimiento de...”; de ese modo el hecho punible de tráfico de influencias se verifica o aparece cuando el agente (ya sea funcionario, servidor público o particular) invocando o teniendo influencias reales o simuladas, ofrece a un tercero interesado, interceder ante un funcionario o servidor público que este conociendo, ha de conocer o haya conocido un caso judicial o administrativo, a cambio de donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio que recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero. (Salinas, 2014, p. 583)

2.2.3.1. Invocar o tener influencias reales o simuladas

El primer elemento objetivo que el operador jurídico debe en ideas de Salinas (2014) verificar 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 influencia. En este supuesto no aduce o alega tener influencia, el tercero interesado la deduce por el cargo que desempeña. (p. 587)

El término invocando debe ser comprendido teniendo en cuenta “la particular manera como es utilizada por el legislador peruano: gerundio del verbo invoca esta forma significa simultaneidad o anterioridad del hecho de invocar respecto al de recibir o hacerse prometer” (Hurtado, 2006, p. 279).

El contenido de la influencia nos remite a la presencia de un influjo por sugestión ejercida en tercera persona, sobre cuya voluntad formadora de decisiones el sujeto activo incidirá alterándola o conducida a cursos decisorios predeterminados. (Salinas, 2014, p. 588)

El sujeto activo indica o alega poseer influencias con el propósito de que el tercero interesado le done o ejecute la promesa de entregarle un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio. No es considerable penalmente si la

influencia que invoca el sujeto activo es real o simulada (Salinas, 2014, p. 588). En ambos casos se evidencia la conducta típica. Basta que haya invocado o aducido tener influencias para lograr que el tercero interesado le entregue donativo u otra ventaja o le prometa hacerlo en un futuro cercano.

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. (Salinas, 2014, p. 588)

De esa forma, la influencia real o simulada invocada por el agente, o la influencia que evidencia tener, se constituyen en el objeto central del delito que vincula en su estructura ideal a un sujeto que la posee con otro que la requiere para dirigirla o destinarla sobre un tercero *–intrañeus–*, a la administración de justicia, sobre el cual se pretende inducir o ganar su voluntad hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado. (Rojas, 2007, p. 561)

Estaremos ante una influencia real cuando se verifique que el agente realmente tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia, y por tanto, tiene poder o capacidad de orientar su voluntad hacia una dirección determinada. El agente se vale de su superioridad jerárquica o de cualquier relación de la que se derive una posición de ascendencia, a cambio de recibir ventaja efectiva o potencial. No es necesario verificar si el funcionario o servidor público de la administración jurisdiccional o administrativa realiza lo prometido por el traficante. (Salinas, 2014, p. 588)

Estamos ante influencias simuladas o venta de humo cuando verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la

administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma ni tiene la capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada. (Salinas, 2014, pp. 588-589)

La doctrina peruana es unánime al considerar que esta modalidad no posee para el bien jurídico que se pretende proteger, debiéndose descriminalización, al no configurarse las exigencias de antijuricidad material (San Martín, Caro, y Reaño, 2002, p. 34).

A lo manifestado, Salinas (2014) sustenta de manera evidente que:

(...) dicha posición fue la que finalmente prevaleció para que el que el legislador nacional optara por descriminalizar tal conducta por la episódica Ley N.º 29703, no obstante, ante la oposición unánime de la opinión pública respecto de la citada ley, con la Ley N.º 29758 de julio de 2011 se volvió a criminalizar la venta de humo. En la exposición de motivos del proyecto de ley que sostenía que este tipo de hecho punible debe mantenerse, se alegaba que “no se ha considerado oportuno destipificar la ‘venta de humo’ pues, desde una perspectiva de prevención general positiva, esta modalidad fraudulenta de tráfico, mantiene importancia en el ámbito social”. (p. 589)

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. (Salinas, 2014, p. 589)

Todos los ciudadanos deben confiar en que sus casos judiciales o administrativos se resolverán sin injerencias externas. Los administrados deben confiar en la transparencia y objetividad de los tribunales y la administración administrativa. El prestigio de la justicia judicial y administrativa debe ser conocido por los ciudadanos que pretenden resolver asuntos legales y así evitar que se den ciertas ventajas o beneficios. (Salinas, 2014, p. 589)

De tal forma “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” (Salinas, 2014, pp. 589-590).

Por otro lado, Salinas (2014) indica que:

La invocación de influencias simuladas para 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 artículo 196 del CP. (p. 590)

El tipo penal no exige el ejercicio efectivo de la influencia invocada sobre el funcionario o servidor público determinado. En el delito de tráfico de influencias se “exige que el sujeto activo invoque influencias, reales o simuladas –no se requiere de 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”. (Salinas, 2014, p. 590)

Esto resulta lógico ya que en aquellos casos en los que se subsumen en el delito de patrocínio ilegal “además, el esperar hasta poder probar la influencia efectiva implicaría una demora innecesaria en la intervención penal que precisamente es lo que se quiere evitar” (Salinas, 2014, p. 590).

2.2.3.2. *Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero*

Otro elemento objetivo del delito en la hermenéutica jurídica es recibir, dar o prometer una donación u otro beneficio para sí o para un tercero de un traficante. Es decir, el agente que pretende tener influencia real o simulada o demuestra que la ha tenido antes de que un tercero interesado logre que le proporcione o prometa en el futuro proporcionar un beneficio o algún otro tipo de favor. (Salinas, 2014, p. 590)

El recibir significa que el agente acepta, acoge, admite, embolsa o toma el donativo u otra ventaja o beneficio que el tercero interesado le entrega a cambio de las influencias que ofrece aquel. El tercero interesado ya está predispuesto a hacer la entrega a cambio de la promesa de influenciar. Mediante el uso del verbo recibir, el legislador ha pensado, en primer lugar, que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja. Mediante el acto de entregar –en caso de no existir pedido de parte de quien recibe– el que da empuje al agente a aceptar y recibir la ventaja, ocasión en que este último ofrece interceder para hacer lo que pide el tercero. (Hurtado, 2006, p. 282)

Como precedente de esta modalidad delictiva, en ideas de Salinas (2014) considera que:

Es posible citar la ejecutoria suprema del 28 de enero de 1998, allí se esgrime que “se halla acreditado el delito de tráfico de influencias, así como la responsabilidad del procesado, quien, en su condición de auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, prometió a la justiciable influir en la causa seguida en su contra, habiendo recibido dicho encausado una suma de dinero para tal efecto”. (p. 591)

El hacer dar significa que el agente logra o convence al tercero interesado que le entregue, ceda, conceda, facilite o provea del donativo u otra ventaja. Hacer dar se traduce en el hecho que el agente-trafficante, invocando tener influencias, logra que el tercero interesado le dé o facilite un donativo u otra ventaja o beneficio. El agente no se limita a recibir, sino a hacer nacer en el tercero interesado la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el trafficante. (Salinas, 2014, p. 591)

En cambio, la modalidad plasmada en 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. Mayormente aparece cuando el agente logra que el tercero interesado le ofrezca entregar donativo una vez que el funcionario o servidor de la administración de justicia se pronuncie en un determinado sentido. (Salinas, 2014, p. 592)

El provecho económico –u otra ventaja– percibido o beneficiado por el sujeto activo del delito pueden ser para él mismo un tercero. El término “tercero” es de significado amplio, abierto comprende tanto a familiares, amigos, allegados, otro

funcionario o servidor público, el mismo funcionario influenciado, etc. (Rojas, 2007, p. 566)

2.2.3.3. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio

En torno a los objetos corruptores del delito de tráfico de influencias, la doctrina nacional ha desarrollado el contenido de los mismos, así Salinas (2014) señala que:

En la conducta del agente, debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, hacer dar o hacer prometer un beneficio patrimonial o cualquier otra ventaja o beneficio. Si en determinado hecho investigado llega a verificarse que ninguno de los medios citados concurre, sencillamente el delito de tráfico de influencia no aparece. (p. 592)

El donativo es “aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente” (Salinas, 2014, p. 593). Así mismo, “Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo” (Salinas, 2014, p. 593).

La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete –otro funcionario o particular– (Hurtado, 2006, p. 284). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener un valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc.

De igual manera, es pertinente las ideas del profesor Hurtado (2006) cuando afirma lo siguiente:

El término donativo está mal empleado en el tipo penal, pues proviene del verbo donar que significa “traspasar graciosamente a otro algo o el derecho que sobre ello tiene”. Por lo tanto, donativo significa “dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios”. En el tipo penal, no se trata de ninguno de estos casos. El tercero no entrega gratuitamente al agente la cosa, sino como precio o retribución del ofrecimiento de interceder ante el funcionario. Lo que debe retenerse es que el objeto material del acto es algo de valor que beneficia a quien lo recibe. (p. 284)

La promesa, en cambio, dice el citado profesor Hurtado (2006), se traduce en:

Un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del delito. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa. (p. 284)

El contenido de la promesa puede ser muy variado: la entrega de una oferta remunerativa, bien mueble o inmueble, ventajas (utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, etc.). La modalidad de la promesa tiene que ser directa. El momento de hacerse realidad la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso antes de que el funcionario o servidor influenciado se pronuncie de acuerdo

con lo que el tercero interesado pretende. Lo fundamental es el vínculo que une a los actos del traficante con la promesa efectuada. (Salinas, 2014, p. 593)

Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo. Es una cláusula general que completa la lista de ventajas enumeradas en el tipo penal –donativo, promesa–. Comprende a cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad supuesta de influenciar ante un funcionario o servidor jurisdiccional o administrativo: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc. (Salinas, 2014, p. 593)

En suma, la expresión “cualquier otro beneficio o ventaja” comprende cualquier beneficio patrimonial como no patrimonial, pero que implique una utilidad apropiada para que el agente convenga en recibirla o aceptarla como objeto de la promesa de parte del tercero interesado. (Hurtado, 2006, p. 285)

2.2.3.4. Ofrecimiento de interceder ante funcionario público

Otro elemento de la tipicidad objetiva lo constituye el ofrecimiento que hace el agente al tercero interesado de “mediar, abogar, terciar, recomendar, intermediar o interceder ante un funcionario o servidor de la administración de justicia: jurisdiccional o administrativa” (Salinas, 2014).

Este elemento lo tiene claro la jurisprudencia en la calificación de la conducta punible, como se evidencia en la ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2000. En efecto, allí se argumenta que:

La negativa del encausado resulta un ineficaz intento por evadir la responsabilidad que le corresponde en cuanto al ilícito denunciado, habiéndose recibido además la declaración testimonial donde se detalla con precisión las circunstancias y modo en que actuó este procesado, tomando él la iniciativa de abordarla y ofrecerle su mediación en el trámite del proceso judicial en el que era parte, siempre que efectuara el pago del dinero en efectivo”. (Salinas, 2014, p. 594)

En otro aspecto, la mediación puede verificarse con el empleo de terceras personas –mediatez de la intermediación–, quienes se hallan en situación de mayor cercanía o allegadas para influir sobre el funcionario o servidor público que administra justicia, lo que generará un contexto de traficantes en cadena que pueden formar parte de una asociación ilícita. contenido de esta intermediación puede versar sobre un petitorio lícito o ilícito, justo o injusto, pero deberá tratarse de un efecto que favorezca a interesado o allegado o no le perjudique, o que perjudique a terceros. (Rojas, 2007)

2.2.3.5. Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo

El destino de las influencias que invoca o alega el traficante no es cualquier funcionario o servidor de la administración pública, sino solo un funcionario o

servidor público que ejerce funciones al interior de la administración de justicia en el ámbito jurisdiccional o administrativo. (Salinas, 2014, p. 594)

Es más, no cualquier funcionario de la administración de justicia, sino aquel que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo que interesa al tercero ante el cual el sujeto activo invoca o afirma tener influencias. Si se verifica que el destino de las influencias es un funcionario o servidor público que no tiene alguna relación funcional con el caso o proceso que interesa al tercero, el delito en hermenéutica jurídica no se verifica. (Salinas, 2014, p. 594)

Asimismo, con respecto a ese mismo sentido, se pronuncia Rojas (2007) cuando argumenta que:

Solo es relevante la conducta cuando el funcionario o servidor público se halle en vinculación funcional con cualquiera de los dos procesos de dilucidación de conflictos señalados en el tipo –jurisdiccional o administrativo– y solo con relación a ello, excluyendo taxativamente a cualquier otro funcionario o servidor y a cualquier otro proceso. (p. 565)

Así, por ejemplo, dice Salinas (2014) en la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2003, se confirmó la sentencia en contra de Rodríguez Medrano argumentando que:

En cuanto al delito de tráfico de influencias, previsto en el artículo 400 del CP, igualmente se encuentra acreditado ya que el imputado, se comprometió con el querellante Enrique Escardó Gallo, director de la revista ‘Gente’, medio periodístico de información pública, para interceder ante la juez

Medina Calvo, quien estaba avocada al conocimiento de la querrela, interpuesta por el señalado querellante, Por ante el Noveno Juzgado Penal de Lima. (p. 595)

La jurisprudencia nacional tiene claro que “cuando el tipo penal del artículo 400 del CP, 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 del caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investido poder discrecional administrativo”. (Salinas, 2014, p. 596)

2.2.4. Agravante

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 400 del CP. (Salinas, 2014)

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. (Salinas, 2014). 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. (Salinas, 2014)

Para determinar qué persona tiene estas calidades, el operador jurídico no tiene más que recurrir al artículo 425 del CP. Allí se indican los supuestos en los cuales a una persona se le considera funcionario o servidor público para el Derecho penal nacional. (Salinas, 2014)

Así mismo, a efectos del delito en hermenéutica jurídica sirve la definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo de la Convención Interamericana contra la Corrupción. (Salinas, 2014)

2.2.5. Bien jurídico tutelado

Respecto al bien jurídico que se tutela en el delito de tráfico de influencias, es habitual percibir por parte de la doctrina cuál es el bien jurídico del delito de tráfico de influencias, de ahí que el Derecho Penal garantiza el funcionamiento de las condiciones mínimas de la Sociedad; así mismo que el legislador garantice la protección de los bienes jurídicos recogidos en los delitos contra la administración pública, porque logran mantener el funcionamiento de la organización de la sociedad a través de distintos estamentos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). (Valdez, 2015)

Específicamente en el delito de tráfico de influencias según Valdez (2015) se tiene como bien jurídico:

El “correcto funcionamiento de la administración pública”, y particularmente, el “debido procedimiento para el acceso a la administración justicia”. En consecuencia, el delito de tráfico influencias tutela el debido acceso a la administración justicia; empero, basado en la afectación al funcionamiento de la administración pública como componente principal de la identidad de la Sociedad. Esto es, el delito de tráfico de influencias se configurará no sólo por una indebida manera o forma de acceder a la administración de justicia, sino que afecte a su funcionamiento. (párr. 7)

Del mismo modo, como lo han definido diversos autores, uno de los aspectos más polémicos y decisivos es este pues, no solamente incide en la legitimidad penal del delito de tráfico de influencias puro, sino también permite delimitar sus contornos para excluir lo típico de lo atípico y diferenciar el tipo de otros con los que eventualmente podría concurrir, debido a que la conducta típica básica se produce entre particulares y el tipo no exige un verdadero ejercicio de influencias e incluso, en la segunda modalidad, que estas hubieran existido, la doctrina penal suele tener dificultades para relacionar el tipo con el bien jurídico de los delitos contra la administración pública. (Abanto & Vásquez, 2019)

Para muchos autores está considerado que el bien jurídico tutelado genérico en este tipo penal de tráfico de influencias, así como en los demás delitos que afectan la administración pública, vendría a ser el correcto funcionamiento de la administración pública (Rojas, 2007, p. 344). Sin embargo, también nos dicen que no hay consenso a la hora de verificar como se da esta afectación al bien jurídico tutelado para materializar la lesividad.

En palabras de Salinas (2014), para algunos el bien jurídico afectado podría ser:

La imparcialidad, la legalidad, el patrimonio, etc., y cómo se daría esta afectación, como de un peligro abstracto, concreto, una idoneidad o incluso una lesión; y otros encuentran que lo protegido sería el prestigio y buen nombre de la administración pública. (p. 597)

Mientras que otros autores identifican este interés como el que la ley busca proteger, pero precisamente por este motivo (el prestigio no constituye ningún bien jurídico, sino el resultado del buen funcionamiento de la administración) niegan derecho de existencia a este adelantamiento innecesario de las barreras del derecho penal (Salinas, 2014).

Una idea fundamental la expresa Abanto (2014) donde refiere que:

En primer lugar, el punto de partida tiene que ser la distinción entre bien jurídico específico o categorial (o bien jurídico “a secas”) y bien jurídico específico (u objeto del bien jurídico), aparte de la precisión de que la lesividad cumplidora en el principio del mismo nombre (y expresamente señalada en el art. IV del TP del CP peruano) debe verificarse en este último y no en el primero. (p. 815)

Del mismo modo, el citado autor también refiere que:

Es posible constatar un injusto penal propio de este grupo de conductas. Aparte de la indudable dañosidad social, en términos económicos, de las conductas abarcadas por el tráfico de influencias puro, tampoco es imposible

identificar la lesividad de las conductas contra un objeto o bien jurídico específico. Si, como suele hacer la doctrina penal, se admiten al carácter público de la función y a la imparcialidad de la actividad funcionarial como bienes jurídicos específicos del correcto funcionamiento de la Administración pública (bien jurídico genérico), la puesta en venta de influencias precisamente lesiona o por lo menos pone en peligro ambos intereses. (Abanto, 2014, p. 816)

También otros autores han referido si se centra la atención penal en el pacto injusto entre privados, cuyo contenido (el futuro ejercicio de influencia) equivale a una compra de la función pública, es explicable cual es el objeto que en última instancia y en todos los supuestos debe ser realmente lesionado: el carácter público de la función. (Abanto, 2014, p. 816)

A través de esto resalta el peligro para la imparcialidad y, eventualmente, la legalidad del ejercicio funcionarial. Y para ello, como efectivamente deriva del tipo penal y también ha sido interpretado así, no tiene por qué importar que el funcionario público realmente hubiera estado al tanto de este pacto injusto privado o que él reciba algún beneficio, por parte del traficante. (Abanto, 2014, p. 816)

Eso también explicaría por qué podría resultar sostenible, con las debidas precisiones, la legitimidad de una modalidad de tráfico de influencias simuladas ya que, aunque pueda ser que aquí destaque más el atentado contra el patrimonio privado, también existiría una puesta en venta de la función pública. (Abanto y Vásquez, 2019).

Pero no cualquier venta de influencias simulada, en el sentido de inexistente, puede ser típica, sino que se deben separar los casos que realmente inciden en el correcto funcionamiento de la administración pública a través de la puesta en peligro (Abanto y Vásquez, 2019), aunque sea mínima, de los bienes jurídicos específicos (carácter público de la función, la imparcialidad y la legalidad de su ejercicio) de aquellos otros que solamente atentan contra el patrimonio privado.

Y existen autores que consideran que el hecho de que quede fuera del tipo aquel tráfico de influencias gratuito (es decir, en el cual el traficante no recibe nada a cambio), también resalta lo que realmente está en juego: la comercialización de la función pública en el sentido de que el interesado y, a través de la conducta (Salinas, 2014, p. 599), todos los ciudadanos consideran que es posible negociar con la actividad funcional a través de intermediarios.

2.2.6. Concepto de tráfico de influencias

En torno al concepto del tráfico de influencia, esta se configura muchas veces como consecuencia de actos previos al “cohecho” que, desde la perspectiva penal, pueden tener igual contenido de injusto que este, pero pueden quedar impunes.

Así el tráfico de influencias es aquel acto en donde se ofrece en venta la “influencia” que se pueda tener con el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para el potencial comprador. Como los tipos de “cohecho” no abarcan estos casos, en muchos países se han introducido ya desde hace algún tiempo (Francia, Austria, España, Perú; Argentina) tipos penales que describen esta conducta y la sancionan penalmente. (Abanto, 2014)

Entonces la figura de “tráfico de influencias” se acerca al injusto típico del “cohecho” pero no es idéntico a este tipo penal se busca abarcar penalmente la “compraventa” de la influencia que se tenga o pueda tener en funcionarios públicos; o sea, se adelantan las barreras del derecho penal para reprimir conductas que pudieran influir efectivamente en el ejercicio funcional. (Abanto, 2014)

Este injusto “puro” del “tráfico de influencias” ofrece problemas a la hora de precisar el bien jurídico tutelado pues, si el funcionario público no interviene para nada (si lo hiciera, serían aplicables los tipos “cohecho”), no puede afirmarse que se atente contra la “imparcialidad” en el ejercicio funcional. Aquí la doctrina está dividida pues para algunos si existe un bien jurídico u “objeto de protección” identificable, mientras que para otros el legislador habría ido demasiado lejos tipificando conductas inocuas. (Abanto, 2014)

Pese a las críticas, la práctica ha demostrado la gravedad de estas conductas, sobre todo cuando, como ocurre moderadamente, los “vendedores de influencias” están organizados como empresas de asesoramiento. Pero también hay que reconocer que la técnica penal empleada por el legislador para controlarlas no siempre ha sido la mejor ni se ha aplicado exitosamente. Precisamente, el caso peruano es testimonio teórico y práctico de este defecto. (Abanto, 2014)

El tipo penal peruano del art. 400 se ha “olvidado” de describir la conducta del “comprador de las influencias”, desconociendo que el “tráfico de influencias” al igual que el “cohecho” y otros tipos penales (muerte a petición, aborto, usura, venta ilegal de reproducciones ilícitas, etc.), constituye un “delito plurisubjetivo” o de “participación necesaria” es decir, el injusto penal el autor principal se da recién

cuando es completamente con la conducta de otro (la víctima, el favorecimiento, un tercero). En el tráfico de influencias esta conducta es la apartada compradora, la cual, entonces, quedará casi siempre impune ya de *lege lata*. (Abanto, 2014)

En el modelo español sigue una sistemática amplia. Allí se tienen tipos de “ejercicio influencia, bajo prevalimiento de un funcionario público sobre otro conseguir una resolución económicamente beneficiosa” (artículo 428), “ejercicio de influencia de un particular en un funcionario público, bajo pre valimiento, para conseguir una resolución económicamente favorable”(artículo 429)”, y “el ofrecimiento para de una manera ejercer influencia (artículo 430), solamente este último supuesto es del tipo penal peruano de tráfico de influencias (artículo 400), incluía probable maticas de la “participación necesaria” (Abanto, 2014).

Al respecto, es elocuente las ideas del profesor Abanto (2014) quien tiene la siguiente posición:

Si bien la idea del legislador español parece que es la de evitar la “interferencia” en la actividad funcional, de manera al cohecho, a mi parecer ha restringido demasiado la posibilidad de aplicación de los tipos. Si bien se acierta en exigir que se trate de ideas reales, se exige también que el objeto de la influencia sea la sanción de una resolución que proporcione un beneficio económico, dos últimos elementos (la búsqueda de una resolución favorable que esta tenga un contenido económico para sí o un tercero) eran, al parecer, innecesaria, pues ya el ejercicio de influencia bajo (prevaliendo por parte del funcionario (aprovechándose de su relación personal jerárquica según el artículo 428) o, por parte del particular

(valiéndose de una decisión con el funcionario o con otros, según el artículo 429) es un atentado suficientemente grave contra el bien jurídico que, además, se superpone con otros tipos penales ya existentes (coaccionaron) y, en el caso peruano además “concusión”, “patrocinio ilegal” “negociación incompatible”. (p. 822)

De acuerdo a lo expresado, habría que rescatar el modelo español que puede cubrir algunos vacíos que no pueden ser por los tipos penales de “cohecho”, pues la exigencia de “prevalimiento” en relación personal exige estos (en el caso español, además debe tener sentido económico); por ejemplo, cuando el funcionario hace algo (violando sus funciones) para ayudar a un amigo. (Abanto, 2014). En tal caso, tampoco ante una “compraventa” de la función pública, si no, en realidad de “abuso de autoridad”.

Luego solamente resulta reconocido introducir, en el Perú, un tipo penal similar al artículo 429 del CP español que prevea la conducta de aquel que valiéndose de sus relaciones con el funcionario u otros allegados al funcionario o no en el primero para tratar de conseguir una actividad funcional cualquiera”, con la agravación seguida en caso de que la actividad funcional buscada constituyera una violación de deberes funcionariales. (Abanto, 2014)

Por lo demás, en ambos artículos españoles analizaron, también se ha descuidado la problemática del “partícipe necesario”, pues no se dice nada en relación con el funcionario que se dejara influir”, motivo por el cual este solamente podría ser punible si bien su conducta encajara dentro de otros tipos penales tales como la prevaricación (artículo 439), pero con ello se produce una

desproporcionalidad de la penalidad, pues para este último delito, la pena es menor que para el “tráfico de influencias”. En la propuesta hecha más arriba se tendría que agregar, por eso, que “el funcionario que se dejare influir” también será merecedor a una pena determinada (Abanto, 2014).

2.2.7. La intervención en el delito

La intervención en el delito es una categoría jurídico penal que engloba todas las formas que, según los Códigos Penales de los Estados; de esa forma García (2012) indica que: “una persona imputable puede lesionar de forma relevante un bien jurídico (o defraudar expectativas sociales). Así, algunas pueden responder en calidad de Autores y otras en calidad de partícipes” (p. 673).

Para tener presente la finalidad de la investigación, lo principal radicará en lo concerniente a la imputación jurídico penal en torno al partícipe (cómplices e instigador) dentro del suceso delictivo. En tal sentido, debe hacer referencia a lo prescrito en el CP, de manera concreta a lo que señala los artículos 24 y 25 de la citada norma legal y que hace clara alusión a las dos formas de participación delictiva. Entonces, “un instigador es un sujeto imputable que determinar a otro a cometer el hecho punible y el cómplice, por su parte, es el sujeto imputable que presta auxilio doloso, para la realización del hecho punible” (García, 2012).

La literalidad del texto legal, que coincide con la tendencia extranjera, hace aseverar con contundencia, a cierto sector de la doctrina: La participación, es el aporte doloso a un injusto doloso ajeno, hecho en forma de instigación o de complicidad (Zaffaroni, 2009).

También, Welzel en esa misma línea indicaba: “La esencia de la complicidad consiste en la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho” (Citado por Peña Cabrera, 1995).

De tal manera se puede hacer a alusión a las ideas de Hurtado y Prado (2011), cuando indican que: “Los cómplices no tiene el dominio del hecho, pues éste pertenece, por definición, a los autores. Su participación se limita a favorecer la realización del hecho punible principal, sea de manera material, sea psíquicamente” (p. 232).

Bastante descriptivo, es Stratenwerth (2005), cuando menciona:

El partícipe –instigador o cómplice– se caracteriza negativamente por el hecho que no ejecuta la acción típica, no comete el delito; de otro modo sería justamente autor. Por eso las disposiciones penales de la parte especial del CP alemán no abarcan por sí mismas la participación (...) (p. 165).

De esa forma, la intervención delictiva está conformada por las figuras de la autoría (autoría directa, autoría mediata, coautoría) y participación (inducción y complicidad).

2.2.8. Autoría y participación delictiva

Dentro de la composición y configuración de los injustos penales, la redacción que estos contienen debe estar en torno a la ejecución del actuar por el autor, por lo que nace la problemática cuando actúan diversos individuos en el suceso criminal y no se les puede imputar la ejecución de algún ilícito penal, para lo cual es indispensable observar diversas reglas de intervención delictiva que

puedan admiten comprender su ámbito de actuación y configurar el delito y diferenciar las respectivas acciones típicas.

El CP peruano distingue las diversas representaciones sobre autoría en el artículo 23, entre las cuales se destaca: autoría directa, autoría mediata y coautoría. Y lo que respecta a los supuesto o representaciones sobre la participación en sentido lato (partícipes) cuya previsión normativa se visualiza en los artículos 24 (instigación) y 25 (complicidad primaria y secundaria).

Para realizar la diferenciación entre los autores y partícipes se tiene en cuenta algunas teorías, siendo actualmente la más recibida la denominada “teoría del dominio del hecho” defendida por el profesor alemán Hans Welzel desde una vertiente eminentemente finalista (Prado y Hurtado, 2011). De ahí que se puede señalar que, es con Welzel que se emplea el concepto de autor quien “domina el hecho delictivo” y tiene un fin con el mismo, desde una óptica del delito doloso.

2.2.8.1. Autoría

La “teoría del dominio del hecho”, en su desarrollo teórico y dogmático se ha fundamentado en la denominada “teoría finalista” y su primera formulación se debe a este corriente jurídico penal. Así Lozano (1998) indica que:

Se identifica al autor con aquél que tiene el dominio finalístico de hecho en sí. Y ello independientemente de las modalidades del hecho, de que haya sido realizado por el propio autor, o por medio del otro, basta que la acción, en sentido finalista –como suceso dirigido por la voluntad- sea dominada por la voluntad del autor. (p. 14)

Así mismo el profesor alemán Jakobs (1997) sostiene que:

De tal modo que la autoría hay que definirla más bien como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho no siendo relevante el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad del hecho. Por eso, con la distribución en ámbitos de dominio diferentes en su contenido no es que se reúnan elementos heterogéneos ni siquiera nominalmente, sino que todos los elementos son homogéneos en un aspecto. Son los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad. (p. 742)

Así la doctrina dominante respecto al dominio del hecho ha expresado tres formas de dominio, entre los que destaca:

- a) “Dominio de la acción” (el autor realiza él mismo la acción típica)
- b) “Dominio de la voluntad” (se presenta en la llamada autoría mediata)
- c) “Dominio funcional del hecho” (se basa en la división del trabajo y sirve de fundamento a la coautoría).

2.2.8.1.1. Autoría directa

Por autor directo se puede mencionar que es aquel que plasma el “dominio final” del hecho a través del “dominio de la acción”. Entonces, es quien efectúa “directamente la acción típica”. El artículo 23 del CP peruano hace mención a este tipo de autoría incidiendo en la siguiente terminología “al que realiza el hecho punible por sí”.

Así dice el profesor Villavicencio (2013): “esta forma de autoría es la que sirve como punto de referencia a la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo penal” (p. 469).

De ese modo, la autoría directa tiene lugar cuando un individuo realiza materialmente los elementos objetivos del delito con el elemento subjetivo requerido por el mismo. (Olásolo, 2013)

2.2.8.1.2. Autor mediato

Respecto al autor mediato, constituye aquel individuo que posee “el dominio del hecho” a través del “dominio de la voluntad” de otro sujeto. Es el sujeto que se sirve del actuar de un intermediario, pero mantiene el dominio del hecho por que domina la voluntad del otro. (Villavicencio, 2013)

El CP peruano hace alusión a este tipo de autoría en el artículo 23, en tanto hace alusión al siguiente término “a quien ejecuta el acto delictivo por medio de otro”. En la autoría mediata se pueden precisar dos características:

- ✓ “Posición subordinada del intermediario”.
- ✓ “Rol dominante del mandante”.

En la autoría mediata lo importante es la relación existente entre el ejecutor material y el hombre de atrás, relación en la que el papel fundamental lo tiene el hombre de atrás y el intermediario se encuentra en una situación de subordinación, teniendo por tanto el dominio del hecho el hombre de atrás (Villavicencio, 2013, p. 470). Así se puede mencionar un ejemplo: “el médico que prepara una inyección

con veneno y ordena a la enfermera aplicarla al paciente, la que desconoce su contenido; el médico será autor mediato de asesinato” (artículo 108 del CP).

En la doctrina (Villavicencio, 2013) se han clasificado los diversos casos de autoría en los siguientes:

- a) Ejecutor que actúa sin realizar lo injusto (actúa sin realizar el tipo objetivo o sin realizar el tipo subjetivo o actúa justificado).
- b) Ejecutor que procede sin culpabilidad (ejecutor inimputable o en error de prohibición o ejecutor inexigible) (Villavicencio, 2013).

Existe así una problemática especial donde los ejecutores pueden actuar mediante un aparato de poder. Este supuesto de intervención delictivo se da efectúa en los casos de aparatos organizados, en tal sentido que las decisiones para la ejecución del delito lo toman el sujeto o sujetos que está o están en la cabeza del aparato; sin embargo, los individuos que materialmente ejecutan el delito son los individuos u hombre de adelante, los que poseen la característica de ser fungibles (Villavicencio, 2013), es decir, que pueden ser cambiados por otros a voluntad de los que están a la cabeza del aparato.

Del mismo modo se han planteado dos supuestos doctrinarios que exponen lo concerniente a la autoría mediata:

- ✓ Quienes consideran que es autor mediato el “hombre de arriba”, sin que deje de ser autor el ejecutor.

- ✓ Quienes plantean que se trata de un caso de “coautoría”. Estos aparatos de poder se dan, por ejemplo: en “grupos paramilitares u organizaciones” que tiene la naturaleza “castrense o militar” (Villavicencio, 2013).

2.2.8.1.3. Coautoría

La coautoría constituye un supuesto de autoría. Efectivamente, en el terreno empírico existen formas diversas y variadas en las que el comportamiento humano se puede estructurar a fin de configurar una autoría criminal (Rosales, 2012).

Por tal motivo, Roxin ha señalado, por una parte, que la coautoría presupone una “estructura horizontal”, en el sentido de “actividades equivalentes y simultáneas” (...) y, por otra parte, envuelve una “interdependencia recíproca” entre los intervinientes (...). De esta manera, uno es coautor cuando “domina junto con otros el curso del acontecer” (...); siendo ésta la definición que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria adoptan (Rosales, 2012).

Para fundarse la presencia de la coautoría en la doctrina se diseña dos requisitos esenciales a efectos de configurarse la misma: la “decisión común” y la “realización en común”.

Así por “decisión común” se puede señalar que es aquella repartición de las ocupaciones criminales entre los diversos autores que intervienen en la configuración delictiva, en consecuencia, dicha situación establece el vínculo de los ejecutantes del evento criminal realizadas a cabo por distintos individuos.

Por otro lado, la realización común del hecho constituye aquel aporte objetivo al hecho, encontrándose dicho aporte en una relación de interdependencia funcional asentada sobre el principio de la división del trabajo, es decir que cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos (Villavicencio, 2013, p. 481). Entonces, para establecer la coautoría, la contribución que desee el interviniente en la etapa de ejecución del crimen se torna ineludible.

2.2.8.2. Partícipes

En torno a la “participación” en sentido exacto constituye aquella “cooperación dolosa” en un delito de carácter también doloso que lo efectúan otros, es decir es “ajeno”. De ese modo, los partícipes son aquéllos individuos cuya actividad se encuentra en subordinación con la ejecución del autor principal, por tanto, ellos de ninguna manera tienen el dominio del hecho (Lozano, 1998).

Dentro de la participación, un fundamento esencial es la “accesoriedad”, que se manifiesta como aquella correspondencia de subordinación de las “acciones de participación” respecto a un “hecho principal”. Para una extensa parte de la doctrina penal, no se puede hablar de participación sin concebir de idéntica manera a aquello en donde se participa. Esto significa que no pueden concebirse actos de participación sin la existencia de un delito principal (Lozano, 1998).

Los delitos describen la realización comisiva u omisiva para considerarse como “autores”, por tanto, para castigar a los “partícipes” se demanda extender el tipo penal en torno a las prerrogativas de la “participación criminal” previstas en el estatuto penal (artículos 24 y 25).

En consecuencia, en el hecho de establecer un sustento de punibilidad del partícipe debe ser ineludible establecer si la conducta de éste se ha ejecutado de manera directa, es decir, se ha efectuado el delito con un hecho propio, o si, por el contrario, se trata de una cooperación a un evento criminal ajeno y por consiguiente existe una “mera conducta de participación”. En definitiva, el evento criminal del partícipe puede atribuírsele solamente si previamente se incrimina al sujeto agente que actuó bajo la autoría.

De la lectura de nuestra legislación penal se desprende que los tipos de colaboración delictiva en sentido extenso son: “la instigación” y “la complicidad” (primaria y secundaria).

2.2.8.2.1. Instigación

La noción penal de la instigación esta prescrita normativamente en el artículo 24 del CP peruano, que textualmente indica: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

En base a lo señalado, el concepto de instigar se constituye como aquella representación independiente de participación, que se diferencia de la “autoría” (“cometer”) y de la “participación” por “ordenar” (...) se refiere a la persona que “proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa” (Olásolo, 2013).

Al respecto, Villavicencio (2013) manifiesta lo siguiente:

La instigación al lado de la complicidad constituye una forma de participación en sentido estricto, siendo la regla del artículo 24 del CP una extensión típica pues amplia los tipos de la parte especial para abarcar la conducta de quien dolosamente decide a otro a cometer el hecho punible. (p. 511)

De lo descrito se puede afirmar que la instigación es definida como aquella conducta activa que dolosamente concibe la injerencia o la disposición sobre el autor para ejecutar un delito doloso concreto. Implica el determinar a otro a la ejecución del hecho punible, lo que implica que el instigador debe haber originado en el autor la decisión de cometer el delito (Villavicencio, 2013).

La instigación implica de manera contundente la “influencia psíquico o psicológico” y los “medios” de los que puede afianzarse son indeterminados, esto debido a que deben involucrar un predominio psicológico. Además, el instigador debe actuar dolosamente, por lo que no es admisible una instigación culposa (Villavicencio, 2013).

La pena prevista legalmente para el instigador es la misma pena que concierne al autor. En tal sentido, ello no representa que le toque una idéntica sanción en homologación al autor, sino que se tendrán en cuenta los supuestos y circunstancias que encierran el contenido del ilícito penal que haya ejecutado el autor. Para sancionar la instigación, el autor debe haber consumado el delito o al menos llegado al grado de tentativa (Villavicencio, 2013).

2.2.8.2.2. *Complicidad*

En referencia a la complicidad está prevista en el artículo 25 del CP, el cual prescribe la figura de la complicidad primaria en el primer párrafo y el de la complicidad secundaria en el segundo párrafo del citado cuerpo legal.

Así señala Kai Ambos (2005) que la complicidad se configura como aquel:

(...) propósito de facilitar la comisión de (...) crimen, sea cómplice (...) o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión (...). La disposición exige, por tanto, desde el punto de vista objetivo una conducta de complicidad; al respecto, el concepto de “complicidad” (...), conocido por la jurisprudencia y las codificaciones, es complementado con aquel de la colaboración de algún otro modo (...) y determinado con más precisión con la referencia al suministro de los medios para su comisión (...). Como exigencia subjetiva especial es necesario que el cómplice preste su colaboración “con el propósito de facilitar” (...) la comisión del hecho principal. (p. 247)

De ese modo, será sancionado por complicidad quien dolosamente ha prestado una ayuda a otro respecto del hecho antijurídico que este ha cometido dolosamente (Wessels, Beulke, y Satzger, 2018).

Como ya se señaló líneas arriba, nuestro sistema legal prevé dos géneros de complicidad, entre los que resaltan: la complicidad primaria y la complicidad secundaria.

a) Complicidad primaria

De acuerdo a las ideas de García (2012) la complicidad primaria constituye: “un aporte sin el cual el delito no se hubiera podido perpetrar, la segunda se refiere a cualquier otra forma de auxilio o asistencia a la comisión del delito, se le reprime con la pena prevista para el autor” (p. 714).

Se denomina “necesaria, pues surge cuando el sujeto es indispensable para que se pueda realizar el delito” (Bramont Arias Torres, 2002, p. 416)

Se configura en tanto el sujeto o individuo suministra un “auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado” (primer párrafo del artículo 25 CP).

En consecuencia, el cómplice primario posee una representación del ilícito penal cometido y por ende recibe la misma sanción atribuida al autor, asimismo, la normatividad penal hace años atrás toman como referencia la actitud o accionar del autor del ilícito penal a efectos de imputar al cómplice primario (equivalencia).

b) Complicidad secundaria

Este tipo de complicidad se denomina también como “no necesaria”, cuando la cooperación del individuo es “indistinta”, en otras palabras, no es necesaria o indispensable. En el caso concreto podemos señalar el ejemplo típico del individuo que interviene de campana. Este grado de participación tiene menor incidencia, por tal motivo la doctrina sanciona con menor pena

(Bramont Arias Torres, 2002, p. 416), es decir, al cómplice simple se le “disminuirá prudencialmente la pena” (García, 2012, p. 714).

Normativamente se configura tal complicidad cuando “de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia” (segundo párrafo del artículo 25 CP). A diferencia de la sanción del cómplice primario, se señala que “se disminuirá prudencialmente la pena”, constituyendo una disminución obligatoria.

2.2.9. Tentativa

2.2.9.1. Concepto

Es frecuente encontrar en manuales y comentarios una afirmación general según la cual la tentativa es el hecho penal comenzado, pero no consumado, o, más exactamente, la acción que media entre la preparación y la consumación de un tipo doloso (Demetrio, 2019, p. 691).

Acorde a lo sostenido por el profesor Bacigalupo (1999) la tentativa se produce cuando:

(...) el autor, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad (...). Este concepto es común a los casos en que, a pesar de la falta de consumación del delito, la acción era adecuada para alcanzarla (tentativa idónea) y a los casos en que la acción carece de aptitud para alcanzar la consumación (tentativa inidónea). (pp. 463-464)

La tentativa es una categoría de desarrollo del delito en el cual se pone en “peligro” un bien jurídico, pero no se ha alcanzado a cometer de manera concreta la consumación o lesión del mismo. La tentativa “en si no existe”, es decir no hay un “delito de tentativa” (Bramont-Arias Torres, 2002, p. 345).

La tentativa implica la realización de un proceder (cuya finalidad es acabar un delito) que se interrumpe en un punto de su perfeccionamiento antes de lograr el grado de consumación, en otras palabras, antes de que se haya completado la acción ilícito penal. En otras palabras, surge cuando el sujeto da principio a la ejecución de lo dispuesto por el tipo penal mediante hechos directos, pero faltan uno o más para la consumación del delito, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 16 del CP peruano (Bramont-Arias Torres, 2002, p. 345).

Dice el profesor Villavicencio (2013) que: “(...) a diferencia de los actos preparatorios, la tentativa puede ser punible. Esta es una etapa superior en el desarrollo del delito, pues cuando se pasa a los actos de ejecución, los actos preparatorios quedan absorbidos por estos” (p. 421).

Una idea central es que la tentativa es la “interrupción del proceso de ejecución” direccionada a poder conseguir la consumación delictiva. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o involuntaria (externas o accidentales) (Villavicencio, 2013). En la legislación peruana “la tentativa puede ser admitida en todos los delitos dolosos de comisión u omisión”, a diferencia de otras legislaciones en las que es la propia regulación legal que indica en qué casos la tentativa es punible. Hay consenso en que en los delitos imprudentes no hay tentativa (Villavicencio, 2013).

2.2.9.2. Fundamento del castigo de la tentativa

La “tentativa” para ser sancionable penalmente, demanda ser un hecho exteriorizado con carácter de “socialmente perturbador”. Quedan fuera de la tentativa, por tanto, los pensamientos, las conductas desarrolladas únicamente en el ámbito privado y también las conductas externas que sean per se irrelevantes (García, 2012).

No obstante, debe precisarse que el carácter perturbador de un hecho externo no debe entenderse en relación con un bien jurídico, pues ello dificultaría no sólo la delimitación con los actos preparatorios, sino también la fundamentación de la punibilidad de cualquier forma de tentativa inidónea (García, 2012).

Al respecto, Bacigalupo (1999) indica que en la actualidad rivalizan por lo menos cuatro teorías que fundamentan la punibilidad de la tentativa:

La primera es la llamada teoría objetiva que considera la tentativa es punible por el peligro que ha corrido el bien jurídico protegido. En segundo lugar, se tiene la teoría subjetiva, que, por el contrario, toma como punto de partida, no ya la puesta en peligro del bien jurídico, sino la comprobación de una voluntad hostil al derecho, el fundamento de esta teoría está dado por la teoría de la equivalencia de condiciones para el resultado. En tercer lugar, está la teoría de la impresión, donde el fundamento de la punibilidad de la tentativa es la voluntad activa contraria a una norma de conducta, pero el merecimiento de pena de la acción dirigida al hecho solo será admitido conmueva la confianza de la generalidad en la vigencia del orden jurídico y, de esta manera, pueda ser dañada la paz jurídica. Y finalmente, el

fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente, se identifica por el carácter expresivo de la negación de una norma. (pp. 464-466)

La tentativa no es más que una causa de extensión de la pena, que responde a la necesidad político-criminal de extender la amenaza o conminación penal prevista para los tipos delictivos para el caso de consumación de los mismos, a conductas que ciertamente no consuman el delito, pero que están muy próximas a la consumación y se realizan con voluntad de conseguirla (Muñoz y García, 2010).

2.2.9.3. Elementos

2.2.9.3.1. Elemento objetivo

Indica en torno a este punto García (2012) que “nuestra regulación legal considera tentativa solamente el comienzo de la ejecución delictiva, lo cual parece abogar por una comprensión formal de la tentativa” (p. 740).

Otra postura es la sostenida por Bramont-Arias Torres (2002) sostiene que:

El sujeto activo debe haber comenzado la ejecución de la acción típica, donde surge la interrogante ¿Cuándo se comienza a ejecutar la acción típica? Para responder a esto se debe atender a dos elementos: **el plan del autor**: donde se examina la posición inmediata o directa del agente para la realización del hecho delictivo. Así mismo esta que **se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido**, donde se debe presentar una proximidad de lesión del bien jurídico y, dependiendo de esta proximidad,

se establecerá el grado de responsabilidad penal y, por tanto, la pena. (p. 348)

2.2.9.3.2. Elemento subjetivo

La imputación subjetiva en la tentativa, a diferencia de la imputación objetiva, es completa, esto es, se presenta igual que en el delito consumado (García, 2012, p. 742).

La tentativa es un “tipo dependiente”, ya que todos sus elementos van referidos a un “delito consumado”. “No existe una tentativa en sí”, sino “tentativas de delitos consumados de homicidio, hurto, estafa, etc”. De ahí que el dolo sea el mismo que en el delito consumado (una buena prueba de que el resultado consumativo también debe ser abarcado por el dolo (...)) (Muñoz y García, 2010).

Así, el sujeto activo actuar con una resolución criminal, es decir, con “la decisión de cometer el tipo penal, por tanto, este actuar es doloso”. Por ende, esta es la razón por la que “no hay tentativa en los delitos culposos, pues no existe una resolución criminal” (Bramont-Arias Torres, 2002).

2.2.9.3.3. Factor negativo

Mediante el “factor negativo” se indica la falta de consumación del tipo penal (Villavicencio, 2013, p. 427). De ahí que el sujeto activo “no debe haber consumado el delito”. La falta de consumación debe ser ajena a la voluntad del agente, por ende, debe darse por un hecho accidental o por la interpretación de un tercero (Bramont-Arias Torres, 2002).

2.2.9.4. Tipos de tentativa

De acuerdo a la doctrina autorizada, existe una tipología de la tentativa, los cuales se desarrollan de la siguiente manera:

2.2.9.4.1. Tentativa acabada

La tentativa será acabada cuando el autor durante la ejecución, al menos con dolo eventual, puede juzgar que la consecución ya puede producirse necesidad de otra actividad de su parte (Bacigalupo, 1999).

En lo que corresponde a la admisión del “desistimiento” en la “tentativa acabada”, se debe considera en torno a un hecho que todavía puede ser “susceptible de modificación”, en otros términos, que “el hecho se mantenga aún bajo el dominio del autor”. En tal sentido, si el hecho, como tal, resulta ya irreversible, esta situación deberá entenderse simultáneamente como la renuncia a la posibilidad de modificación (García, 2012).

Un claro ejemplo de la tentativa acabada se da cuando: “Una persona dispara directamente a la cabeza de otra para producirle instantáneamente la muerte; de modo que si la víctima mueve la cabeza produciéndole una herida grave que le producirá la muerte en caso de no ser inmediatamente atendida (García, 2012, p. 747). Si el agresor lleva a la víctima a la clínica y le salva la vida, eso no podrá considerarse un desistimiento de la tentativa de homicidio con un disparo dirigido a la cabeza, aunque su conducta constituye un hecho post-delictivo que generará sin duda efectos atenuatorios (García, 2012).

2.2.9.4.2. *Tentativa inacabada*

La tentativa será inacabada cuando el autor no ha ejecutado todavía todo lo que, según su plan, es necesario para la producción del resultado y desde un punto de vista objetivo no existe peligro de que ésta tenga lugar (Bacigalupo 1999).

En este tipo de tentativa se puede indicar que, si bien no se han ejecutado todas las acciones necesarias tendientes a la “culminación del resultado”, lo comenzado compone ya una “defraudación de la norma penalmente relevante” (tentativa). En este sentido, si el autor puede todavía corregir el sentido del hecho, lo cual tiene lugar normalmente mediante la interrupción de los actos ejecutivos, cabrá un desistimiento (García, 2012).

En principio, dado que el delito está todavía en proceso de ejecución, la reversión que fundamenta el desistimiento es siempre posible (García, 2012, p. 748). No obstante, si el hecho se le ha escapado de las manos, el desistimiento no podrá tener lugar, aun cuando la tentativa fracase y sea posible emprender nuevamente la conducta defraudatoria, de lo que desiste el autor (García, 2012). En estos casos, tiene lugar la llamada tentativa fracasada que, por sus particularidades, merece un tratamiento más detenido (García, 2012).

2.3. Definición de términos

- **Funcionario público.** - Al respecto Salinas (2014) indica que:

Son determinados servidores que trabajan en las empresas públicas y en las empresas del Estado en vista que en la actualidad hay una jurisprudencia no uniforme. Son “funcionarios” los que están involucrados en la “carrera administrativa”, entonces son aquellas personas que personifican la voluntad de o un órgano o ente administrativo. (p. 10)

- **Influencias.** - Constituye aquella “presión psicológica con prevalimiento de cualquier relación, que interfiera en el proceso motivador de forma idónea o, en su caso, eficaz en una relación personal entre quien resuelve y quien se beneficia y el lucro obtenido de forma ilícita” (Cugat, 2014, p. 13).
- **Intervención.** – “Acción y efecto de intervenir, de tomar parte en un asunto; de interponer uno su autoridad” (Ossorio, 2007, p. 532).
- **Participación.** – “Acción y efecto de participar, de tener una parte de una cosa o tocarle algo de ella. Prestar auxilio o cooperación sin los cuales no se podría cometer un acto o hecho” (Ossorio, 2007, p. 722).
- **Simulación.** – “Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdaderos de un acto o contrato. La simulación puede tener una de dos finalidades: aparentar un acto inexistente u ocultar otro real” (Ossorio, 2007, p. 922).
- **Tentativa.** - Constituye aquella “acción en la cual existe la ejecución del delito directamente y que por hechos exteriores y no practica todos los que debieran

producir el delito, no se efectúa de manera concreta o consumada” (Ossorio, 2007, p. 962).

- **Tráfico de influencias.** - En ideas de Abanto (2014) constituye:

Aquel delito cuyo hecho típico reprimido es el de aprovecharse de una situación de privilegio para obtener un beneficio propio o para favorecer a otra persona. Regularmente el concepto de tráfico de influencias se aplica en el ámbito funcional, es decir dentro de la administración pública para los fines del Derecho Penal. (p. 677)

- **Tráfico.** - Constituye aquel prevalimiento de una posición, direccionada a inducir a una persona (funcionario) a adoptar una resolución en beneficio propio o de un tercero (RAE, 2020).

2.4. Hipótesis

Las hipótesis constituyen aquellas pautas que contiene una investigación o estudio a efectos afirmarlos o negarlos. Las hipótesis indican lo que “tratamos de probar y se definen como explicaciones tentativas del fenómeno investigado. Se derivan de la teoría existente y deben formularse a manera de proposiciones. De hecho, son respuestas provisionales a las preguntas de investigación” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 104).

2.4.1. Hipótesis general

El tratamiento de la acción típica en el delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana; es disímil y contradictoria; toda vez que en el tipo penal conviven la racionalidad e idealidad en la construcción típica; es más, no hay claridad y consenso respecto a la presencia de la tentativa y la participación.

De acuerdo a la hipótesis indicada de manera precedente, se pueden extraer y describir las siguientes variables:

2.5. Variables

✓ **Variable independiente (X)**

Tráfico de influencias.

✓ **Variable dependiente (Y)**

Acción típica, tentativa y participación.

Capítulo III

METODOLOGÍA

3.1. Tipo de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

La presente investigación correspondió a una investigación de naturaleza **Dogmática-Normativa** (Solís, 1991, pp. 59-60), que permitió ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado. En consecuencia, se efectuó el estudio dogmático de la acción típica en el delito tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana. Constituyendo de esta manera una investigación dogmática, de naturaleza teórica, donde no es indispensable una delimitación temporal ni espacial, ya que dicha exigencia únicamente es válida para las investigaciones de corte empírico o jurídico social, cuyo dato no se observa en la presente investigación.

3.1.2. Tipo de diseño

La investigación correspondió a una **No Experimental** (Robles, 2012, p. 34), ya que careció de alguna manipulación intencional de la variable independiente; además no ostentó la descripción de algún grupo de control y mucho menos de un grupo experimental. Su propósito en este caso es el estudio de un hecho jurídico reconocido en el problema que ha acaecido posteriormente en la realidad.

3.1.2.1. Diseño general

Para nuestra investigación se empleó el diseño **Transeccional o Transversal** (Hernández y otros, 2010, p. 151), cuyo propósito fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo tiempo o en un periodo único. Entonces su finalidad está delimitada en puntualizar variables y examinar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está demarcado temporalmente para el periodo 2020.

3.1.2.2. Diseño específico

Se recurrió al diseño **descriptivo-explicativo**, cuya incidencia estuvo delimitado al estudio de los componentes que conciben condiciones problemáticas centralmente de un explícito contexto y poder expresar el comportamiento de las variables de estudio.

3.3. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

En este punto, se deben detallar las actividades del proceso que se han efectuado para la construcción de la información y/o conocimiento:

Proceso que incluye:

- a) **Planteamiento del problema:** Alcanzó la individualización y delineación del problema, el plan de una suposición directriz o de trabajo, y el acogimiento de métodos para el discernimiento del problema.
- b) **Construcción:** Constituye la exploración de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella se constata el afianzamiento crítico de un

texto, con la trascendencia crítica de veracidad, así como en torno a los datos comprendidos se observa aquella procedencia y sujeción sobre diversos materiales, sujetos y fuentes, así como la agrupación de los datos obtenidos en la investigación.

- c) **Discusión:** Cuya situación estuvo delimitada en la exploración crítica de los materiales obtenidos; donde se han adoptado aquellas tesis y los métodos para su evidencia; en tal sentido, la tesis traslada a un plan de exhibición y reagrupamiento del material según sea el plan programado por la síntesis unitaria del progreso de la tesis.
- d) **Informe final:** Este documento ha sido redactado teniendo en consideración lo establecido en el estilo APA (7ª ed.), que es el más conveniente para la exposición de informes científicos en las ciencias sociales.

3.3.1. Población

En torno a este punto, como bien señala Zelayaran (2007, pp. 251-258) la población estuvo conformada de la siguiente manera.

- A. **Universo Físico:** Constituida por contextos de naturaleza mundial y nacional.
- B. **Universo Social:** Estuvo circunscrito en torno a los aportes de los juristas, plasmados en la dogmática jurídica, así como a los operadores del Derecho que han creado la jurisprudencia penal en el ámbito correspondiente.

C. **Universo temporal:** Respecto al periodo, estuvo delimitado en los años 2018-2020.

3.3.2. Muestra

En torno a la muestra se empleó:

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales (Zelayaran, 2007, pp. 251-258).

3.3.3. Unidad de análisis

Según Gomes (2003) señala que: “la unidad de análisis estuvo conformada por todas las fuentes documentales, tales como: Doctrina, Jurisprudencia penal y procesal penal, normatividad, el derecho comparado” (p. 55). Igualmente, la unidad de análisis residió en los siguientes puntos:

- **Unidad temática:** Compuesto por las variables de estudio.
- **Categorización del tema:** En base a los indicadores se instituyó las categorías de análisis.
- **Unidad de registro:** Documental en base al análisis de las categorías y datos en las fuentes del derecho.

3.4. Instrumento(s) de recolección de la información

Según sostiene Zelayaran (1997, pp. 127-132) los instrumentos para la recolección de la información son:

- a) Para recoger la información que ha sido objeto de validación, cuestionamiento y alcances de los objetivos de la investigación se empleó la denominada “Técnica Documental”, cuyos instrumentos estuvieron dadas por las fichas textuales, fichas de resumen y fichas de comentario, a través del cual se alcanzó la indagación de la doctrina.
- b) Asimismo, se empleó la técnica de “Análisis de contenido”, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo la información correspondiente de la jurisprudencia.
- c) Para la obtención de datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la “técnica exegética”, “hermenéuticas”, “teleológica”, con el cual se consiguió determinar el contenido esencial de las leyes y reglamentos correspondientes.
- d) En la sistematización de la información en un todo coherente y lógico, siguiendo desde luego una “estructura lógica”, modelo o una teoría que componga dicha información, se utilizó el método de la “Argumentación Jurídica”, recurrible en este tipo de investigaciones.

3.5. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo (Briones, 1986, p. 43), para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la argumentación jurídica para el análisis de la información. Los criterios que se alcanzaron en el proceso investigativo fueron los siguientes:

- Individualización del espacio físico donde se buscó la información.
- Individualización y registro de las fuentes de información.
- Acopio de información de la información.
- Estudio y evaluación de la información.
- Automatización de la información.

Definitivamente, la información que se ha obtenido con los instrumentos antes indicados valieron para la contrastación hipotética (Robles, 2014, p. 58), asimismo se ha hecho uso de la “teoría de la argumentación jurídica” (Gascón y García, 2016) cuya disciplina está abocada a señalar que “el Derecho puede dilucidarse como argumentación, pues el acto de argumentar representa el hecho de “dar razones” que justifiquen un determinado enunciado” (p. 49), de ahí que sea aplicable a cualquier rama del Derecho donde su esencia radica principalmente en dar una razón, para poder justificar su validez y esencia de manera coherente y clara. Por lo que, la “teoría de la argumentación jurídica” no tiene como objetivo primordial el hecho de exteriorizar o mostrar cosas nuevas a los juristas, sino el de

justificar o dar razones coherentes y lógicos a los planteamientos o enunciados en el mundo jurídico.

En ese sentido, Ramos (2011), al respecto señala que:

La prueba de la hipótesis será posible solo si ella ha sido formulada correctamente. De allí derivará validez. En realidad, no podemos probar que una hipótesis es verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio. Para decirlo, en otros términos, no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis –como creen muchos–, sino que se aporta evidencia a favor o en contra de la hipótesis. Cuanto más intenso haya sido el trabajo de investigación, mayor será la solidez de nuestra comprobación. (p. 129)

Capítulo IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Presentación de resultados

4.1.1. Resultados normativos

Realizada la búsqueda de la legislación de naturaleza penal en el derecho comparado y específicamente sobre el delito de tráfico de influencias, se pudo hallar los siguientes preceptos legales:

4.1.1.1. Código Penal de Argentina

Artículo 256 bis.-

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.

4.1.1.2. Código Penal brasileño de 1995

Artículo 332.- Solicitar, exigir, cobrar u obtener, para sí mismo o para otros, ventaja o promesa de ventaja, con el pretexto de influir en un acto realizado por un funcionario en el ejercicio de su función: Pena - prisión de 2 (dos) a 5 (cinco) años, y multa.

Párrafo único - La pena se incrementa en la mitad si el agente afirma o insinúa que la ventaja también está destinada al funcionario.

4.1.1.3. Código Penal de Colombia

Artículo 411. Tráfico de influencias de servidor público

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.

4.1.1.4. Código Penal de Ecuador

Artículo 285

Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad, estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, (...).

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, las concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales de los organismos administrativos del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito.

4.1.1.5. Código Penal de Bolivia

Artículo 146

El funcionario público o autoridad que, directamente o por interpósita persona y aprovechando de las funciones que ejerce o usando indebidamente

de las influencias derivadas de las mismas, obtuviere ventajas o beneficios, para sí o para un tercero (...).

4.1.1.6. Código Penal de Panamá

Artículo 354.- Quien valiéndose de su influencia o simulando tenerla, solicite, reciba, acepte promesa o prometa en beneficio propio o de un tercero, dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico, con el fin de obtener un beneficio de parte de un servidor público o un servidor público extranjero de una organización internacional en asunto que se encuentre conociendo o pueda conocer, será sancionado con prisión de cuatro a seis años.

La pena será de cinco a ocho años de prisión, si quien ejerce o simule influencia es un superior jerárquico de quien conoce o debe conocer el asunto de que se trata”

4.1.1.7. Ley N.º 2.523/04, “Ley que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias” de Paraguay

Artículo 7. -

1) El que reciba o se haga prometer para sí o para un tercero, dinero o cualquier otro beneficio como estímulo o recompensa para mediar ante un funcionario público, en un asunto que se encuentre conociendo o haya de conocer invocando poseer relaciones de importancia o influencia reales o

simuladas, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o multa.

2) Igual pena se aplicará a quien entregue o prometa dinero o cualquier otro beneficio, para obtener el favor de un funcionario público.

3) Si la conducta señalada en los incisos 1) y 2) de este artículo estuviera destinada a hacer valer una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o ante fiscales del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su consideración, el límite legal máximo de la sanción se elevará hasta cinco años de pena privativa de libertad.

4.1.2. Resultados jurisprudenciales

Con respecto a los resultados jurisprudenciales que reforzaran nuestro trabajo de investigación son los siguientes:

4.1.2.1. Casación N.º 374-2015

De fecha doce de junio de dos mil seis, los cuales los argumentos de la Sala Penal Permanente fueron los siguientes, la defensa de Aurelio Pastor se centró en demostrar que:

- a) Aurelio Pastor actuó dentro del “riesgo permitido” porque fueron actos propios de la abogacía;
- b) No violó el Código de Ética del CAL;

- c) el derecho penal es de última ratio y si no tuvo sanción administrativa, menos debía tener una penal;
- d) Aurelio Pastor alegó que los “invocados” (el fiscal Pablo Sánchez y el expresidente del JNE, Hugo Sivina) eran “gente correcta”, lo que hacía poco probable que pudiese influir sobre ellos;
- e) No está prohibido tener amistades con un juez o fiscal,
- f) El Código de Ética sanciona dilatar el proceso “innecesariamente”, pero no “más allá del plazo legal”, por cuanto la complejidad del caso podría hacer necesaria ir más allá de este, y
- g) Las gestiones de intereses jurídicos fueron registradas.

4.1.2.2. Casación N.º 683-2018, Nacional

3. El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcional y de carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de “influencia real” el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la administración pública. Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia de que la misma forme parte o no de un plan delictivo que lleva a la constatación de una empresa criminal. (...) 5. El artículo 26 del CP es aplicable en el presente caso, pues la conducta del recurrente (*extraneus*) ha sido calificada de instigación del delito de tráfico de influencias. En el caso concreto la condición de funcionario público del autor (*intraneus*) solo agrava la punibilidad –afecta, en todo caso, pero no la fundamenta– pues se erige en una circunstancia

agravante específica. La cualidad de funcionario público del autor es un elemento personal especial, que, en el caso del delito de tráfico de influencia, como se anotó, agrava la pena, pero no la fundamenta –en cuyo caso, si la fundamentaría, la solución necesariamente sería distinta–. Entonces, si no se da en el participe este elemento personal especial no puede ser penado por el tipo agravado sino por el básico.

4.1.2.3. Apelación N.º 08-2018-02, Lima

13.4. (...) Dentro del delito de tráfico de influencias concurren obligatoriamente una pluralidad de sujetos, según la imputación: el vendedor de influencia como el sujeto activo (Walter Ríos Montalvo), el funcionario sobre el que recaer la influencia (jueces de la Sala Mixta de Emergencia del Callao), el comprador de influencias (Marsano Bacigalupo), lo que en doctrina constituye un delito de encuentro por la intervención de los citados, como parte de la tipicidad objetiva.

13.5. El considerar al interesado –en este caso Marsano Bacigalupo– como instigador en el delito de tráfico de influencias, implica que contacte con una persona (Ríos Montalvo) capaz de influir sobre el funcionario público (jueces integrantes de la Sala Mixta de Emergencia) y le sugiera con marcada intensidad (influjo psicológico, comienzo de la inducción), que se intervenga a su favor, recibiendo beneficios económicos, que sus dependientes coordinan, lo que se colige de la imputación de los hechos atribuidos por la fiscalía.

4.1.2.4. Expediente N.º 00017-2011-PI/TC, sentencia del Tribunal Constitucional

De fecha 3 de mayo de 2012, el cual se dio origen por Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N.º 29703 que modifican el artículo 384 del CP (delito de colusión) y el artículo 401 del CP (delito de tráfico de influencias).

Con respecto al Tráfico de influencias en la demanda se solicita lo siguiente:
Modificación del artículo 400 del CP (Tráfico de influencias)

1. La parte demandante solicita que a través de una sentencia manipulativa se elimine el término “real” de la redacción del delito de tráfico de influencias en la disposición impugnada: *“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”*.
2. “El objeto de la demanda es evitar que quepa la posibilidad de interpretar dicha disposición en el sentido de que únicamente resultan penalmente relevantes aquellos supuestos en los que se trata de influencias reales y no únicamente las aparentes”. Conforme a la antigua redacción de la norma, así como la de la norma que reemplazó a la disposición en cuestión, se prevé expresamente: *“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 (...)”.

3. Como es de verse, la demanda en este extremo está dirigida a “cuestionar la despenalización del supuesto consistente en el tráfico de influencias simuladas”. Al respecto, el único fundamento aportado por la parte demandante para “cuestionar la constitucionalidad de la modificación del delito de tráfico de influencias” operado a través de la ley en cuestión es la pretendida disconformidad con el artículo 18 de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, sin aportar argumento alguno. Al respecto, cabe señalar que es doctrina consolidada de este Tribunal la exigencia a cargo de cualquiera de los sujetos legitimados en el proceso de inconstitucionalidad, de que, al impugnar una norma con rango de ley, se identifique “la disposición o las disposiciones de la Constitución que habrían resultado infringidas, así como ofrecer los argumentos jurídico-constitucionales por los que se debería expulsar la norma impugnada del ordenamiento jurídico”. En ese sentido, se ha afirmado que “cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico”, es carga de los demandantes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, por ello,

hablar, de una carga del recurrente y en los casos que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar” (STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 115).

4. 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 impugnada el tráfico de influencias simuladas no pueda ser perseguido penalmente”. Como se sabe, y conforme a lo ya señalado en la presente sentencia, “puede resultar inconstitucional no solo una ley penal que constituye una intervención excesiva en los derechos sino también una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados”.
5. Desde luego, y atendiendo al margen del que goza “el legislador para configurar los delitos y las penas, así como al carácter subsidiario del Derecho Penal”, para determinar que “un supuesto de descriminalización o de atenuación de la persecución penal resulta inconstitucional “no basta con advertir el fin constitucionalmente válido que podría ser protegido a través de una norma penal”, puesto que, como se sabe, “el Derecho penal no es la única forma de protección sino acaso la última y la más gravosa”.

Además de la existencia de un bien constitucional deberá determinarse que “la falta de persecución penal para este supuesto lo deja en indefensión”. Para ello, como ya se señaló es necesario el concurso de la parte demandante, quien debe aportar argumentos constitucionales que permitan a este Tribunal dilucidar la pretensión, lo que no se ha dado en el presente caso.

4.1.2.5. Exp. N.º 00228-2017-PHC/TC

5. (...) El delito de tráfico de influencias imputado al favorecido ha quedado plenamente acreditado con la propia declaración del favorecido, la cual ha sido corroborada con las declaraciones de otros dos testigos (efectivos policiales); empero, tampoco se hace referencia ni se indica cómo ha demostrado otro de los elementos constitutivos del tipo penal del delito de tráfico de influencias, como son la promesa de dar u otorgar algún tipo de donativo u otra ventaja para para sí (propio agente) o para tercera persona a efectos de que se produzca el tráfico de influencia.

6. En consecuencia, en las resoluciones cuestionadas no se habría expresado cómo se habría configurado el tipo penal del delito de tráfico de influencias, puesto que, si bien se mencionan las llamadas telefónicas por parte del favorecido, faltaría un elemento constitutivo del tipo penal referido al pago o promesa de recibir, hacer dar o hacer prometer; es decir, los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja y con el ofrecimiento de algo), que corresponden al comportamiento típico del delito

de tráfico de influencias que debieron ser acreditados en autos, por lo que dichas resoluciones no se encuentran debidamente motivadas.

4.2. Análisis e interpretación de los resultados

El ilícito penal de tráfico de influencias desde la “regulación penal comparada” ha sido caracterizado como “conducta sancionable” en muchos países de Latinoamérica. Es menester observar las demás legislaciones para poder entender con “mayor exactitud” este tipo penal. De esa forma, en Bolivia la regulación penal del delito de tráfico de influencias se sanciona cuando “el funcionario público o autoridad que, directamente o por interpósita persona y aprovechando de las funciones que ejerce o usando indebidamente de las influencias derivadas de las mismas, obtuviere ventajas o beneficios, para sí o para un tercero”; esta regulación ostenta una análoga técnica legislativa a la del sistema jurídico del Perú.

Como se puede observar en los resultados normativos, en Paraguay, el delito de tráfico de influencias no ha sido tipificado en el CP, sino, se ha utilizado la técnica legislativa distinta recaída de una ley especial para su regulación. En el caso paraguayo, se sanciona penalmente al sujeto que compra las influencias, el cual se distingue con la técnica legislativa peruana, pues, la sanción –valga la aclaración– a la conducta de “vender” como de la de “comprar influencias”.

Por su parte, el CP ecuatoriano regula el delito de tráfico de influencias posee una “técnica legislativa” distinta a la empleada en el caso peruano, en tanto su regulación tiene como agravante, es decir, la aplicación de una pena se incrementa

cuando se trate de un funcionario que “accedió por voto popular” que participe traficando influencias.

En el caso del CP colombiano ha regulado el tipo penal de tráfico de influencias de manera distinta a la del CP peruano, de tal manera que se reconoce la sanción de la participación del funcionario público y del particular que posee las influencias.

El CP argentino al respecto, sanciona penalmente el tráfico de influencias tanto al particular que hace valer su influencia, no detalla de manera concreta el tipo de influencia –real o simulada– como al funcionario público realice, retarde o deje de hacer alguna acción propia a sus funciones. Así mismo, si el funcionario público es “un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, que emita, dicte, demore u omita un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, será sancionado con el máximo de la pena de prisión –doce años–”.

Por su parte, en Panamá, el tráfico de influencias se enmarca en la acción del sujeto agente quien se vale de una influencia o simula tenerla, solicita, recibe, acepta promesa o promete en beneficio propio o de un tercero, dinero, bienes o cualquier otro provecho económico o con efecto jurídico, con el fin de obtener “un beneficio de parte de un servidor público o un servidor público extranjero de una organización internacional en asunto que se encuentre conociendo o pueda conocer”. Como se puede observar, existe cierta similitud a la disposición penal de Tráfico de influencias peruana, si bien es cierto no existe una determinación de influencias reales, se debe entender de esa forma, esto debido a que también hace referencia al acto de simular la una o un conjunto de influencias, lo cual hace prever dos

supuestos: influencias reales y simulados. Además de que dicha regulación penal hace referencia a funcionarios públicos de dicha nación y extranjeros, por lo cual hay una ampliación de sanción a los sujetos de otros países dentro del territorio panameño. Finalmente, se agrava el citado tipo penal cuando exista un ejercicio de influencias o se simule los mismos por medio de un superior jerárquico dentro de la función pública.

4.3. Discusión

4.3.1. Respecto a la conducta prohibida y los elementos típicos en el delito de tráfico de influencias

Es conveniente apreciar que, dentro del contexto de ley penal peruana, especialmente en el artículo 400 castiga el accionar ejecutado tanto por individuos particulares como por funcionarios públicos –agravando la pena cuando el hecho es ejecutado por estos últimos–. Esto de acuerdo a las ideas de Montoya (2013) quien afirma que:

Esta figura delictiva presenta una modalidad básica que constituye un delito común, y del mismo modo la propia prescripción penal admite una modalidad agravada que implica un delito especial, en vista de que se exige que el sujeto activo tenga calidad de funcionario público. (p. 122)

En tal sentido, es importante tener en cuenta lo resuelto en el caso emblemático de Aurelio Pastor donde se habría cometido el “delito de tráfico de influencias” con la cualificación de “particular” y no de “funcionario público”, pues no ostentaba ningún deber o cargo dentro la administración pública cuando se efectuaron los hechos en cuestión.

Ahora bien la conducta señalada para el delito de tráfico de influencias, debe determinar lo correspondiente al bien jurídicamente protegido, así en torno al bien jurídico protegido en el injusto penal de tráfico de influencias, se puede explicar que este ilícito penal no penaliza “el mero hecho de ostentar influencias” –ya que todas los individuos, en virtud de su desarrollo profesional y personal que implique

la construcción de cierto prestigio—, pues cada individuo puede alcanzar cierto “grado de influjo” sobre otras personas.

Por el contrario, comenta Guimaray (2012) que el delito tipificado en el artículo 400 del cuerpo legal penal sanciona “el invocar las influencias (existan estas o no) con la finalidad de trasgredir o vulnerar el correcto funcionamiento de la administración pública” (p. 145).

De ahí que a nivel jurisprudencial se haya indicado que el bien jurídico protegido en el tráfico de influencias supone una suerte de “*adelantamiento de la corrupción*”, reprimiéndose desde la “fase de preparación” cualquier intento de interferencia en la “función jurisdiccional o administrativa”. De este modo, que detrás de la persecución penal de los “actos de tráfico de influencias” descansa el fin de evitar un atentado contra el “buen funcionamiento de la administración pública”, y que esta protección se persigue a través de la represión de actos de personas que busquen “influir negativamente” en el correcto “desempeño de los funcionarios y servidores públicos” (Exp. N.º 00017-2011-PI/TC).

Así, puede sostenerse que lo fundamental del tipo penal analizado es impedir que se intervenga en las disposiciones que puedan efectuar los funcionarios públicos de naturaleza judicial o administrativa, de manera que estos puedan defraudar sus deberes de “imparcialidad” y “objetividad” situando por encima de los “intereses generales” de los administrados, los “intereses particulares” de los implicados en este ilícito penal.

En buena cuenta el bien jurídico específicamente protegido por el “delito de tráfico de influencias” constituye “la institucionalidad de la administración

pública”, cuyo entendimiento está diseñado por “un cumulo de principios, deberes y valores que constituyen la labor de los funcionarios públicos”. Si esta institucionalidad no es protegida, la administración pública –administración de justicia en concreto– sería vista como débil e influenciable por intereses personales ilegítimos (Guimaray, 2012).

De tal manera que se suscita un imperativo de “no involucrar esta institucionalidad” con la imagen o el “prestigio” de una entidad pública pues el “prestigio” constituye un interés cuya situación o circunstancia valorativa de carácter subjetiva que no puede ser comprendida por el amparo del Derecho Penal.

Por otra parte, se designa al delito de tráfico de influencias como un “delito de peligro”, donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que proporcionarse precisamente para la consumación del delito. Así, la puesta en peligro del bien jurídico se concretiza con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de una intermediación entre el que invoca y el funcionario público.

En torno a la conducta típica, basta con demandar influencias concernientes a la eventualidad de intervenir ante concreto funcionario público para hacer alusión a la consumación del delito. No es obligatorio que se dé una culminación de un convenio de intervención entre quien interviene y el interesado, pues se presencia un “delito de participación necesaria”. Tampoco es importante para consumir el ilícito penal si las influencias que exhorta el sujeto activo tengan connotación real o simulada.

De esa forma, no correspondería deducir de ningún modo que el injusto penal se halla cometido “cuando el funcionario público al que las influencias del sujeto activo hacen referencia concluye ejerciendo o desempeñando el favor exigido de manera cierta por el agente”.

En consecuencia, el “delito de tráfico de influencias” requiere que el sujeto agente “invoque” influencias “reales” o “simuladas” –no se requiere el ejercicio efectivo de las influencias–. De tal forma que bastaría solamente con que el sujeto agente “invoque” las influencias ante el supuesto interesado.

Por otro lado, el desarrollo continuo en torno a los elementos típicos del tipo penal de tráfico de influencias, se ha tornado en la doctrina en un debate incesante. Así, en el precedente jurisprudencial Exp. N.º 06-2007-A.V., del 21 de mayo de 2007, caso Palacios Villar la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, siguiendo los planteamientos del profesor Hurtado Pozo, ha sostenido en forma atinada que el delito de tráfico de influencias previsto y sancionado en el artículo 400 del CP tiene como elementos típicos:

- (i) “Al traficante de influencias, que incluso, como en el presente caso, es un funcionario público” (sujeto activo).
- (ii) 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 este 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”.

- (iii) “La invocación de influencias del sujeto activo en cuanto se tiene capacidad para demandar ayuda a un funcionario público entendido como la capacidad –posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada” (medio delictivo)–.
- (iv) “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
- (v) “La obtención de beneficios, sean patrimoniales o no patrimoniales” (contraprestación por la influencia).

En ese orden de argumentación, la estructura típica del tráfico de influencias, deben guardar correlación y coherencia en torno a las bases de la teoría del delito, que como manifiesta Daza (2009), se instituye como un instrumento conceptual, mediante el cual se determina si el hecho que se imputa posee una connotación penal prevista en la ley (citado por Salinas, 2016, p. 656).

4.3.2. Delito de tráfico de influencias y su relación con la participación delictiva

De la representación expuesta en el tipo penal se afina que el tercero interesado de modo alguno puede ser estimado como “autor” o “coautor” del delito en analizado. Sin embargo, en el supuesto que el tercero interesado opere con dolo sobre el “tráfico de influencias” que impulsa, será instigador del injusto penal debido a que se proveería el supuesto establecido en el artículo 24 del CP. En tanto, en este supuesto el agente “actúa dolosamente” para decretar al traficante a cometer

el hecho punible, correspondiéndole en consecuencia la misma sanción que al traficante. Eso como es de conocimiento siempre estribará de la forma y situaciones en que intervinieron los actores en el perfeccionamiento del hecho punible. Y esto solo se demostrará luego de la indagación fiscal.

Ahora bien, en lo correspondiente a la relación del tráfico de influencias y la participación delictiva tiene una interesante apreciación es la que realiza Reátegui Sánchez cuando expresa que “sería conveniente que los jueces sigan una línea de adhesión a una determinada teoría del delito, dado que la fusión ‘jurisprudencia-doctrina’ debe ser una relación dinámica y dominante en la interpretación de una institución jurídico-dogmática”.

La aceptación de dicha idea (aplicado a operadores del derecho, diferente a jueces), es lo que ha fundado una aparente discusión entre Reaño Peschiera y Rodríguez Delgado al tratar el tema del interesado en el tráfico influencias, donde dichos juristas peruanos, bosquejan enfoques completamente contrarios, puesto que instituyen, correspondientemente, la preeminencia e irrelevancia penal del aporte del interesado.

Dicha discrepancia, no es en absoluto extraña, es una consecuencia lógica de su perteneciente punto de partida doctrinaria, dado que Rodríguez Delgado indica literalmente: “Cómplice es la persona que dolosamente ayuda al sujeto activo a cometer el hecho injusto, implica por ello la intervención en un hecho ajeno” (Salinas, 2016), a lo que Reaño Peschiera, refiere “Debe desligarse de la noción de accesoriedad que la concibe como dependencia de la participación al hecho del autor, y entenderla como el nexo que debe existir entre el suceso y todos los

intervinientes” (Reaño, 2010). Bajo esa línea de pensamiento, al partir de un punto de vista diferente, el punto de llegada es, evidentemente, distinto.

En tal sentido, el alcance jurídico penal de la contribución del interesado en el delito de tráfico de influencias, tiene correspondencia inmediata con la “teoría de la participación delictiva” a la que el operador o contribuidor se pueda adherir.

No puede darse algún inconveniente en considerar de cómplice al interesado que obtiene la influencia en el delito del artículo 400 del CP. Estas razones son esencialmente las siguientes:

- ✓ Bajo la “tesis de la accesoriedad” de la participación concerniente al resultado, “el comprador de influencia no contribuye con su actuara en el injusto del autor, sino constituye el supuesto de un único injusto alusivo al resultado”. Bajo esa línea argumentativa, lo apreciable “no es determinar si el aporte del cómplice ayuda o no, auxilia o no, a la materialización del injusto de autor, sino, si realiza un riesgo de relevancia penal para la plasmación de la infracción que se considere atentatorio a la vigencia de la norma penal”.
- ✓ Una demostración que necesariamente tiene que ir de la mano de lo descrito en el *ítem* señalado, es que los tipos penales de la parte especial, “no detallan conductas de autor o partícipe”, sino, lo que consideran es el “hecho penalmente relevante contrario a la vigencia de la norma”. Por ello, cualquier deducción o límite de la punición del interesado a partir de “la elucidación del tipo penal específico en relación con la descripción

de los intervinientes que ellos contienen, no incumbe con la tesis delineada”.

- ✓ Lo complicado, desde este punto de vista, no es establecer si “el comprador de la influencia, es o no cómplice del tráfico de influencia”, porque hasta donde se observa dicha línea de pensamiento, es totalmente permitido técnicamente, lo que se piensa es que “la dificultad reside en atribuirle a ese comprador, en cada caso en concreto, la creación o acrecentamiento de un riesgo penalmente notable”. Pero esto no propio del interesado en el tráfico de influencias, sino de la “imputación” de los injustos penales en general.

4.3.3. Delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa

Se debe precisar que el delito de tráfico de influencias es un “**delito de mera actividad**”, esto debido a que, para su consumación basta con el “simple ofrecimiento”, por parte del agente activo, de interceder ante funcionario o servidor público frente a un caso de justicia jurisdiccional o administrativa. Pues como señalaría el profesor español Mir Puig este ilícito penal “no requiere ningún resultado, basta el solo ofrecimiento o promesa”. Pues el comportamiento que se imputa y sanciona a su autor es en base a la realización del comportamiento típico, sin que sea obligatorio una reflexión sobre la ejecución de un resultado concreto.

En ese sentido, si existe una acción que se queda en la mera actividad o mera conducta –como sostiene el profesor García Caverro– punible, difícilmente puede sostener un grado de tentativa. Pues en los delitos dolosos de resultado “la tentativa constituye de por si una infracción a la norma penal”. Así la punibilidad de la

tentativa requiere que se atribuya a una persona la creación de un riesgo prohibido – no permitido – mediante el incumplimiento del deber negativo que se deriva de su libertad de organización (García, 2019).

En tal sentido, la punibilidad de la tentativa requiere siempre de un fenómeno externo que perturbe lo socialmente establecido y que tal perturbación infrinja la norma penalmente garantizada. Así, García Cavero entiende que dicho carácter perturbador de la tentativa no debe entenderse en función del peligro para un objeto que representa el bien jurídico, pues ello dificultaría no sólo la delimitación con los actos preparatorios, sino también la fundamentación de la punibilidad de cualquier forma de tentativa inidónea (García, 2019).

De modo que “la tentativa a diferencia de la mera exteriorización de la voluntad de cometer un delito que se considera unánimemente impune”. Por ello, la relevancia jurídico-penal de la tentativa no reside en la “interioridad de la persona”, sino en su “sentido comunicativo conforme a los parámetros sociales de interpretación”. Así en los “delitos de mera actividad” lo que se sanciona es que “se haya cumplido con los hechos que conducen a los resultados o peligros exigidos por la norma penal”. Y ello es lo que sucede además con la tentativa, donde existe en realidad una similitud los delitos de mera actividad donde existen actos o expresiones comunicativas tendientes a generar un resultado lesivo para los bienes jurídicos.

Compartimos lo expresado por Tamarit Sumalla quien afirma que, en cuanto a su estructura comisiva, los delitos de mera actividad, pueden admitir la tentativa, pero solamente en su modalidad inacabada. De ese modo puede observarse como

un delito de mera actividad, así como optarse a imputarse como un delito de tentativa inacabada, muy al margen de la clásica diferenciación de los delitos de resultado con los delitos de mera actividad. Pues, además el profesor Nelson Salazar también sostiene que “la consumación del tipo penal de tráfico de influencias no requiere que el funcionario servidor público en el cual se busca influir emita una resolución a favor del interesado”. Como en todo delito doloso, no existe inconveniente alguno para la configuración de la tentativa (*Versuch*) (Salazar, y Llamoja, 2020).

Esto se condice cuando se analiza el aspecto subjetivo del citado ilícito penal, como diría el profesor Rodríguez Delgado se cataloga como un “injusto penal de tendencia interna trascendente” o como se suele designar particularmente como “un delito mutilado en dos actos”, ya que para el perfeccionamiento de este injusto penal se demanda de un “acto posterior”. Estos actos se fragmentan en dos momentos: en primer lugar, es necesario que “el agente delictivo que invoque las influencias reciba una ventaja o promesa de donativo del “solicitante de influencias” o interesado”; y, segundo lugar, se requiere que “se comprometa a interceder ante un funcionario o servidor público”.

4.3.4. La racionalidad e idealidad en la construcción típica del tráfico de influencias

En el plano de la tipicidad objetiva, el delito de tráfico de influencias, las acciones que se deben verificar son: en primer lugar, si el sujeto agente ante un tercero interesado ha conjurado, reseñado, invocado o aducido ostentar alguna influencia al interior de la administración de justicia para conseguir que el

funcionario o servidor público se pronuncie en un determinado sentido respecto a los procesos judiciales o administrativos que el tercero con interés pueda tener.

Resulta de gran importancia el término “invocando”, cuya conceptualización entendida como aquel acto de petición o solicitud que esta relación directa con el hecho de recibir o prometer alguna cosa o beneficio.

En concepción del profesor Hurtado Pozo respecto al contenido esencial del delito de tráfico de influencias, comenta que el accionar típico permite comprender la posibilidad de invocar, que, por ejemplo, se puede dar con anterioridad, pero también puede darse de manera simultánea a la de recibir, hacer dar o prometer (Rojas, 2016).

La influencia, debe ser comprendida como “aquella capacidad-posibilidad de situar la acción ajena en una dirección determinada, manipulando condiciones de destino origen y naturaleza sobre el influenciado”. En este mismo sentido, en la doctrina extranjera, Cugat (2014), señala que “la influencia en tanto objeto central del intercambio, es entendido como cualquier situación de procedimiento o situación favorable en relación a tomas de decisión” (p. 26). De ahí que la influencia deba poseer un aspecto objetivo-subjetivo para su relevancia pueda concebirse de manera efectiva en el ámbito penal.

La influencia no debe concebirse como un “simple acto de conocer, poseer algún trato o tipo de relación, personal, profesional o de otra índole”, con un funcionario o servidor público.

Así esta influencia puede ser directa y precisa en proporción a un asunto de carácter judicial o administrativo que el funcionario o servidor público conoce. De

tal forma –y adelantando nuestra posición– el mero acto acceso ante el funcionario o servidor público o como criollamente se denomina “tener llegada” no satisface la esencia del tipo penal. Lo fundamental, para una debida imputación y posible sanción es que “la influencia debe ser más específica, definida y concreta debiéndose referir a un asunto o caso que sea de conocimiento, o lo haya sido”, por parte del funcionario o servidor público.

Es incuestionable que el sujeto agente delictivo efectúa estas acciones (citar o inducir) de “influir” con el único saber de qué el tercero interesado le entregue o prometa entregarle un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, como contraprestación. Para conceder efectos penales a lo señalado, es “irrelevante si dicho predominio invocado por el agente, es real o simplemente fue simulada”. Ya que, en ambos escenarios, se da el convencimiento claro de la “intención del agente”.

4.3.4.1. En torno a las influencias reales

Ahora bien, en torno al actuar de invocar o tener influencias reales, como una primera modalidad delictiva, cuyo contexto puede darse mediante el hecho de realizarse el delito de tráfico de influencias, siempre que dicha influencia sea real, es decir la posibilidad es inminente (Rojas, 2016).

Así, la influencia real nos precisa el profesor Rojas Vargas permite que la persona, objeto de influencia (influenciable), persiga o adecue su conducta funcional de acuerdo a los parámetros y anhelos del sujeto traficante (Rojas, 2016).

Por su parte, el magistrado Salinas Siccha, por su parte señala que la influencia real exige acreditar una relación cierta y evidente que debe existir entre el traficante y el funcionario público (Salinas, 2016). Esta situación es definitivamente determinante. Pero continua el citado autor que “no es necesario constatar si el funcionario o servidor público, en este caso de la administración jurisdiccional y/o administrativa, logra realizar lo prometido por el traficante”, cuya circunstancia desbordaría lo tipificado el citado tipo penal.

La constatación de una influencia real debe estar circunscrita principalmente cuando se verifique que el agente realmente tiene “contacto” con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia, y, por tanto, posee “poder o capacidad de orientar su voluntad” hacia una dirección determinada. El propio Salinas Siccha manifestó que “el agente se vale de la superioridad jerárquica o de cualquier relación de la que se derive una posición de ascendencia, a cambio de recibir una ventaja efectiva o potencial”. No es necesario verificar si el funcionario o servidor público de la administración jurisdiccional o administrativa realiza lo prometido por el traficante –lo que en líneas arriba ya se precisó– (Salinas, 2016).

Se debe enfatizar el contacto y proximidad que deba tener el traficante con el funcionario o servidor público, ello ha sido expresado por Peña Cabrera Freyre quien analiza que la modalidad delictiva de influencias reales, están enmarcadas por el “vínculo”, “la proximidad”, “la correspondencia del traficante con el funcionario y/o servidor público concierne la comprobación”.

Se debe precisar que la influencia real presenta dos supuestos delictivos, y los cuales son: *(i)* cuando el traficante, ante un tercero interesado, invoca, cita, alega o aduce tener influencias al interior de la administración de justicia para lograr que el funcionario o servidor público materialice su objetivo criminal; *(ii)* cuando el traficante, de modo objetivo, y ante cualquier persona, evidencia en forma automática tener influencias (Salinas, 2016, p. 662).

De lo indicado, en el primer supuesto, el sujeto agente –traficante– hace uso de su situación favorecida para así obtener una ventaja individualísima. Por su parte, dentro del segundo supuesto, el sujeto agente no aduce o alega tener influencia, el tercero interesado, es quien deduce, por el cargo que desempeña y es quien instiga en el agente para que materialice dicha influencia (Salinas, 2016, p. 662).

Como se aprecia, el acto de invocar o señalar diversas influencias de carácter real, no significa obligatoriamente que se deban concretarse dichos actos ilícitos invocados por el funcionario o servidor público. Como se puede también observar el tipo penal no lo exige concretamente. Un dato de trascendencia es que las influencias que se pueden invocar pueden estar delineadas en aspectos o vínculos laborales, políticos, familiares, de amistad, entre otros frente al funcionario público, quien tiene a su cargo un proceso judicial o administrativo.

4.3.4.2. *En torno a las influencias simuladas*

El punto problemático radica en lo relativo a las influencias simuladas que se trafican, de ese modo existe este tipo de influencia, llamada también “venta de humo”, cuando el sujeto agente no posee influencia alguna. Cuyo significado se circunscribe en que no hay forma, ni existe la capacidad de invocar o tener alguna relación con algún funcionario o servidor público.

En la doctrina penal peruana, principalmente los profesores San Martín Castro, Caro Coria, Reaño Pescheira, Rojas Vargas, Abanto Vásquez, Rodríguez Delgado, como posición mayoritaria (Salinas, 2016), refieren que esta modalidad delictiva no posee una capacidad lesiva para afectar el bien jurídico que se tutela con el injusto penal de tráfico de influencias, como es el correcto funcionamiento de la administración pública; y son las principales voces que manifiestan que sería mejor la descriminalización de la citada conducta típica, al no configurarse el requerimiento de una antijuridicidad material.

El diseño legislativo en este tipo penal, ha sido cuestionado, sin embargo, el legislador peruano, en su momento, pensó que esta modalidad criminal era lesiva, principalmente por cuestiones de lucha contra la corrupción en todos los niveles de las entidades públicas.

Sin embargo, Salinas Siccha por una parte, trata de explicar que el tráfico de influencia simulada, se sustenta desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, esto es el “prestigio y buen nombre de la administración pública”, por ende, debe ser reprimido penalmente. (Salinas, 2016)

De lo aseverado, se debe tener en cuenta que “el agente que ofrece o vende humo, es la persona que más daño causa al bien jurídico específico protegido en el injusto penal del tráfico de influencias”. Su accionar delictivo, además de perjudicar al tercero interesado, afecta gravemente el prestigio y buen nombre de la justicia jurisdiccional y administrativa (Salinas, 2016).

De tal forma, es necesario como asevera Salinas Siccha que el Estado pueda ejercer un adelantamiento de las “barreras de punibilidad”, para impedir que se “normalice el mensaje” que va dejando el “proveedor de humo”. Es imprescindible dejar en claro que en la administración de justicia jurisdiccional y administrativa nada se vende ni se compra, ni mucho menos se vale del vínculo de amiguismo o padrinazgo. (Salinas, 2016)

Debe resaltarse que la modalidad de influencia simulada, no implica una influencia en sí misma, ya que la misma no existe, constituye una circunstancia es supuesto o aparente, que no reviste una inminente o al menos probable lesividad para el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública”, pues los contornos de dicho supuesto únicamente radican en el engaño, y en base al principio de lesividad no puede merecer una atención de carácter penal y mucho menos a nivel de un delito especial como lo son los que componen el grupo de delitos contra la administración pública, pues no existe vinculación alguna de “prevalimiento”, ya sea potencial o probable entre el traficante y el funcionario para configurarse de modo significativo penalmente; por lo que criminalizar la influencias simuladas constituye una extensión de la tipicidad del tráfico de influencias a un “supuesto de estafa común”.

Compartimos lo expresado por el magistrado y profesor San Martín Castro, para quien se está ante influencias simuladas o venta de humo cuando se verifica que “el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia” y, por lo tanto, no hay forma ni tiene capacidad de “orientar su voluntad a una dirección determinada”. Por ende, no existe una entidad lesiva para el bien jurídico que se protege, y por ello una consecuencia directa es su descriminalización (Salinas, 2016).

CONCLUSIONES

1. El tratamiento de la acción típica en el delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana, está delimitada por la teoría de la infracción del deber que acude a señalar un quebrantamiento de su rol y de la norma penal mediante el actuar de todo funcionario servidor público e incluso ampliando el radio de intervención penal dirigida hacia el particular *extraneus*; de manera que un particular puede acorde las últimas modificatorias legislativas en torno a la participación el hecho de contribuir en la realización de un hecho punible especial (artículo 25 del CP).
2. La uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre la acción típica que contiene el delito de tráfico de influencias, no es tan clara ya que hay posiciones que indican que el tercero interesado puede ser objeto de imputación penal mediante la figura de cómplice, y hay otro sector de la doctrina y jurisprudencia que sostiene lo contrario, en tanto el radio de imputación no podría – según este segundo supuesto- serle aplicable ya que carece de la cualidad especial y tampoco por infringir su rol y no haber quebrado la vigencia de la norma puntualmente.
3. Los criterios que tiene la doctrina y la jurisprudencia respecto a la tentativa y la participación en el delito de tráfico de influencias es disímil y contradictoria; toda vez que en el tipo penal antes señalado tiene una orientación a señalar constructos jurídico dogmáticos poco claros, respecto al actuar en grado de tentativa, ya que se adopta un criterio semejante al de la

estructura de los delitos de peligro, en tanto lo que se protege siempre será la correcta administración de los bienes y caudales estatales, y el sujeto cualificado infringe su deber, por ende se pone en peligro dichos bienes, por tanto, es inadmisibile la tentativa; sin embargo este criterio no podrían ser de recibo para resolver lo concerniente a la tentativa en el ilícito penal de tráfico de influencias, ya que lo primordial es el análisis de la conducta ilícita a efectos de valorar si se produjo o no la consumación del mismo o si puede ser considerado como tentativa, indistintamente de ser beneficiado ilícitamente con la influencia real o simulada dirigida hacia el tercero que puede o no intervenir en la configuración del citado delito.

RECOMENDACIONES

1. Recomendamos al legislador como interprete natural y originario reconsiderar la explicación específica del tratamiento de la acción típica en el delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación.
2. Respecto al análisis de lo expuesto, y desde nuestro punto de vista es conveniente unificar criterios jurisprudenciales por parte del Poder Judicial mediante sus resoluciones casatorias sobre el tratamiento de la acción típica en el delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación, pues a nuestro criterio tiene mucha notabilidad dentro de la doctrina y normatividad jurídico penal nacional e internacional.
3. Se recomienda realizar cursos permanentes de explicación y difusión sobre el tratamiento de la acción típica en el delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación, dentro de las facultades de derecho a nivel local y nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. & Vásquez, F. (2019). *El delito de tráfico de influencias*. Instituto Pacífico.
- Abanto, M. (2014). *Dogmática penal. Delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Grijley.
- Ambos, K. (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. (E. Malarino Trad.). Duncker & Humblot - Themis.
- Bramont Arias -Torres, L.M. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Eddili.
- Briones, G. (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. Editorial Trillas.
- Cugat, M. (2014). El tráfico de influencias. Un tipo prescindible. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 16(07), 1-23.
- Demetrio, E. (2019). Tentativa. En Salazar, N. (Dir.). *Comentarios al Código Penal peruano*. (tomo I). Gaceta Jurídica.
- García, P. (2012). *Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Jurista Editores.
- García, P. (2019). *Derecho Penal. Parte general*. (3ª ed.). Ideas.
- Gascón, M. y García, A. (2016). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. (3.ª ed.). Palestra.

- Gomes, R. (2003). Análisis de datos en la investigación. En De Souza, M. C., Ferreira, S., Cruz, O. y Gomes R. *Investigación Social: Teoría, método y creatividad*. Lugar Editorial.
- Gonzales, M. (2018). *La posición del interesado en el delito de tráfico de influencias*. [Tesis de maestría, Universidad de San Martín de Porres] https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/3948/gonzales_dmp.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Hernández, R. y otros (2010). *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill.
- Hurtado, J. (2006). Interpretación y aplicación del artículo 400 del código Penal del Perú: delito llamado tráfico de influencias. *Anuario de Derecho Penal* 2005 (12), 25-36.
- Hurtado, J. y Prado, V. (2011). *Derecho Penal. Parte general*. (tomo I). Idemsa.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Marcial Pons.
- Lozano, A. (1998). *La autoría y la participación en el delito. Análisis comparado de los ordenamientos español, francés e italiano desde la perspectiva de un Derecho común europeo* [tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/61500>
- Martínez, R. (2015). Corrupción en el Perú: ¿Es la contratación pública el ámbito donde más se desarrolla la corrupción? En Gaspar, A. y Martínez, R. (Dirs.). *Estudios de Política Criminal y Derecho Penal*. (pp. 383-403). Gaceta Jurídica.

- Muñoz, F. y García, M. (2010). *Derecho Penal. Parte general*. (8ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Noguera, I. (2014). *Guía para elaborar una tesis de Derecho*. Grijley.
- Olásolo, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal internacional. Libro homenaje al Augusto Ramírez Ocampo*. Tirant lo Blanch.
- ONU. (2005). *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. ONU.
- Ossorio, M. (2007). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. (26ª ed.). Heliasta.
- Peña Cabrera, R. (1995). *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Grijley.
- Piedrahita, R. (2017). *El delito de tráfico de influencias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* [Tesis de maestría, Universidad EAFIT, Medellín] https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/680/Renan_Piedrahita_Jaramillo_2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ramos, C. (2011). *Cómo hacer una Tesis y no envejecer en el intento*. Grijley.
- Robles, L. y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Ffecatt.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Grijley.

- Rosales, D. (2012). *La coautoría en el derecho penal ¿es el cómplice primario un coautor?* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4531/ROSALES_ARTICA_DAVID_COMPLICE_PRIMARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Salazar, N. y LLamoja, G. (2020). *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al código penal peruano*. Editores del Centro.
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*. (3ª ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Salinas, R. (2016). *Delitos contra la administración pública*. (4ª ed.). Iustitia-Grijley.
- San Martín Castro, C., Caro, D. C. y Reaño, J. (2002). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores.
- Solís, A. (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Princeliness.
- Tamarit, J. M. (1999). Comentario al art. 173. En G. Quintero Olivares (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi.
- Valdez, F. (2015). El delito de tráfico de influencias: La lesividad de la influencia simulada y el título de imputación del interesado en las influencias. *EnfoqueDerecho.com*. <https://bit.ly/3pr7H2g>

- Valverde, W. (2017). Estudios sobre la evolución doctrinaria y legislativa del delito de tráfico de influencias [Tesis doctoral inédita] Universidad Complutense de Madrid. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/21714>
- Villavicencio, F. (2013). *Derecho Penal. Parte general*. Grijley.
- Villegas, P. (2019). *Tratamiento dogmático y jurisprudencial del bien jurídico afectado en el delito de tráfico de influencias simulado en el Perú*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/17007/VILLEGAS_BERNAOLA_PERCY.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H. (2018). *Derecho Penal. Parte general*. (R. Pariona Trad.). Instituto Pacífico.
- Zaffaroni, R. (2009). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Editorial Ediar.
- Zelayaran, M. (1997). *Metodología de Investigación Jurídica*. Ediciones Jurídicas.

ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: LA ACCIÓN TÍPICA EN EL DELITO TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y SU RELACIÓN CON LA TENTATIVA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PERUANA

PROBLEMA	JUSTIFICACIÓN	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES
<p>General: ¿Cuál es el tratamiento de la acción típica en el delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana?</p> <p>Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Existe uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre la acción típica que contiene el delito de tráfico de influencias? • ¿Cuál o cuáles son los criterios que tiene la doctrina y la jurisprudencia respecto a la tentativa y la participación en el delito de tráfico de influencias? 	<p>Justificación Metodológica: Se hará uso de las normas, principios y procedimientos de investigación científica, considerando como finalidad la explicación de la acción típica en el delito tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana.</p> <p>Justificación Teórica: La presente investigación tendrá como soporte el marco teórico establecido, y epistemológicamente se generará nuevos conocimientos que van a fortalecer a las ciencias penales.</p> <p>Justificación Práctica: Los resultados de la investigación contribuirán a un mejor análisis y aplicación de la acción típica en el delito tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana.</p>	<p>General: Determinar cuál es el tratamiento de la acción típica en el delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana.</p> <p>Específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Describir y explicar si existe uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre la acción típica que contiene el delito de tráfico de influencias. • Explicar y determinar cuál o cuáles son los criterios que tiene la doctrina y la jurisprudencia respecto a la tentativa y la participación en el delito de tráfico de influencias. 	<p>Hipótesis general: El tratamiento de la acción típica en el delito de tráfico de influencias y su relación con la tentativa y la participación en la doctrina y jurisprudencia peruana; es disímil y contradictoria; toda vez que en el tipo penal conviven la racionalidad e idealidad en la construcción típica; es más, no hay claridad y consenso respecto a la presencia de la tentativa y la participación.</p>	<p>Variable independiente: Tráfico de influencias.</p> <p><u>INDICADORES:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Doctrina comparada • Jurisprudencia <p>Variable dependiente: Acción típica, tentativa y participación.</p> <p><u>INDICADORES:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Doctrina nacional. • Doctrina internacional.