



UNIVERSIDAD NACIONAL

“PEDRO RUIZ GALLO”

ESCUELA DE POSGRADO



DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA

“Participación del interesado en la responsabilidad penal del delito de tráfico de influencias en el ordenamiento jurídico peruano”

TESIS

**Presentada para optar el Grado Académico de
Doctor en Derecho y Ciencia Política**

AUTOR:

M.Sc. Gallardo Coronel, Hermitanio

ASESOR:

Dr. Hernández Rengifo, Freddy Widmar

LAMBAYEQUE – PERÚ

2020

“Participación del interesado en la responsabilidad penal del delito de tráfico de influencias en el ordenamiento jurídico peruano”

M.Sc. Hermitanio Gallardo Coronel

Autor

Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo

Asesor

Tesis presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de: DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA

Aprobado por:

Dr. José María Balcazar Zelada
Presidente del Jurado

Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero
Secretario del Jurado

Dr. Humberto Falla Lamadrid
Vocal del Jurado

Lambayeque, 2020

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

157

Siendo las 6 P.M. horas del día 24 de MAYO del año Dos Mil Diecinueve, en la Sala de Sustentaciones de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del jurado, designados mediante Resolución N° 0629-2019-EPG de fecha 16 DE MARZO 2019, conformado por:

- Dr. JOSE MARIA BALCAZAR ZECADA PRESIDENTE (A)
- Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO LUYENEN SECRETARIO (A)
- Dr. HUMBERTO FALLA LAMARCA VOCAL
- Dr. T. A. EDDY WILDMAR HERNAANDEZ DENEGRO ASESOR (A)

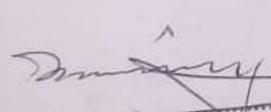
con la finalidad de evaluar la tesis titulada PARTICIPACION DEL INTERESADO EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DELITO DE T.O.A.F.I.C.O. DE INFLUENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PENAL

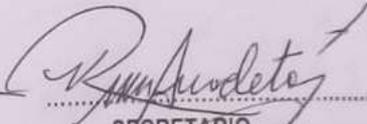
presentado por el (la) tesista HERMITANO LALLARDO CORONEL sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 0517-2019-EPG de fecha 13 DE MAYO DE 2019.

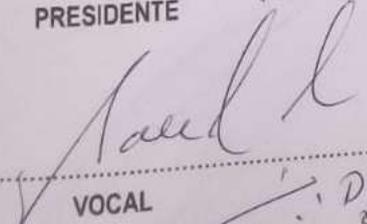
El Presidente del jurado autorizó el inicio del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 75 puntos que equivale al calificativo de BUENO.

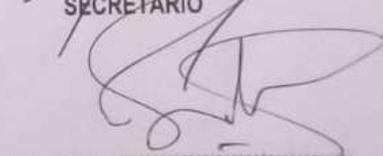
En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.

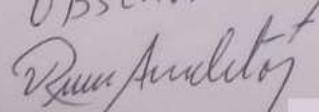
Siendo las 7 P.M. horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.


 PRESIDENTE


 SECRETARIO


 VOCAL


 ASESOR

OBSERVACIONES:


Doctorado en Derecho y Ciencias políticas
 - Se designó Jurado mediante Resolución N° 0629-2019-EPG de fecha 16-03-2019
 - El nombre del tesista es HERMITANO LALLARDO CORONEL

Declaración jurada de originalidad

Yo, Hermitanio Gallardo Coronel, investigador principal y Freddy Widmar Hernández Rengifo, asesor del trabajo de investigación “Participación del interesado en la responsabilidad penal del delito de tráfico de influencias en el ordenamiento jurídico peruano”, declaramos bajo juramento que este trabajo no ha sido plagiado, ni contiene datos falsos. En caso se demostrara lo contrario, asumo responsablemente la anulación de este informe y por ende el proceso administrativo a que hubiere lugar. Que puede conducir a la anulación del título o grado emitido como consecuencia de este informe.

Lambayeque, noviembre de 2020.

Nombre del investigador: Hermitanio Gallardo Coronel.

Nombre del asesor: Freddy Widmar Hernández Rengifo,

DEDICATORIA

Dedico esta Tesis especialmente a mi madre, Luzmila Coronel Sánchez, que desde sus entrañas me ha dado esa fuerza, energía y amor para triunfar en la vida.

A mi padre Reyes Gallardo Delgado, que desde el cielo guía todos mis pasos y mi sendero profesional.

A mis princesas, Samy Mardelit Gallardo Marrufo y Anabeth Vanesa Gallardo Marrufo, que son la razón de mi existir.

A mi esposa Brisaida Marrufo Idrogo, por su apoyo y comprensión en este trabajo académico y por ser mi compañera eterna.

AGRADECIMIENTO

Agradecimiento especial a toda mi familia, por el apoyo desinteresado y anímico, que me brindan todos los días.

Agradecimiento sincero a mi asesor, el Doctor Fredy Widmar Hernández Rengifo, por su encomiable guía y apoyo profesional, guiándome en la elaboración de esta Tesis.

Agradezco muy deberás, a todos mis profesores del doctorado en Derecho y Ciencia Política, de la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo” de Lambayeque, por plasmar en mi persona la parte científica en el Área de Derecho y elaboración de Tesis, la cual ha servido para realizar y sustentar este trabajo de investigación, con eficacia y eficiencia.

PRESENTACIÓN

Como Tesista, presento el Informe Final de Tesis titulado **“PARTICIPACIÓN DEL INTERESADO EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”**, elaborado por mi persona Hermitanio Gallardo Coronel, para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política; este trabajo que propongo encierra un tema de mucha relevancia e interés jurídico social, como es el tráfico de influencias en el ordenamiento jurídico peruano.

A través de la investigación, se logra plasmar cambios en las diferentes ramas del saber; pues se sabe que, el conocimiento científico es dinámico, va cambiando a medida del aporte de nuevas investigaciones, muchas de las cuales se hacen a través de Tesis, sustentadas en diferentes niveles educativos, educación superior y otros, coadyuvando a visualizar con mayor claridad muchos aspectos de la realidad.

La investigación realizada por el autor, da a conocer, a través de sus resultados, que el derecho penal por ser una rama subsidiaria del Derecho, se ha caracterizado por el hecho de sancionar los comportamientos que lastiman o ponen en riesgo o peligro un bien jurídico protegido; y, que en razón de ello, cuando se concibe la idea de la participación del interesado en la responsabilidad penal en el delito de Tráfico de Influencias, se busca determinar cuál es la imputación del tercero beneficiado con la consumación de este delito y su afectación a bienes jurídicos, tales como al honor, buen prestigio y buen funcionamiento de la administración pública, para de esta manera alcanzar una cosmovisión positiva a la sociedad.

Lo que se pretende es hacer un análisis de este delito de tráfico de influencias, en la administración pública peruana y su respectiva regulación en nuestro sistema judicial.

Pongo a disposición la presente Tesis, con la siguiente estructura: Parte I, la introducción; parte II, marco metodológico (problematización, justificación, hipótesis, variables y objetivos); en la parte III, abarca el marco teórico, que consta de cuatro capítulos, los cuales son: Capítulo I, alcances normativos de la administración pública y funcionario público como fundamento del tipo penal; capítulo II, delito de tráfico de influencias previsto en el artículo 400° del Código Penal; capítulo III, participación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias y capítulo IV, análisis y resultados; conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas.

Espero que esta Tesis, sea de buen agrado para cualquier lector, ya que pretendo aportar con un granito de arena a mi país, con la propuesta de un Proyecto de Ley, para hacer una reingeniería y modificar el artículo 400° del Código Penal, en post de tipificar y castigar penalmente al tercero interesado en el delito de Tráfico de Influencias, para tratar de evitar la impunidad, que es uno de las luchas y sueños de todo el pueblo peruano.

Lambayeque, noviembre de 2020.

ÍNDICE

RESUMEN	10
ABSTRACT	12
I. INTRODUCCIÓN	14
II. MARCO METODOLÓGICO	16
1. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA	16
2. TEMA DE ESTUDIO	20
3. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	20
3.1. Formulación del Problema.....	24
3.2. Justificación del Problema.....	24
4. MARCO DE REFERENCIA DEL PROBLEMA	26
5. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	26
5.1. Identificación de Variables.....	26
5.1.1. Variable Independiente.....	26
5.1.2. Variable Dependiente.....	27
6. OBJETIVOS	27
6.1. Objetivo General.....	27
6.2. Objetivos Específicos.....	27
7. MARCO METODOLÓGICO	28
7.1. Diseño de contrastación de las hipótesis.....	28
7.2. Población y muestra.....	28
7.3. Análisis Documental.....	29
7.4. Métodos y técnicas para recolectar datos.....	29
7.4.1. Métodos.....	29
7.4.2. Técnicas.....	30
III. MARCO TEÓRICO	31

CAPÍTULO I	31
ALCANCES NORMATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DEL TIPO PENAL	31
1.1. Definición y función de la administración pública.....	31
1.2. Bien Jurídico Protegido de la Administración Pública.....	32
1.3. Sujeto Pasivo en los delitos contra la administra Pública....	36
1.3.1. Sujeto Pasivo del Delito.....	36
1.3.2. Sujeto Pasivo de la Acción.....	36
1.4. Definición de Funcionario Público.....	38
1.5. Concepto de Servidor Público.....	40
1.6. Autoría y Participación.....	41
a) Autoría directa individual.....	42
b) Autoría mediata.....	42
c) Coautoría.....	43
1.7. Autoría mediata en los Delitos Especiales.....	45
1.8. Coautoría en los Delitos Especiales.....	46
1.9. Delitos de Infracción al Deber en la Administración Pública.	48
CAPITULO II	52
EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 400°CP	52
2.1. Definición del Delito de Tráfico de Influencias.....	52
2.2. Bien Jurídico Protegido.....	53
2.3. Tipicidad Objetiva y Subjetiva.....	56
2.4. Consumación del Delito.....	57
2.5. Autoría y Participación en el Delito de Tráfico de Influencias...	58
2.6. Delitos especiales y delitos de infracción del deber.....	59

CAPITULO III 61

**PARTICIPACIÓN DEL TERCERO (INTERESADO) EN EL
DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.**

3.1. Conceptualización de la Participación Delictiva.....	61
3.2. Definición de Instigación.....	61
3.3. Concepto Complicidad.....	62
3.4. Comprador de Influencias y su Responsabilidad Penal en el Delito de Tráfico de Influencias.....	63

CAPITULO IV 65

ANÁLISIS Y RESULTADOS

4.1. Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-116.....	65
4.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema.....	70
4.3. Propuesta de Modificación del Artículo 400° Código Penal....	81
4.4. A manera de conclusión:	89

PROPUESTA LEGISLATIVA	89
------------------------------	----

CONCLUSIONES	94
---------------------------	----

RECOMENDACIONES	98
------------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	100
---------------------------	-----

LEGISLACIÓN	103
--------------------------	-----

LINCOGRAFÍA	105
--------------------------	-----

RESUMEN

Uno de los principales problemas de nuestra legislación actual, es que, en el momento que se elabora, se deja vacíos legales, los cuales conllevan a una interpretación diversa de los operadores jurídicos, muchas de las cuales de manera controversial; pues si es en el campo penal, da origen a impunidad, beneficiando a pocos y perjudicando las mayorías.

El motivo por la cual me conlleva a ejecutar esta investigación, plasmada en la presente Tesis, es aportar con un granito de arena por así decirlo, para que en nuestro país se aplique la “justicia”, añorada por el pueblo, para que el responsable de la comisión de tal o cual delito, reciba la sanción penal que corresponda, más no sea premiado por figuras jurídicas que no le corresponde, so pretexto de los vacíos legales.

Es muy importante saber que, para despejar dudas, y determinar la participación del tercero interesado en la responsabilidad penal, en el delito que estamos estudiando - tráfico de influencias -, si se corroborara con los requisitos plasmados en el artículo 400° de nuestro derecho material o sustantivo, evidenciándose que el tercero resulte beneficiado, con la compra o aceptación de pagar las influencias del sujeto activo (intermediario), es de primordial importancia tener en cuenta, cuál es la condición especial del agente, donde se exige que sea un funcionario o servidor público; además se exige que, las funciones que vengán cumpliendo, sean en casos específicos administrativos, judiciales u otros análogos; de esta manera, se podrá determinar, con mayor claridad y certeza la responsabilidad y grado de imputación del tercero interesado en este delito.

No obstante, y paradójicamente, como se mostrará en el desarrollo de este trabajo de investigación que, este delito es utilizado algunas veces, como un instrumento jurídico por las autoridades judiciales (Fiscal y Juez) para acomodar los comportamientos non sanctos de los terceros, que a su

vez reciban el beneficio que sólo puede ser dado por los funcionarios o servidores públicos de determinadas esferas de poder, y así vemos que los interesados en el Delito de Tráfico de Influencias (compradores de influencias), aún incurriendo en conductas que podrían y merecen reproche social y penal a nuestro entender, no encuentran adentramiento en adecuaciones típicas concretas.

En consecuencia, con la presente investigación, plasmada en esta Tesis, doy pistas de la necesidad urgente, de modificar el artículo 400° de nuestro Código material penal, de esta manera, tener la piedra angular, bien fortificada, que sirva de sendero, para que los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados en general), cuando se encuentren frente al delito de tráfico de influencias, solucionen el caso con mayor rigor científico y jurídico, que cause impacto en la sociedad, que es la justicia esperada por todos los millones de peruanos; calificándolo con mayor objetividad a los responsables penalmente hablando, en este delito, especialmente al tercero interesado, con la calificación bien dada de “cómplice”; de esta manera, se uniformice la jurisprudencia nacional, para evitar mayores dilaciones y confusiones en la interpretación del injusto penal, que muchas veces, generan impunidad, que es lo que no queremos.

El autor.

ABSTRACT

One of the main problems of our current legislation is that, when it is drafted, legal loopholes are left, which lead to a diverse interpretation of legal operators, many of which are controversial; because if it is in the penal field, it gives rise to impunities, benefiting few and harming the majority.

The reason why it leads me to carry out this investigation, embodied in this Thesis, is to contribute a grain of sand, so to speak, so that in our country the "justice", longed for by the people, is applied so that the person responsible of the commission of this or that crime, receive the corresponding criminal sanction, but not be rewarded by legal figures that do not correspond, under the pretext of legal loopholes.

It is very important to know that, to clear doubts, and determine the participation of the third party interested in criminal liability, in the crime we are studying - influence peddling -, if it were corroborated with the requirements set forth in article 400 of our material law. or substantive, evidencing that the third party is benefited, with the purchase or acceptance of paying the influences of the active subject (intermediary), it is of primary importance to take into account, what is the special condition of the agent, where it is required to be an official or public server; In addition, it is required that the functions they have been performing are in specific administrative, judicial or other similar cases; in this way, it will be possible to determine, with greater clarity and certainty, the responsibility and degree of imputation of the third party interested in this crime.

However, and paradoxically, as will be shown in the development of this research work, this crime is sometimes used, as a legal instrument by the judicial authorities (Prosecutor and Judge) to accommodate the non-sanctioned behaviors of third parties, which in turn they receive the benefit that can only be given by public officials or servants of certain spheres of

power, and thus we see that those interested in the Crime of Influence Trafficking (influencers), still engaging in conduct that could and deserves social and criminal reproach in our opinion, find no insight into specific typical adaptations.

Consequently, with the present investigation, embodied in this Thesis, I give clues to the urgent need to modify article 400 of our Criminal Material Code, in this way, to have the cornerstone, well fortified, that serves as a path to that legal operators (judges, prosecutors and lawyers in general), when faced with the crime of influence peddling, solve the case with greater scientific and legal rigor, which causes an impact on society, which is the justice expected by all millions of Peruvians; qualifying it with greater objectivity to those responsible criminally speaking, in this crime, especially to the interested third party, with the well given qualification of "accomplice"; In this way, national jurisprudence is standardized, to avoid further delays and confusion in the interpretation of the criminal unjust, which often generate impunity, which is what we do not want.

The author.

I. INTRODUCCIÓN.

La corrupción ha sido una de las características que predominaron con mayor evidencia y frecuencia, a partir del año 1991, notándose con más énfasis en la administración de justicia en nuestro país. Se notaba una práctica continua que, si alguien necesitaba ser favorecido en un proceso, acudía a alguna persona que supuestamente iba a influir poniéndose en contacto con aquellos que decidían en una Sentencia u otro acto similar, en todo caso, el influyente ofrecía su servicio de interceder ante las autoridades judiciales, para obtener beneficio y/o provecho, obviamente con una contraprestación económica de por medio, que brindaba el que pretendía recibir el premio; las características peculiares de estos comportamientos, hacen que estamos ante el delito que se encuentra tipificado en el artículo 400° del Código Penal, denominado “Tráfico de Influencias”.

Para determinar el bien jurídico protegido en el Delito de Tráfico de influencias, ha existido y existe una discusión bastante pronunciada, profunda y aún está abierto el dilema en la actualidad. Lo cierto es que, se pretende aclarar qué aspecto de la administración pública se pone en peligro. Este problema ha originado diversas interpretaciones, que ha causado varios dilemas para calificar la participación del tercero interesado (comprador de influencias) en este delito, ya sea como cómplice primario o en todo caso como instigador, por lo cual pretendo determinar cuál es el título de imputación que correspondería al tercero interesado en las influencias reales, y cuál sería el ámbito sancionador en el caso de las simuladas, determinando el bien jurídico protegido.

El presente trabajo de investigación consta de cuatro partes fundamentales: La primera abarca a la Introducción de la presente Tesis. La segunda parte es el Marco Metodológico, donde se abordan los aspectos conceptuales, el área de estudio y ubicación metodológica, los métodos y técnicas, población y muestra; además, el marco de referencia del problema,

donde se evidencia la justificación del problema, formulación de la hipótesis, luego contrastada, con el cumplimiento de los objetivos (generales y específicos). La tercera parte de la investigación es el Marco Teórico, que abarca tres capítulos, el primero referido a los alcances normativos de la Administración Pública y Funcionario Público como fundamento del Tipo Penal; el segundo capítulo aborda el tema relacionado a el delito de Tráfico de Influencias previsto en el Artículo 400° del Código Penal; el tercer capítulo concerniente al interesado comprador de influencias; el último capítulo abarca la propuesta modificatoria del artículo 400° del Código Penal.

Viendo la realidad de los hechos y analizando con mayor detalle, se nota que el artículo 400° de nuestro Código Penal, sólo tipifica con una relativa certeza al vendedor de influencias, no así al comprador de influencias, dejándolo impune y por ende, creando una incertidumbre y desconfianza de la población hacia la justicia. Hay que tener en cuenta que, prioritariamente, para entender este delito, hay que determinar con claridad el bien jurídico protegido, que se logra dilucidar en esta Tesis. Luego de ello, para tener un panorama más claro y haya más luces para juzgar a los responsables en delito de tráfico de influencias, propongo una modificatoria del artículo 400° de nuestro Código Penal, a través de un Proyecto de Ley que adjunto.

Lambayeque, noviembre de 2020.

M. Sc. HERMITANIO GALLARDO CORONEL

Tesista

II. MARCO METODOLÓGICO.

1. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

1.1. Enfoque de la investigación:

Toda investigación¹ en el campo social, en general, es un proceso cuya finalidad es tener como resultado nuevos conocimientos que puedan servir a quienes lo aplican para determinar la situación jurídica de los administrados, dicho conocimiento científico se obtiene en base a las revoluciones y modificaciones de la realidad social, que el hombre busca comprender y entender, para llegar a la esencia del conocimiento.

Hay que tener en cuenta que, los nuevos conocimientos producidos son relativos, que por ley, están expuestos a revisión continua, abiertos al cambio, ya que otros investigadores, con nuevas investigaciones, podrían variar las ya existentes, aumentándolas, suprimiéndolas o simplemente modificándolas.

El autor utiliza el método cualitativo, donde se describe las cualidades de la realidad fáctica y jurídica, luego de manera minuciosa, se rastrea y encuentra una definición que probablemente pueda involucrar parte de la realidad fáctica; hay que tener en cuenta que, no se trata de medir o probar, si determinada cualidad está involucrada en un acontecimiento dado, al contrario, se trata de descubrir y encontrar algunas cualidades posibles. Pues, de acuerdo a la información que se tiene en este campo, en toda investigación de índole cualitativa, debería buscar un entendimiento profundo, en vez

¹ CABALLERO ROMERO, Alejandro E. Metodología de la Investigación Científica. Diseño con hipótesis explicativas. Editorial UDEGRAF S. A. Lima. 1999. Pág. 37:

de pretender exactitud (como sucede en la investigación cuantitativa), con la finalidad de adquirir un entendimiento lo más profundo posible del tema en estudio.

Ciertamente, nuestra investigación tiene mayor porcentaje de tinte cualitativo, por el hecho que tratamos de analizar, describir e interpretar, primero el artículo 400° del Código Penal, luego el Acuerdo Plenario 3-2015 y la jurisprudencia y doctrina, referente específicamente al delito de tráfico de influencias y dentro de este, a la responsabilidad del tercero interesado; trabajo que lo realizo no aplicando la estadística cuantitativa, sino tratando de aportar y tener un conocimiento a profundidad sobre este delito, para que en un futuro no muy lejano se logre la ansiada “justicia”, en el juzgamiento de este acto ilícito.

1.2. Tipo de Investigación:

1.2.1. Investigación Exploratoria:

El tipo de investigación que utilizo, es la exploratoria, debido al poco estudio y tratamiento que ha tenido y tiene en nuestra realidad jurídica penal, respecto a este trabajo de investigación se refiere. Con esta Tesis, se pretende proporcionar un aporte interpretativo, el cual estoy seguro, servirá para que a corto, mediano y/o largo plazo, se hagan reformas legislativas importantes, para que en el aparato de justicia penal, interpreten, analicen y decidan con un mejor criterio, respecto al delito de tráfico de influencias, con ello, coadyuvar a la aceleración de los procesos penales, que muchas veces se encuentran congestionados, debido a la

lentitud con la cual se resuelven, es más con fallos tardíos e ineficaces.

De lo antes mencionado se puede afirmar, lo que determina que una investigación se inicie como exploratoria depende de dos factores; y que éstos influyen en la forma que habrá de realizarse la investigación, siendo éstos: i) El conocimiento actual del tema de investigación que nos revela la revisión de la literatura y ii) El enfoque que el investigador pretende dar a su estudio.

Queda claro que, el conocimiento que adquiere el hombre, no es de forma automática, sino se aprende de manera progresiva, paulatinamente y a través de un proceso sistemático.

Definitivamente, por las mismas características del conocimiento científico, la objetividad es la principal, ya que lo científico es demostrable, real, lejos de cualquier subjetividad.

Está demostrado que, a través de la investigación jurídica que lo hacen los estudiosos en este campo, con el conocimiento profundo de las realidades, con el ánimo de aportar a la comunidad jurídica, muchas veces dando aportaciones para solucionar los problemas sociales de la comunidad, pretendiendo formalizar las normas morales, convirtiéndoles en jurídicas, regulando el comportamiento de la gente, en un mundo convencional y constitucional de derecho.

Es por ello que, a través de la ejecución del presente trabajo, bajo los parámetros ya descritos, pretendo dar luces,

para que con un Proyecto de Ley, en casos de tráfico de influencias, se logre una verdadera justicia, responsabilizando penalmente a los que lo merecen – terceros interesados – que muchas veces quedan impunes y con ello obtener el ansiado grado de Doctor, con este aporte.

1.2.2. Investigación explicativa.

Según Pablo Cazao², la investigación explicativa trata de encontrar una explicación minuciosa del fenómeno en cuestión, para lo cual busca establecer, de manera confiable, la naturaleza de la relación entre uno o más efectos o variables dependientes y una o más causas o variables independientes. Algunos llaman “experimental” a la investigación explicativa.

Según algunos estudiosos, la investigación cualitativa aporta bastante a la efectividad de la investigación experimental y cuantitativa.

Con este trabajo de investigación, pretendo dar también una explicación a la relación que existe entre las dos variables: Participación del interesado en la responsabilidad penal en su actuar delictivo y su punibilidad en el delito de Tráfico de Influencias y título de imputación que debería recibir el interesado es el de cómplice; el porqué de esta relación, que de manera minuciosa trataremos de demostrar.

² CAZAO, Pablo, “Introducción a la Investigación en Ciencias Sociales”. Tercera Edición, Buenos Aires, marzo 2006. Pág. 28.

2. TEMA DE ESTUDIO.

La presente Tesis, se encamina a determinar la imputación clara, precisa e indubitable, que debe recibir la participación del tercero interesado en la responsabilidad penal, en el delito contra la administración pública, de “tráfico de influencias”, que desde punto de vista debería ser de cómplice, especialmente en el caso particular de influencias reales y también de influencias simuladas.

3. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

El presente trabajo académico, de acuerdo al fin que se persigue, es aplicado, ya que está orientada a lograr un nuevo conocimiento destinado a procurar soluciones de problemas prácticos y, de acuerdo a la técnica de contrastación es explicativa, porque permite el análisis de la relación entre dos o más variables. Así en la presente investigación se estudiará la realidad problemática y sus principales características, específicamente sobre la participación del interesado en la responsabilidad penal en los delitos que tanto problema interpretativo ha causado a los operadores jurídicos, el delito de Tráfico de Influencias reales y simuladas.

La realidad problemática presenta las siguientes características: El descrédito del Poder Judicial es un asunto por todos conocidos. Este descrédito está asociado a la desconfianza que la gente siente hacia el Poder Judicial. Todo ello podría deberse a múltiples factores tales como la lentitud de sus procesos, la corrupción existente, entre otros muchos factores. En el Perú los casos de corrupción en la esfera de la administración pública son inevitablemente trascendentes e incluso son problemas que afecta al estado democrático en la actualidad, y que además viene dándose de manera constante sin reparo alguno. Es así, que a nivel nacional e

internacional diversas formas de actuación delictiva contra la administración pública han ido incrementándose, con mucha alarma en nuestra sociedad.

Por lo que, por el mismo hecho de ser ciudadanos y servidores públicos, por lógica, el trabajo que realizan es público y lo hacen a nombre del Estado Peruano, por no decir representan al Estado en cualquier lugar de la patria; en consecuencia, ninguno de este tipo de trabajadores puede aprovecharse de su cargo o función que desempeñan, para sacar provecho personal o de terceros, si fuera así, definitivamente estaría defraudando a su labor y por ende a su empleador – Estado – en consecuencia, merecería un castigo.

En ese sentido, nuestro Código Penal Peruano, en su artículo 400°, da luces y pone de manifiesto el delito de tráfico de influencias, pero que, no está siendo aplicado de manera homogénea y clara, por lo operadores de justicia nacional.

Es decir, este tipo penal ha dejado un vacío punitivo a la persona o personas que se beneficien directa o indirectamente al consumarse la invocación de las influencias reales o simuladas. Precizando, que debe comprobarse que la persona que resulte beneficiada indirectamente, haya tenido conocimiento de la compra de las influencias que finalmente pudieran haberlo beneficiado, y debido a la poca probabilidad probatoria de que una persona acepte dicho cargo, es en la etapa probatoria a criterio del juez la que determinara su responsabilidad. Ahora, en el desarrollo de la presente tesis, determinamos en específico por qué debe considerarse como partícipe en el delito de tráfico de influencias, en los casos en que el sujeto se haya beneficiado directamente con la consumación de las influencias, ya sea solicitándolas u otorgando su consentimiento. Consideramos preliminarmente que no debe considerarse relevante si

la conducta del agente que invoque las influencias, haya condicionado o influenciado en el sujeto beneficiado, ya que la característica que rige este tipo de delitos, es que este se desarrolle dentro del ámbito de la administración pública, es decir, que cuando el consentimiento y aceptación final de cometer un acto ilícito, ponga en riesgo o vulnere el correcto funcionamiento de la administración de justicia.

En esta línea, la presente Tesis, está enfocado también a determinar la punibilidad de la participación del interesado, en su actuar delictivo, ante el traficante de influencias para que éste, directa o indirectamente, interceda ante un funcionario o servidor público en un caso concreto de índole judicial o administrativo, debido al vacío legal en el delito de tráfico de influencias que se encuentra establecido en el código penal, pues se deja impune la participación del interesado, al consumarse y al no prosperar las influencias, sin no tener algún reproche dicho accionar delictivo. Siendo así, que nuestra normativa jurídica no se pronuncia con respecto al interesado como posible sanción. Teniendo en cuenta lo precisado, resulta necesario analizar los conceptos a los cuales refiere la participación delictiva de una persona o pluralidad de ellas y sus aspectos jurídicos, y sobre aquella base, establecer cuáles son sus posibles límites jurídicos en su ejercicio.

Existe una discusión acerca de la *participación del interesado*, entendida como la posibilidad de un caso paradigmático de instigación, pues, mediante su conducta, el interesado estaría generando la disposición al delito en el autor, sin embargo, estaríamos ante un situación difícil e irresoluble al intentar delimitar, en abstracto, el título de participación delictiva del tercero interesado, pues este dependería de la configuración específica de su conducta en relación con la del autor, para la cual es de importancia interpretar

los conceptos de participación y doctrina de la parte general del derecho penal.

Se nota pues que, el tráfico de influencias, lesiona u ofende varios tipos penales, como la transparencia e independencia de la función pública, esto es la pureza y seriedad de esta, la cual conlleva a la confiabilidad de la población, que en nuestra realidad, en el caso del sector justicia, está en declive, por la desconfianza de la población, en base a mala praxis jurídica que se ha notado y se evidencia en la actualidad. Por otro lado, sabemos que los poderes del Estado son independientes, por ende se debe respetar y conservar este principio, sin embargo, muchas veces es influenciado por grupos de poder y otros poderes, en consecuencia deviene en intromisión que hace daño y perjudica a este sector, conllevado al reitín negativo que se tiene hoy. Es más, otro aspecto que se lesiona es la igualdad de los ciudadanos frente a la adquisición de la tan ansiada justicia, este derecho está plasmado en la Carta Magna, por ende en un mundo constitucional de derecho debe ser recogido y practicado con bastante énfasis, sin embargo no es así, tal como se nota muchas veces en la realidad que, a través de los “compadrazgos”, influyen en la adquisición del derecho a la igualdad en la administración de justicia; salvo en algunas ocasiones especiales, donde a los iguales se los trata por igualdad y los desiguales también como tales, que sería la interpretación desde un punto de vista más amplio – *latus sensu* - , la cual conllevaría a recibir una justicia más digna.

Pues, es indubitable la confrontación en este tema; frente a ello, la doctrina y la jurisprudencia, han enmarcado ciertas posiciones, siendo las sobresalientes las siguientes: Acuerdo Plenario 03-2015/CJ-116, donde se especifica que, mediante la “colaboración”, es la única manera, para que se configure la “complicidad”.

Además, el acuerdo concluye que, la necesaria participación del tercero interesado, en el delito de tráfico de influencias, estaría catalogada dentro del ámbito de la instigación.

Pues, desde mi punto de vista, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, debe ser juzgado como cómplice, ya que esta sería la imputación más clara que le compete, la cual lo plasmamos en la propuesta de un proyecto de ley, que debe ser difundido lo más pronto posible.

3.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

El problema es el siguiente:

¿Debería la participación del interesado en el delito de Tráfico de Influencias, tener responsabilidad penal en el ordenamiento jurídico peruano?

3.2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA:

En medio de una realidad nacional en la que se advierte la necesidad de consolidar el sistema democrático por medio del fortalecimiento de la sanción de actos de corrupción, se imponen algunas reflexiones dirigidas a determinar si el delito de tráfico de influencias enmarcado en el artículo 400° de nuestro código penal, sólo involucra sanción penal al vendedor de influencias (sujeto activo), o también incumbe al tercero interesado; esta incertidumbre se soluciona con esta Tesis.

Paralelamente, se añade el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República, que emitió el Acuerdo Plenario N°3-2015/CIJ-116, en el que se establece el nivel de intervención en el delito de tráfico de influencias con relación al interesado como

instigador, en la medida que haya determinado al traficante. Lo cual nos deja un vacío de interpretación al existir posiciones con fundamentos opuestos de dicho acuerdo, el mérito de la investigación se encuentra en que se contribuirá con argumentos para que, partiendo de la necesaria participación delictiva del interesado, se realice una interpretación sistemática de la legislación penal específicamente en el título de imputación que debería recibir el interesado basada en un análisis doctrinario, legal y jurisprudencial, derecho comparado y de nuestro sistema; ya que, hasta el momento, el tercero interesado, a pesar que muchas veces es el que induce a cometer delito al funcionario público, en la mayoría de las veces está siendo impune, o muchas veces, se le da una calificación e imputación tenue, que definitivamente conlleva a cometer el delito con más énfasis y con la experiencia del caso, poniendo en peligro al sistema jurídico peruano y como consecuencia en cada vez llevando a la incredulidad de la población en el sistema de justicia peruano.

Desde una perspectiva social, la reflexión obedece al cada vez más creciente número de casos en los que se advierte el ejercicio del tráfico de influencias, que contrasta con la posición de un amplio sector en nuestra sociedad. En ese mismo sentido la presente investigación servirá para demostrar un pequeño aporte jurídico, para juzgar con mayor criterio y rigor el delito de tráfico de influencias en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el actuar del interesado.

4. MARCO DE REFERENCIA DEL PROBLEMA.

Es especialmente importante la asignación del marco de referencia de la presente investigación, imprescindible para el respeto de cada una de las investigaciones más importantes realizadas sobre la participación del interesado, fortalecido con lecturas acerca de los delitos contra la administración pública en general, entre ellos, el tráfico de influencias, entre otros; todo esto, conlleva a plasmar una propuesta de proyecto de ley, para modificar el artículo 400° de nuestro Código Penal y por ende, aterrizamos en conclusiones y recomendaciones, que se visualizan en este trabajo de investigación, que servirán para hacer más objetiva la praxis del Derecho Penal en general y la sanción del delito de tráfico de influencias en particular.

5. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.

5.1. HIPÓTESIS.

De comprobarse la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la responsabilidad penal con consecuente punibilidad, entonces el título de imputación que debería recibir el interesado es de cómplice.

5.2. VARIABLES.

5.2.1. Variable Independiente.

Participación del interesado en la responsabilidad penal en su actuar delictivo y su punibilidad en el delito de tráfico de influencias.

5.2.2. Variable Dependiente.

Título de imputación que debería recibir el interesado es el de cómplice.

6. OBJETIVOS.

6.1. OBJETIVO GENERAL.

Determinar que la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias debe tener relevancia penal de cómplice en nuestro ordenamiento jurídico peruano, plasmado en el artículo 400° del Código Penal.

6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- a) Determinar los alcances normativos de la administración pública y funcionario público como fundamento del tipo penal.
- b) Analizar el delito de tráfico de influencias del artículo 400° del Código Penal.
- c) Determinar si la participación del tercero en el delito de tráfico de influencias, tiene responsabilidad penal.
- d) Analizar las sentencias referentes a tráfico de influencias.
- e) Proponer una reforma legislativa que incluya la responsabilidad penal del interesado en los delitos de tráfico de influencias.

7. MARCO METODOLÓGICO:

7.1. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

Para la realización de la presente tesis, me ha conllevado a la formulación de la hipótesis respecto al problema planteado, en ese sentido, correspondería establecer si la hipótesis formulada es confirmada o negada.

Efectivamente, en este Informe final de Tesis, se estudia las múltiples problemáticas que se suscitan en torno a la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

Vamos a contrastar y comprobar las hipótesis, recurriendo para tal efecto a la doctrina especializada y a la jurisprudencia expedida por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el derecho internacional y a un análisis Jurisprudencial de las sentencias emitidas por el Poder Judicial, a fin de tener por confirmada la hipótesis formulada. Así mismo contamos con un análisis de la jurisprudencia pertinente emitida por el Tribunal Constitucional, los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de la República especialmente el Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-116, que es la que más ilustra este tema de estudio, siendo que el tesista va a contrastar las hipótesis haciendo uso de la ley, la doctrina, la jurisprudencia y obviamente considerando la pequeña experiencia del autor en el tema jurídico y realidad.

7.2. POBLACIÓN Y MUESTRA.

En la presente tesis, se ha tomado como referencia la **principal dogmática y jurisprudencia emitida por los colegiados del País**, que de alguna manera **es nuestra población y muestra** de cómo se

ha interpretado el derecho con respecto al delito estudiado, el cual resulta de la integración de la justicia con los administrados, y de los injustos que nacen de su mal funcionamiento. Así pues, debido a la carente y limitada situación de registrar la sistematización de todas las sentencias donde se haya encontrado la participación del interesado en la responsabilidad penal en el delito de tráfico de influencias, la fuente de obtención de las ejecutorias que forman parte de este trabajo han sido obtenidas a través del acceso telemático revisando la jurisprudencia y acuerdos plenarios hallados en las **bases de datos del poder judicial**, de diversos distritos judiciales de nuestra patria.

7.3. ANÁLISIS DOCUMENTAL.

De los diversos documentos relacionados con el propósito de nuestro trabajo, el cual es demostrar y hacer conocer el delito de tráfico de influencias, por lo cual resulta pertinente proceder al análisis documental de los siguientes cuerpos normativos y jurisprudencia: Legislación (Constitución Política, Código Penal y Código Procesal Penal D.L. N° 957); jurisprudencia (Casación N° 374-2015-Lima, Recurso de Nulidad N° 4218-2009-Piura, entre otros); además el Acuerdo Plenario N° 03-2015/CIJ-116.

7.4. MÉTODOS Y TÉCNICAS PARA RECOLECTAR DATOS.

7.4.1. Métodos.

a) Histórico: Se utilizó en el estudio de los antecedentes del delito de tráfico de influencias.

b) Sintético: Sirvió para estructurar y sistematizar toda la información recopilada.

- c) Descriptiva:** Se usó en la descripción de los conceptos relacionados con el delito de tráfico de influencias y decisiones judiciales en este tipo penal.
- d) Analítico:** Me permitió analizar y ordenar cada uno de los conceptos y definiciones, para conocer y comprender con mayor claridad el delito de tráfico de influencias.
- e) Inductivo:** Que me ha permitido sacar conclusiones generales, de cada uno de los casos de tráfico de influencias estudiado en mi muestra; es más en base a ello, he sacado algunas sugerencias y propuesto un proyecto de ley, para modificar el artículo 400° de nuestro Código penal.

7.4.2. Técnicas.

- a) Observación:** Desde el punto de vista científico, observar es hacer uso de los sentidos, para discernir y percibir como se desenvuelve el fenómeno estudiado; observar no es solamente hacer uso del sentido de la vista; por lo que, en este estudio a través de la observación, descifraremos la ley, la doctrina y la jurisprudencia, para que, en un mundo contemporáneo y en la realidad de un Estado Constitucional y convencional, se logre sacar a la luz, la verdadera calificación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias.
- b) Acopio documental:** Que me ha permitido extraer los datos más importantes de la ley, doctrina y jurisprudencia, referente al tema en estudio.

III. MARCO TEÓRICO.

CAPÍTULO I

ALCANCES NORMATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DEL TIPO PENAL

1.1. DEFINICIÓN Y FUNCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En esta materia, el Código Penal amplía los alcances necesarios para la regulación de la administración pública. Algunos autores sostienen que la administración pública puede ser entendida en tres sentidos: como “estructura”, como “función” o “como disciplina científica”. Desde una óptica distinta, la administración pública, posee un concepto más estricto, como “función”, es el conjunto de conductas humanas o actividades que determinan como se distribuye y ejerce el poder público”. En esta definición ya llegamos a un acercamiento del concepto hoy ya establecido.

Precisamos lo que sostiene Rojas Vargas, donde señala la Administración Pública como la forma organizada más extendida del poder público que, en las sociedades contemporáneas exhibe (debe necesariamente poseer) atributos de calificación, competencia, tecnificación, infraestructura de medios, racionalidad y contenido ético-teleológico bien definidos (...).

Se nota que, esta definición de Rojas Vargas, contiene un tecnicismo más completo y amplio de la administración pública, que desde mi punto de vista es muy importante asimilarlo, ya que ello conlleva a tener una idea más completa de este término, porque enrumba si se quiere a analizar desde la perspectiva *latus sensu* y no sólo *strictu sensu*.

Lo dicho por ciertos autores, pone en claro que, a la administración pública se lo puede visualizar desde afuera y adentro, con miradas diferentes, pero que al final con un objetivo común, que es el control por parte del Estado, a través de sus organismos establecidos y catalogados, para que funcione como un todo sistémico. Entonces, la administración pública es aquella que se encarga de organizar y controlar todos los entes, para que funcionen armónicamente en un Estado, en nuestro caso el Estado Peruano.

1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Es importante saber que, los delitos de la administración pública al estar plasmados en el Código Penal en su Título XVIII, a partir del artículo 361° del mencionado cuerpo normativo, se desarrolla de manera exclusiva y se determinan las conductas que cometen los funcionarios, así como también los particulares que, llegan afectar al Estado, muchas perjudicando a todo un país.

En el Perú, se han dado importantes avances normativos para prevenir y sancionar los delitos contra la administración pública. Primeramente, decimos que nos encontramos frente a delitos de infracción de un deber, esto es afirmado por muchos estudiosos, porque las sanciones radican en la lesión y puesta en peligro del deber especial y recae sobre una persona denominada funcionario o servidor público, que infringe contra la administración pública.

De acuerdo a lo mencionado por Salinas Siccha, refiere que el bien jurídico protegido específico o particular es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la

idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos³.

El autor está de acuerdo que el bien jurídico protegido de la administración pública no es uno sólo, sino pues, la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales, ya que, se supone y es lógico que, todos los actos dados a nombre del Estado, son públicos y como tales, desde ya conllevan a creer se hacen de la mejor manera, pensando en el prestigio y buena imagen de esta entidad; pero, en nuestra realidad, muchas veces no es tan cierto esto, porque una multitud de actuaciones que se hacen a nombre de este, más bien han dejado desprestigiado al Estado, conllevando a tener desconfianza de la población frente a este, incrementándose por ende empresas particulares, como supuestamente solución al dilema. Por otro lado, se dice que, otro bien jurídico son los intereses patrimoniales del Estado, aquellos que dan valor patrimonial y que muchas veces, son los que, conllevan a cometer actos ilícitos a los trabajadores públicos que trabajan en entidades de esta naturaleza.

Por otro lado, Garcia Cavero, entiende que el bien jurídico protegido es el deber especial atribuido a los funcionarios públicos por la institución del estado, la relación normativa que concretamente da sentido a la protección de los intereses patrimoniales del estado es el deber positivo del funcionario público que interviene, por razón de su cargo, en una operación estatal, de resguardar los intereses de su representada. Ese deber es infringido de manera penalmente relevante, si el funcionario público se concierta con la otra parte en la relación negocial para defraudar al estado⁴.

³ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2014, p.265.

⁴ GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial – Volumen II*. 2ª edición, Pacífico Editores, Lima, 2015. p. 1093.

Este autor aporte en creer que, el bien jurídico protegido es ese especial deber que el Estado ha confiado en su representante (funcionario y/o trabajador público), para salvaguardar de manera positiva y transparente los intereses patrimoniales del Estado, pero, está por demás decirlo, el mismo hecho de ser, gramaticalmente hablando – administración pública -, lleva a creer que los actos y/o actuaciones que se hacen a nombre de ella, son de buen nivel, públicas (para todos por igualdad), confiables y prestigiosas; que muchas veces no es así, porque sus representantes defraudan a la función tan encomiable e importante, confiada por la administración pública, a sus empleados de tal categoría, se puede decir.

Algunos estudiosos del derecho, inciden que el bien jurídico protegido es el prestigio y correcto funcionamiento de los poderes públicos; así es, está por demás decirlo, los actos de la función pública deben ser transparentes y sin llevar a desvirtuar y hacer desmerecer el meollo de la función pública – servicio de calidad – que buscamos todos, con igualdad ante la ley, ello elevará los niveles de credibilidad de los actos del Estado, que tanto anhelamos como peruanos, pensando en que los funcionarios y trabajadores que lo representan, se empoderan en su función, llevando a nuestra patria a la calidad, que tanto se busca, teniendo como mira y sueño, una patria moderna, similar a los buenos países europeos.

Por otro lado, un dato claro sobre este tema, lo da la Jurisprudencia, como es el caso, de acuerdo al R.N. Nº 668-2007, del 2008, donde se aduce que en todo delito contra la administración pública, el bien jurídico protegido es el recto funcionamiento de la administración pública; además, el sujeto pasivo de este delito es el Estado y también los organismos autónomos e independientes; por ningún motivo podría decirse que el sujeto pasivo es una persona natural.

Este Recurso de Nulidad, da algunas pautas claras, mencionando que en todos los delitos contra la administración pública, el bien jurídico

protegido es fundamentalmente, la recta funcionabilidad de la administración pública; se entiende que, las actuaciones de la administración pública tienen que ser serias y crear convicción de certeza y credibilidad en la población; la recta administración, significa que sus actores, personas que trabajan para esta, tienen que obedecer y acatar los dispositivos legales emanados por esta, sin postergarlos, porque si falla alguno, conlleva a crear desconfianza de la población, de toda la administración, porque recordemos que, contiene organismos concatenados, organizados sistemáticamente, que se unen y originan un todo, que es la administración pública.

El único sujeto pasivo, que sufre las consecuencias de estos delitos, pues es el Estado por excelencia, además los organismos autónomos; de ninguna manera se podría decir que es la persona natural, como se pretendía afirmar en alguna ocasión, porque se supone la persona natural defiende intereses personales en general, sería una falacia decir que la persona natural sea el sujeto pasivo en delitos contra la administración pública.

El delito de Tráfico de Influencias, es un delito contra la administración pública, donde lo que se busca es cuidar la buena imagen de la administración pública y su buena marcha (bien jurídico protegido), esto es el impacto positivo que debe crear la administración en la población, sin crear desconfianza; esta buena imagen se debe a las actuaciones honestas, eficaces y eficientes, de sus empleados (trabajadores y funcionarios), cumpliendo a cabalidad la función que su empleador (Estado) los ha encomendado, entonces diremos que se está enrumbando hacia una buena marcha del Estado; si no fuera así, hablaríamos de un incumplimiento de función, por deshonestidad, llegando hasta lo más paupérrimo, que podría ser la corrupción de funcionarios, cuando el funcionario ofrece beneficios o favores, a cambio de dinero ofrecido por un tercero interesado, para recibir un servicio privilegiado, en inequidad con los demás.

1.3. SUJETO PASIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1.3.1. Sujeto Pasivo del Delito:

Es totalmente claro, que no puede haber otro sujeto pasivo en los delitos de contra la administración pública, más que sólo el Estado, porque es él, quien sufre las consecuencias, devenires y es afectado, cuando se comete un delito contra la administración pública. De ninguna manera, nos ocurra decir que el sujeto pasivo puede ser un particular o persona natural, como se pretendió mencionar en alguna oportunidad, en algún delito relacionado a esta índole.

1.3.2. Sujeto Pasivo de la Acción.

En el delito de Tráfico de Influencias, el cual está tipificado en el artículo 400° del Código Penal, lo que ha generado y genera discrepancias hasta hoy, es en el momento de calificar a quién le correspondería tener la condición de sujeto pasivo de la acción. Al respecto, adelantamos la idea de que, no en todos los delitos contra la administración pública podremos hacer mención a alguien que tenga la condición de tal, sino que, habría que analizar cada supuesto particular en concreto, para determinar si corresponde o no. Pero desde nuestro punto de vista, en el delito de Tráfico de Influencias, el solo hecho de la existencia de ese acuerdo de voluntades entre el tercero interesado, quien compra las influencias con alguien que manifieste tener, sean cualquiera de los dos casos en que se presente el delito, no debe ser considerado como sujeto pasivo, pues éste ha intuido que pueda ser corruptible el sistema de administración pública; el tercero interesado, piensa que todo acto público, que se realiza a nombre de la administración pública del estado, es corruptible, en consecuencia, ofrece fácilmente dinero o dádivas, a cambio de un privilegio.

Respecto al principio de lesividad, no podríamos concluir afirmando que un particular puede considerarse agraviado, sin embargo, en algunos tipos penales (omisión a los deberes de función, abuso de autoridad, colusión, entre otros) que tengan estas características, podremos evidenciar que una persona natural se encuentra perjudicada. Es el caso que demuestra Abanto Vásquez cuando sostiene que mediante el tipo penal de abuso de autoridad no sólo se protege a la administración pública, sino que también se protegen intereses particulares. Y es que justamente, como se mencionaba, habría que analizar cada tipo penal para determinar si el perjudicado es únicamente la administración pública o también encontramos a un particular⁵.

Sabemos que, frente a una regla general, para todos, siempre existen excepciones, como se menciona en el párrafo anterior, que dependerá de un análisis minucioso del tipo en particular, que puede darse el caso; pero, la regla general, está clara, el Estado es generalmente el principal sujeto pasivo en este tipo de delitos; los particulares, subsidiariamente pueden ser afectados en casos excepcionales y particularísimos.

Sin embargo, cuando se habla de influencias simuladas, que no hayan tenido el resultado esperado, esto es, el beneficio final del interesado, hay pronunciamiento por parte de los operadores de justicia, a través de sus resoluciones, le han dado la calidad de sujeto pasivo del delito y concibiendo a la persona natural como agraviado, esto es se le da esta denominación al comprador de influencias.

Como se menciona precedentemente, cuando hay influencias

⁵ ABANTO VASQUEZ, MANUEL. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Lima, PALESTRA, 2006, p.224.

simuladas, pueda que, en parte, el interesado sea sujeto pasivo, pero no hay que olvidar, éste con conciencia y voluntad, sabía qué es lo que se está haciendo, teniendo la idea de esta corruptibilidad y que el daño se ocasionaba al prestigio del Estado, por lo que, quiera que no, aunque no se haya consumado y concretizado tal delito, pues ya el Estado de por sí está siendo perjudicado; al margen de que el tercero interesado, pueda que también es perjudicado, en los casos donde él recibe la oferta del funcionario, es insinuado y convencido para entregar tal dinero, donde confiado realiza tal acto y como conclusión no se realiza el acto pactado.

Por otro lado, el autor Príncipe Trujillo⁶ sostiene que no hay forma de que un particular pueda ser considerado como sujeto pasivo de la acción en los delitos contra la administración pública, no debería ser considerada tal fundamentación porque el titular del bien jurídico resulta siendo el estado y no las víctimas o agraviados. (...).

Este autor, es tajante, pues menciona que, en los delitos contra la administración pública, ninguna víctima o agraviado, puede ser considerada como sujeto pasivo de este delito, pues si fuera así, se transgrediría e iría en contra del bien jurídico protegido, en consecuencia se justificaría y aceptaría tal acto que es negativo. Pues, desde mi punto de vista, comparto cien por ciento lo mencionado por el autor Príncipe Trujillo, ya que da la idea más clara cuando se puede llamar sujeto pasivo de la acción, como lo manifestado.

1.4. DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

La Convención Interamericana contra la Corrupción define en un solo concepto al "funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público"

⁶ PRINCIPE TRUJILLO, Hugo. El Delito de abuso de autoridad, en RAE Jurisprudencia, Tomo 22, ECB Ediciones S.A.C., Abril 2010, p.p. 262-263.

como cualquier funcionario o empleado del Estado, abarcando los que se han seleccionado, designado y electo.

Entonces, podríamos decir que, según este concepto, funcionario es sinónimo de empleado del Estado, de cualquier naturaleza, que cumplen o realizan funciones en representación del Estado, obviamente esta función es realizada en cualquier estamento, ya que, el país tiene representación en diferentes lugares.

El Decreto Supremo N°05-90-PCM, define al Funcionario Público, como el ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal para desempeñar cargos del más alto nivel en la administración pública; y, define al servidor público como el ciudadano en ejercicio que presta servicios en entidades de la administración pública (...).

En el Perú el concepto de funcionario público es materia de regulación en nuestra legislación, y tiene reconocimiento en el artículo 40° de la Constitución en el que se establece los deberes y responsabilidades de la carrera administrativa. Precisamente, con respecto al concepto administrativo podemos observar que se encuentra regulado dentro de la ley de bases de la Carrera Administrativa y el Decreto Legislativo N° 276 que menciona las remuneraciones del sector público.

Ni que decir, la presencia del Estado, en diferentes lugares de la patria, se manifiesta con las malas o buenas actuaciones de sus funcionarios públicos, ya que la garantía de la sociedad y el Estado, lo representa sus principales representantes, los “funcionarios”; si existen malas actuaciones de estas personas, entonces desdican y lesionan los intereses de la administración pública, por ende perjudican al Estado, que es el máximo representante de estos intereses.

Siendo ello así, no queda dudas que si bien, debe existir un marco legal, que regule todas las actividades que se desarrollen dentro de nuestra sociedad, por la necesidad de las diversas actividades de cada sector, se requiere especialidad al momento de regular.

Esto es lo que sucede muchas veces, se regula, haciendo las leyes, pero sin prever las consecuencias jurídicas posteriores, he ahí las múltiples incertidumbres y vacíos jurídicos, lo cual conlleva a que los trabajadores inicien procesos administrativos y judiciales, en contra del Estado; lo que hace suponer que en el momento de legislar y emanar normas y leyes, no se hizo con la especialidad y tecnicismo, lo cual se sugiere se haga para que no se produzca este tipo de acciones.

Así como en muchos aspectos administrativos, jurídicos y de otra índole, donde al legislar ha dejado vacíos e incertidumbres, que se supone es una tarea que debe solucionarlo el operador jurídico, haciendo un análisis minucioso; en el caso de “funcionario público”, ha sucedido lo mismo, no está claro su definición, solamente se ha dado las pistas generales, ello conlleva a que el operador administrativo y jurídico, haga las interpretaciones respectivas, obviamente apoyado de la doctrina y jurisprudencia, que son las que coadyuvan a solucionar los vacíos e incertidumbres jurídicas.

1.5. CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO.

Se llama servidor público a toda persona que realiza tareas dentro del estado o en la administración pública. El servidor público tiene un empleo o cargo en algún organismo del estado nacional, regional o local donde desempeña sus actividades. Ciertos empleos tienen como propósito representar al Estado, cumpliendo el servicio público, tales como los jueces, fuerzas armadas, miembros del congreso o funcionarios de alta jerarquía como el presidente o ministros. A mayor jerarquía del cargo le da más responsabilidad al servidor público.

Realizar tareas o trabajos dentro de la administración pública, obviamente a nombre del estado o representando a este, obedece a que lo hace como servidor público; el concepto de servidor público es muy amplio, porque abarcaría tanto a los empleados públicos, funcionarios públicos, cargos directivos, entre otros.

Muy interesante, hablar de servidor público conlleva a analizar un tema muy delicado dentro del sector público, ya que la mayoría de los trabajadores que pertenecen a este, deberían cumplir su función por vocación de servicio, aunque con sueldos y salarios muy reducidos, a comparación de los sectores privados; pocos son los sectores públicos privilegiados que perciben regulares o altas remuneraciones; entonces deberíamos hacernos la interrogante ¿Por qué de la desigualdad remunerativa entre los servidores públicos?, si todos realizan funciones a nombre del Estado, podríamos seguir analizando y opinando sobre esto, pero no es el momento ni el objetivo de esta Tesis, seguramente lo haremos en algunos artículos que escribiremos a posteriori.

Desde mi punto de vista, el funcionario público, dentro de la jerarquía de trabajadores públicos, si bien es cierto realiza función pública, similar a los demás trabajadores públicos, sin embargo, la responsabilidad que asume es mayor, por lo que, por ese mismo actuar, obviamente su remuneración y/o percepción remunerativa debe ser mayor, obviamente por el cargo que ostenta.

1.6. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

Muñoz Conde⁷ conceptualiza al autor como quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal parte general. Tirant To Blanch. Sevilla, 2000 p. 498 – 501.

cómo de su realización. (...).

Definitivamente, el Tesista está de acuerdo con el párrafo anterior, donde autor es quien decide si se comete o no el delito, es como dijéramos el dueño y amo de la ejecución del delito, sin él no podría haber partícipes, coautores, ni cómplices.

Al respecto, se señala que existen tipos de autoría, como:

a) Autoría Directa Individual: Se conoce con el nombre de autor directo individual, al sujeto que realiza el delito de manera personal y directa.

Este tipo de autoría es cuando la misma persona que decide y tiene dolo de cometer el acto delictuoso, lo realiza, sin mandar a que otros lo hagan, lo realiza a mano propia, no manda a cometer tal acto delictuoso, también se podría decir que es una autoría inmediata.

b) Autoría Mediata: Se llama autor mediato, cuando el sujeto activo (autor), no realiza de manera directa y personal el delito, sino que, utiliza otro sujeto (persona), para que lo ejecute este acto punible. Ni que decir, no hay mayor duda que, en este tipo de autoría, el dominio del hecho está a cargo del autor mediato, más no del que directamente cumple la orden de realizarlo.

En este tipo de autoría, de la misma manera, es el autor el jefe, capitán, dueño de rin y el que decide cometer tal o cual acto delictivo, sin embargo, no lo hace directamente, con mano propia, sino manda u ordena a que lo cometa otra persona, que muchas veces ni lo conoce o ha tomado contacto alguno con ella. Basado en esta autoría, se ha juzgado y sentenciado últimamente a muchos delincuentes, que en antaño no se ha realizado de manera cabal.

c) **Coautoría:** Se conoce con el nombre de coautoría, cuando un acto ilícito lo cometen mancomunadamente (en coordinación conjunta) dos o más sujetos (personas), se supone indubitadamente que, esto lo realizan de manera dolosa. Hasta algunos estudiosos, mencionan que la coautoría es algo así como una especie de conspiración llevada a la práctica, sólo con una diferencia bien marcada, donde el coautor de alguna manera participa e interviene algo en la realización del delito; en cambio el conspirador no cumple tal condición y característica.

En conclusión, decimos que, cuando un delito es cometido por un grupo de personas, con acción grupal con un objetivo único decidido y planificado, entonces estamos ante una coautoría, en sus diferentes niveles.

En la teoría del dominio del hecho, que sirve para determinar la diferenciación entre autores y partícipes, el criterio diferenciador sería justamente del dominio del hecho, el autor según esta categoría sería el que tenga dominio del hecho, (...) ⁸.

A decir del autor de esta Tesis, como se menciona en el párrafo anterior, en base a la Teoría del Dominio del Hecho, es sencillo diferenciar cuando estamos ante un autor o un partícipe, nos referimos al autor, cuando domina el hecho, es el quien decide si se realiza o no el acto delictivo; en cambio, sino fuera así, el sujeto será considerado como un partícipe, ya que no domina ni decide la acción delictiva.

Un sujeto que esté involucrado en participación, no es quien domina el hecho, como se mencionó en acápites anteriores, es aquel subordinado que depende de los autores y coautores, no es autónomo; entonces se puede decir que, sino no hay autor y/o coautores, tampoco será posible que

⁸ Exp. N° 628 – 98 – B – Lima, de 20 -10- 1998. Sala Penal.

pueda existir acción delictuosa de partícipes.

Así pues, de acuerdo a la mayoritaria doctrina, se menciona que, los delitos contra la administración pública son especiales, que sólo pueden ser realizados por sujetos cualificados, más no por cualesquiera.

Podemos referirnos que en los delitos en que se requiere una cualidad especial en quien realiza la conducta ocurre que si quien tiene el dominio del hecho es un sujeto que no goza de dicha cualidad —es un extraneus—, en virtud del principio de legalidad no podrá ser sancionado como autor por el tipo correspondiente⁹, toda vez que según la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás (inraneus) es el autor-mediató- mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice por carecer de la cualificación típica¹⁰.

Sobre el particular, el Tesista concluye que, los delitos contra la administración pública, son especiales, en consecuencia, sólo podrán ser cometidos por personas que reúnan tal cualidad; en el supuesto caso que, el que domina y realiza el hecho fuera una persona que no reúne tal condición (extraneus), sólo será considerado como cómplice; en cambio, el que no haya realizado la acción, pero que haya intervenido organizando todo el panorama delictivo, sólo con su mandato, al que se le conoce como “inraneus”, se le juzgará como autor mediató, esta Teoría se aplica últimamente en los casos complejos de corrupción de funcionarios, para poder juzgar con un criterio más objetivo y racional.

En esa línea de ideas, es importante referir lo señalado por el Dr.

⁹ OSSANDON WIDOW, Maria Magdalena- “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”, p.3.

¹⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro, “Delitos Contra la Administración Pública, la teoría de infracción al deber en la jurisprudencia peruana”, p.7.

Arismendiz Amaya¹¹ quien señala que existen cuatro teorías que pretenden justificar los criterios de imputación respecto de los sujetos: Teoría de ruptura del título de imputación, Teoría de unidad del título de imputación, Teoría de los Delitos de Infracción del Deber y Teoría de los delitos en virtud de competencias; cada una de ellas con sus características especiales.

El Tesista concluye que, es muy importante la literatura de estas cuatro teorías, pero las que más se adaptan a nuestro medio son la Teoría del Dominio del Hecho y la Teoría de infracción del Deber; es más, son las más usadas para juzgar por nuestras autoridades judiciales en la actualidad; es más, también podríamos decir que son más objetivas para la calificación de los injustos penales; ni que decir, los últimos delitos complejos de corrupción de funcionarios, han sido juzgados con la Teorías de Infracción del deber, con mayor frecuencia.

1.7. AUTORÍA MEDIATA EN LOS DELITOS ESPECIALES.

Se llama autoría mediata, cuando el delito es cometido por un denominado “hombre de atrás”, que ordena a que lo cometa un intermediario, que en muchos casos ni siquiera lo conoce.

Como autor de esta Tesis, recalco, con razón más racional y justa, los jueces han sentenciado a Abimael Guzmán Reynoso, como autor mediato, por el delito de Terrorismo, este personaje era el hombre de atrás, que desde una oficina encerrado en cuatro paredes, era quien dirigía la cúpula terrorista, la cual estaba organizada jerárquicamente, donde lo que él decidía, se tenía que cumplir al pie de la letra en todos los estamentos subordinados; pues, Abimael Guzmán Reynoso, ni siquiera conocía a los ejecutores de los actos terroríficos, sin embargo, daba órdenes a cumplirse

¹¹ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La Prueba en el Delito de Colusión bajo las reglas del Código Procesal Penal del 2004” en La Prueba en el Proceso Penal, Lima, Instituto Pacífico S.A.C, 2015, pp.118-121.

obligatoriamente; definitivamente, acá no existe comisión conjunta, ni decisión conjunta, por lo que no podríamos hablar de otras figuras delictivas; confirmándose de esta manera en este juzgamiento y sentencia, la Teoría de Infracción del deber.

1.8. COAUTORÍA EN LOS DELITOS ESPECIALES.

En los delitos de infracción de deber no son posibles las modalidades de autoría delictiva conocidas como coautoría y autoría mediata. (...) ¹².

En los delitos de dominio del hecho, es natural encontrar a sujetos autores, coautores, partícipes, instigadores y cómplices; en cambio, en los delitos de infracción del deber, por ningún motivo, se podría hablar de coautoría, aunque hayan participado en la comisión del delito dos intraneus, o en todo caso, un intraneus y otro extraneus, porque no encajan en estas categorías, pero sí podríamos hablar de manera clara de autoría mediata e inmediata, que son lo que caracterizan y dan la diferenciación apropiada a esta clase de delitos.

Así pues reforzaremos lo mencionado en el párrafo anterior según lo establecido por la Jurisprudencia quien determina con un mayor alcance acerca de la Coautoría, así mediante el R.N. N° 4484 – 97 – Cañete, de la Sala Penal, establece la diferencia entre participación y coautoría en un delito, mediante el elemento común de uno de los tres requisitos que determinan la coautoría, son, a saber: a) Decisión común, b) aporte esencial y c) tomar parte en la fase de ejecución.

Todas las dudas se han despejado, en la Sentencia del R.N. N° 4484 – 97 – Cañete, al dar las características de la coautoría, como: Decisión común (ambos se ponen de acuerdo en la ejecución del delito con sus

¹² CARO JOHN, José Antonio. “Algunas Consideraciones Sobre Los Delitos De Infracción de Deber”, p.11.

respectivas actuaciones); aporte esencial (importante para la consumación del delito mediante su actuar individual) y por último, tomar parte en la ejecución (esto es intervenir en la realización del acto ilícito); todas estos requisitos o elementos, hacen tener una idea indubitable, que se está ante una coautoría.

La coautoría es entendida como el codominio funcional del hecho delictual, es decir, exige la presencia de dos o más personas, quienes con mutuo acuerdo deciden cometer el hecho punible; en ese sentido, bajo un escenario final de la acción, los sujetos intervinientes a título de coautores aparecen marcados fundamentales por tres presupuestos: a) Acuerdo previo, (...); b) Repartición de roles, (...) y 3) Codominio funcional del hecho, (...) ¹³.

Como Tesista, comparto este último aporte, cuando trata de explicar con un lenguaje más popular, técnico y claro las características, propiedades y/o presupuestos, de la coautoría, que son: acuerdo previo (fase primigenia de planificación y elaboración del camino o sendero a seguir para la comisión del delito), repartición de roles (organizar los estamentos y acciones delictivas que realizarán cada uno de los que intervienen) y codominio funcional del hecho (todos los intervinientes dominan la acción delictuosa siempre pensando el fin que es la consumación del hecho planificado). Como se nota, todo funciona como un todo sistémico, donde cada presupuesto es un escalón en la realización de este delito, de tal manera que, si falla un estamento, se supone tendrá consecuencias en el resultado final.

¹³ ARISMENDÍZ AMAYA, Eliu. Autoría y Participación en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito de la Casación N° 558-2016-Lambayeque, Lima Gaceta Jurídica, 2018, p.63.

1.9. DELITOS DE INFRACCIÓN AL DEBER EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

Según muchos autores, los fundamentos de la teoría de los delitos de infracción del deber, el hombre de atrás (intraeus) es el “autor mediato”, mientras que el hombre de adelante que es extraño (extraneus), es solo cómplice, por el hecho de carecer de la cualificación típica que se necesita para calificar estos; no puede haber la posibilidad, ni siquiera remota que, el hombre de adelante pudiera ser autor mediato. (...). Esta teoría es uno de los aportes más importantes para solucionar y juzgar a delitos donde se manifiesta infracción de deberes especiales; además, notamos que con la aplicación al caso concreto de la Teoría de Infracción al Deber, se llena los vacíos que ha dejado la Teoría más antigua del Dominio del Hecho, de tal manera que, ayudará a que los casos no queden impune y por ende, será una solución a la lucha contra la impunidad y la búsqueda de la tan ansiada “justicia”, que es lo que se busca en un mundo derecho y constitucional de derecho.

En palabras de Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, al señalar que las meta-reglas de la parte general de los delitos funcionarios se basan principalmente en el hecho de que estos delitos pertenecen a la categoría de los denominados delitos de infracción de deber, aunque no todos los delitos de infracción de deber serán delitos de funcionario¹⁴.

De manera general, se dice que, la mayor cantidad de delitos que cometen los funcionarios públicos, son de infracción del deber, pero frente a esta meta-regla, como siempre sucede, hay excepciones, esto es, habrá algunos que no encajen en esta categoría, por no reunir las características de este.

¹⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Colombiano*. En: Libro Homenaje a Gunther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal. Coordinador: Montenegro Lynett. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 471.

Este artículo precedente, si es importante, en el sentido de la supuesta racional intervención criminalizadora del Estado, a través del uso de la Teoría de Infracción del Deber. Pero, analizando de manera más profunda, se sabe que, el Estado está pretendiendo disminuir las acciones delincuenciales en general y de los funcionarios públicos en particular, proponiendo e implementando políticas criminales, basadas fundamentalmente en el incremento de penas, la cual según el Tesista, sería un política a corto plazo, que por lo visto, todavía no se tiene la certeza clara que ha disminuido la delincuencia. Sin embargo, desde mi punto de vista, para disminuir la delincuencia en general y del caso en comentario en particular, la mejor solución sería implementando políticas a largo plazo, atendiendo a sectores básicos como prioritariamente son: Educación, salud, agricultura, etc.; en ese orden, ya que a través de la educación, desde la etapa preescolar, hasta la superior, se logrará formar ciudadanos de bien, con conciencia de qué es lo que debe y no debe hacer; para ello, lo primero que se haría, sería el incremento del presupuesto para estos sectores, tal como sucede en países asiáticos y europeos, para crear conciencia de hombres y mujeres de bien, con práctica de valores sin represión e imposición.

Los funcionarios públicos, tienen deberes especiales, que no posee todo ciudadano, y que, al igual que en el caso de una o un juez, son deberes positivos de cuidado y fomento basados en una solidaridad estatal en sentido amplio, respecto de los bienes jurídicos que entran en su competencia¹⁵.

El común de la gente tiene ciertos deberes en general, que cuando cometen ciertos delitos, son juzgados por leyes base, salvo ciertas atenuantes y/o agravantes. Pero, si hablamos de los funcionarios públicos, ellos tienen deberes especiales, que los caracterizan y diferencian como

¹⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Op. Cit., p. 470.

tales, como la solidaridad del Estado, cuidado, conservar el prestigio del estado, entre otros, por ello, conviene ser juzgados a estos últimos, con la Teoría de la Infracción del Deber que es más completa y está en boga en la actualidad.

Dentro del rubro de la administración pública, existe fundamentalmente los trabajadores llamados servidores y los funcionarios públicos, los cuales se diferencian del común de la gente, por la función misma que cumplen, lleno de deberes y obligaciones especiales, como las mencionadas en acápite anteriores; en consecuencia, si estas personas cometen actos ilícitos en el ejercicio de sus funciones en la mayoría de los casos y fuera de ello en algunas ocasiones, deberían ser juzgados de manera más completa aplicando la Teoría Moderna del Dominio del Hecho. Ya que, cuando estas personas cometen delitos, no sólo infringen la Ley común, sino otros deberes y normas de menor jerarquía de la Institución a la cual pertenecen, como: Reglamento Interno (RI), Reglamento de Organización y Funciones (ROF), Código de Ética del Funcionario Público, entre otros.

Para no caer en delitos de infracción deber, de los funcionarios y servidores públicos, algunas instituciones públicas para postular al puesto de trabajo, exigen se presente una declaración jurada, de no encontrarse incurso en los alcances de la Ley N° 26771 y su Reglamento aprobado por D.S. N° 021-2000-PCM y sus modificatorias, comprometiéndose a no participar en ninguna acción que configure acto de nepotismo; esto es un ejemplo, de poder evitar apoyos y/o influencias, para acceder al puesto de trabajo; ausentándose en consecuencia en caer en delitos de funcionarios públicos y juzgamientos con la Teoría de Infracción del Deber.

En los delitos comisibles por cualesquiera, el dominio del hecho caracteriza a la autoría porque el interviniente con su comportamiento configura su ámbito de organización a costa del perjudicado por el delito:

fundamento de la responsabilidad es que la propia organización es dañosa. Jakobs determina que en los delitos de infracción de deber el dominio del hecho es un criterio irrelevante para distinguir entre autores y cómplices; sin embargo, los puntos de contacto acaban rápidamente. La cualificación especial no se basa en un deber extra penal, sino en la existencia de una institución. La función de una institución consiste en garantizar expectativas que están referidas al mantenimiento de bienes jurídicos, generando por diferenciación roles que determinan derechos y/o deberes. Este enfoque impone, según Jakobs, la conclusión de que no todo delito especial es de infracción de deber. Si es una institución la que les otorga sentido al deber impuesto a los funcionarios de no recibir dádivas, entonces el delito de cohecho pasivo será un delito de infracción de deber. En consecuencia, los delitos de infracción de deber serían, desde este enfoque, únicamente aquellos en los que el autor está obligado institucionalmente al cuidado de un bien.¹⁶

La mayoritaria doctrina y jurisprudencia, ha concluido que la persona humana jamás podría considerarse sujeto pasivo en los delitos comprendidos en la administración pública. Por lo tanto, la persona como tal, deberá responder ya sea como autor o en todo caso participe en estos delitos, por el hecho que no reúnen los presupuestos para ser considerados como tales. Teniendo en cuenta que presunción de inocencia es un derecho que le asiste a toda persona y que está protegido constitucionalmente, ésta podría llegar a ser enervada cuando se encuentren fundados elementos probatorios que lleguen a la determinación de culpabilidad en ella, entonces si fuera así, será juzgado por la Ley Penal en general.

¹⁶ VACHELLI, Ezequiel. La Crisis de la Accesoriedad Limitada [Ubicado el 10.XI.2017]. Obtenido en https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_04.pdf.

CAPÍTULO II

DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS DEL ARTÍCULO 400° DEL CP

2.1. DEFINICIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

Se nota que, en el artículo 400° de nuestro Código Penal, se tipifica el delito de tráfico de influencias, pero para su aplicación a la realidad, se tiene que analizar y hacer una interpretación exhaustiva, para que cale según las situaciones fácticas, para de esta manera llegar a sancionar a los verdaderos responsables, se espera alcance a los terceros interesados.

Es necesario precisar que, se ha establecido que el bien jurídico protegido se materializa en la buena imagen de la administración y su buena marcha, las mismas que se verían afectadas y entrabadas si no sancionara la conducta de aquellos que, ante terceros, crean la idea de venalidad, deshonestidad y corrupción en la administración pública¹⁷.

Ya en reiterados párrafos atrás, se mencionó que, en este tipo de delitos, el bien jurídico que se protege es la buena imagen y marcha de la administración pública; ya que, los sujetos que asumen responsabilidades de servidores y funcionarios públicos, tienen el deber de cuidar el buen prestigio del Estado; la que pasa es que, muchas veces es aprovechada esta función, para dar provecho a terceros, los cuales comprometen a su labor, dando dádivas a costa de un beneficio, ello es sancionado.

Está claro, el artículo en mención deja dudas, ya que sanciona aquel que, a cambio de un beneficio, ofrece interceder o influenciar, directa o indirectamente, si quisiéramos decirlo, ante un magistrado, fiscal u otro

¹⁷ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la administración pública. Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1995. p. 309.

funcionario, o en todo caso ante autoridades en general; dejando algo de vacío respecto al tercero interesado y beneficiado de dichas influencias, pero por lógica, éste debe ser sancionado como corresponde, lo cual a través de esta Tesis, tratamos de sacar a luz y sugerir a nuestros legisladores, se modifique este artículo, según la propuesta de proyecto de ley que plasmamos consecuentemente, que espero se haga lo más pronto posible, para no generar impunidad.

No hay duda al respecto, la afirmación o atribución que el sujeto influyente tenga la capacidad de influir en un funcionario público, que brinda un servicio público (corresponde al tipo penal); so pretexto de dar una ayuda o apoyo, ya sea de manifiesto real o simulada, para beneficiarlo a un tercero interesado que intercambia el servicio con dinero u otro tipo de dádivas.

Importante es entender que, el delito de tráfico de influencias, es un delito de peligro, puesto que, se ha adelantado la punibilidad a estadios previos a ciertos delitos (cohecho y corrupción de funcionarios); es característico en este caso que, se reprime etapas preparatorias de este delito, sin que se necesite la consumación del delito; pues con esto, se rompe la literatura de cierto acápite de la Teoría del delito común, donde los actos preparatorios no eran punibles.

2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Teniendo como base el Acuerdo Plenario N° 03-2015, el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, el cual comparto, es el prestigio y buen nombre de la administración pública, que debe existir en la sociedad.

El delito de tráfico de influencias, se puede considerar como los actos preparatorios (íter críminis) del delito de cohecho, donde son castigados a pesar de su categoría mencionada, por ser un tema excepcional, con la

única finalidad de la protección de la “administración pública”, que es su bien jurídico protegido fundamentalmente.

Por su parte, Salinas Siccha, al tratar el tema del bien jurídico protegido, considera (...) pretender preservar el prestigio y normal desenvolvimiento de la administración de justicia¹⁸.

Si bien es cierto, lo que se pretende en este tipo de delitos es la administración de justicia en general, pero más específico es decir que se protege el prestigio de esta, aunque no se quiera entender de esta manera, con los tantos actos negativos que notamos, venidos de la administración pública, lo cual es lógico haría pensar de manera negativa a cualesquiera, pero ello no enerva el bien jurídico protegido “prestigio” y la “imparcialidad”, que debe aparecer como una carta de presentación ante la población, como ejemplo de administración transparente, pura y ejemplar a seguir, para no crear desconfianza.

Los autores del párrafo precedente, reafirman lo mencionado anteriormente, en el sentido que el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro, como previo al cohecho y corrupción de funcionarios, pero que se criminaliza, con la finalidad de evitar la impunidad, aunque no se haya materializado o consumado; quedando de esta manera clara esta idea, lo cual conllevará a que se plasme en la práctica jurídica, coadyuvando a la moderna teoría de infracción del deber.

A manera de comentario real, podríamos decir que, en la actualidad, la población en general, no tiene una opinión favorable de las acciones de la administración pública, esto es de los múltiples servicios que presta, ha perdido credibilidad, será quizá por los hechos bochornosos que se

¹⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 4ª edición, Iustitia, Lima, 2016, p.p. 591-592.

manifiesta en ciertas entidades públicas o a lo mejor por la falta de calidad en el servicio que brindan; entonces se puede decir, que la administración pública ha perdido su prestigio y buena fama ante la sociedad, que definitivamente sería necesario recuperarlo en un corto o mediano plazo. Si comparamos nuestro sistema público, con el de la sociedad europea y asiática, pues diremos que, estamos en un nivel no tan aceptable, porque según fuentes, el servicio público que brindan esas entidades desarrolladas, es el mejor, de calidad, a comparación de la privada, reflexionemos sobre esto, para lograr el pronto cambio.

Es importante recalcar en esta Tesis que, la administración pública es la actividad o labor realizada por los funcionarios y servidores públicos, en representación del Estado, obligación, deber y pacto que les liga para cumplirlo su función cabalmente, para dejar bien en alto a su Empleador (Estado). En base a ello, el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, señala en su fundamento 14 que el bien jurídico protegido para el tráfico de influencias simuladas, es el prestigio y buen nombre de la administración pública.

Aporte muy importante de este último párrafo, donde con claridad se manifiesta que, el delito de tráfico de influencias es “pluriofensivo”, esto es que, cuando se manifiesta, se lesiona varios bienes jurídicos, tales como: Transparencia e independencia de la función pública, derecho a la igualdad de los usuarios frente a la función pública y valor de incorruptibilidad funcional; valga la anotación, ciertas personas creen tener privilegios, por el estatus que cumplen, ello llevaría a mostrar la desigualdad y discriminación, que a nadie nos gustaría llegar; entonces, el pacto entre el tercero beneficiado y el que supuestamente tiene influencias (que recibe dinero o dádivas), desde la planificación, hasta su consumación, son punibles en este tipo de delito.

2.3. TIPICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA.

El Código Penal, Art. 400°, tipifica el delito de Tráfico de Influencias, pero se nota que sólo castiga al prometededor de influencias, dejando impune al tercero interesado en el tráfico de influencias; este vacío, conlleva a crear impunidad, que pretendemos se solucione con el Proyecto de Ley que proponemos.

El autor de esta Tesis, tiene la idea clara, apoyada la mayor parte en la doctrina y jurisprudencia sobre la materia actual, que el tercero interesado, comprador de influencias, debe responder también penalmente como cómplice, porque hasta ahora, muchas veces se ha dejado impune, creando desconfianza y mala fama de la administración de justicia en la sociedad peruana; pero ello se logrará teniendo una sólida normativa, donde se verifique con claridad el tipo penal, involucrando al interesado comprador de influencias, como parte de él, para que los operadores de justicia principales (jueces), no lo duden y apliquen la bendita justicia en estos casos, sin temor a caer en ambigüedades y críticas negativas en su contra.

El sujeto pasivo es el estado. Resulta sumamente discutible que quien da el donativo, promesa o ventaja sea una persona agraviada en cualquiera de los supuestos de tipicidad admisible, salvo que se trate de una estafa, supuesto en el cual nos salimos de la esfera de acción del tráfico de influencias.

Hagamos un poco de diferencias, sabemos que, en el delito de tráfico de influencias, que se tipifica en el artículo 400° de nuestro Código Penal, se puede identificar algunas influencias reales y otras son simuladas; las influencias reales sucede cuando el vendedor de influencias, ofrece interceder ante un funcionario, para brindar un beneficio o ventaja, hacia el comprador de influencias (tercero interesado), quien proporciona un donativo o ventaja económica y en realidad se cumple esto; también puede suceder lo

contrario, esto es que el comprador de influencias, implora o suplica, ante el vendedor de influencias, para recibir un beneficio, ventaja o privilegio, para conectarlo hacia una autoridad o funcionario público; en este caso, desde el punto de vista del Tesista, está claro que el tercero interesado debe necesariamente que responder penalmente. Por otro, existe las influencias simuladas, en los cuales, existe la oferta de influencia del vendedor de influencias, hacia un comprador de influencias, pero que en realidad dichas influencias son sólo humo.

2.4. CONSUMACIÓN DEL DELITO.

El delito de tráfico de influencias es un tipo penal de consumación instantánea, la misma que se produce cuando el sujeto activo recibe el donativo, o cuando se produce la promesa de entrega del donativo, ventaja o beneficio. (...) ¹⁹.

El párrafo precedente trata de explicar cuando se produce la consumación del delito de tráfico de influencias, notándose, que este delito es uno de los de consumación instantánea, esto es, se configura el delito tan sólo con el acuerdo de voluntades, también con recepción del donativo o dádiva por el sujeto activo, proporcionado por el tercero beneficiado; pero también puede configurarse el delito, sólo con la promesa de entregar el donativo. Por otro lado, para que se configure el delito, hay que tener en cuenta que, el donativo o promesa de donativo del tercero interesado, debe estar relacionado directamente con el delito, sino fuera así, no se configurará este acto ilícito. Otro aspecto que se tendrá en cuenta será que, si el supuesto vendedor de influencias (sujeto público), ofrece o influye directamente ante el funcionario o servidor público, dando ventaja o beneficio al tercero interesado, sin donativo, tampoco se configurará el delito, según el autor mencionado. El Tesista discute, respecto a esta última

¹⁹ ROJAS VARGAS, Op.Cit., p. 374.

parte, ya que, aunque no haya donativo, todas maneras, si hay beneficio o ventaja hacia el tercero interesado, entonces si existe influencia, situación que no es posible suceda en nuestra realidad y administración pública, porque ello genera más desconfianza de la población, ante la administración, afectando al prestigio que ésta por naturaleza debe tener.

2.5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

Autor del delito de tráfico de influencias, solo puede ser el intermediario; el interesado es partícipe necesario, pero nunca coautor, pues no es el quien invoca ni ofrece interceder. El funcionario público, en caso de conocer y querer estos elementos seria inductor del delito y, en caso de recibir efectivamente el soborno, autor de cohecho pasivo, al igual que en este caso el interesado sería, además, autor de cohecho activo.

El artículo 23° del Código Penal, nos da una idea clara de quien debe ser autor de un delito, refiriéndose al que realiza él mismo, el que lo hace por medio de otro (autor mediato) y los que realizan conjuntamente (coautores), serán castigados con la misma pena. Es más, concluye que, tendrán la calificación de autores, los que estimulan (inducen) a otro a ejecutarlo y los que ayudan (cooperan) a su ejecución, pues sin lo cual no se hubiera cometido ni realizado el acto ilícito. Esto nos da una visión clara para la calificación de estos sujetos, en la investigación y sanción de delitos.

El meollo de esta Tesis es pues, aportar con una propuesta de Proyecto de Ley, para tener una calificación adecuada de los sujetos que cometen estos delitos de tráfico de influencias, de tal manera que, se los juzgue cabalmente tanto al sujeto activo (vendedor de influencias), así haya una tipificación especial para el tercero interesado, ya que, según el artículo 400° de nuestro Código Penal, no lo especifica, quedando muchas veces impune su actuar, cuando en realidad sabemos que, estos sujetos sí

intervienen en el acto delictivo, por lo que a opinión del Tesista, deberían ser calificados como “cómplices”, como así concluimos en este Trabajo de Investigación.

2.6. DELITOS ESPECIALES Y DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

En nuestra realidad, de acuerdo a los últimos alcances de la doctrina y la jurisprudencia, que son los que marcan la claridad y aporte, para el mejor entendimiento de nuestro ordenamiento jurídico, han distinguido que existen tipos penales que requieren de dominio del autor para que se configuren y construyan, como es el caso del tráfico ilícito de drogas, robo agravado, etc., todos ellos reciben el nombre de “delitos de dominio”. Por otro lado, han distinguido que existen otros tipos de delitos que excluyen el dominio para su configuración, tal es el caso de los delitos contra la administración pública, cometidos por los funcionarios o servidores públicos, a los cuales se les ha denominado delitos de infracción del deber; los funcionarios y servidores públicos, por la misma característica de su trabajo, representando al Estado, tienen un plus en su función, por lo que sus deberes y obligaciones son especiales, de conducirse con lealtad y probidad en el ejercicio de su función; en este tipo de delitos se ubica el tráfico de influencias, que nos ocupa en esta Tesis, para lo cual en nuestras conclusiones planteamos algunas soluciones para su mejor entendimiento y calificación.

En algunos casos la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito. Nos encontramos entonces con los llamados delitos especiales, los cuales pueden ser:

- a) Los **delitos especiales propios**: En este tipo de delitos, hay que tener en cuenta que, la cualificación especial del autor es imprescindible, esto es, se necesita que sea funcionario público el sujeto activo (el vendedor de influencias), lo cual hace una merecedora responsabilidad punitiva y

principal. Entonces, está claro que, la persona que no cumpla tal cualificación (funcionario público), no serán involucrados como autores.

Se podría decir que, el delito de tráfico de influencias, se podría ubicar en este tipo de delitos, por las características peculiares reales que ostenta, específicamente para el autor (vendedor de influencias); porque para el comprador de influencias, no hay exigencia alguna.

- b) Los **delitos especiales impropios**: Este tipo de delitos son diferentes a los anteriores, tienen su peculiaridad que, la cualificación especial del autor, sólo sirve como elementos adicionales, para agravar o en todo caso atenuar la responsabilidad penal de un delito común.

Podemos decir que, en la actualidad, la doctrina y jurisprudencia peruana, han concluido en muchas discrepancias, respecto a cuál es el bien jurídico protegido, en el delito de tráfico de influencias; pero, la postura que prevalece con mayor énfasis es que, se protege la “imagen de la administración pública”, pues agregándolo podría ser la buena imagen, que se debe mostrar ante la sociedad en general. Pero, un cierto sector de la doctrina, asevera que este delito debe ser derogado, considerando que debe fusionarse al delito de cohecho o en todo caso como estafa, específicamente en el caso de influencias simuladas, situación que como autor de esta Tesis, no comparto, puesto que no reúne las características de estos delitos. Por eso, sigo con la idea que este tipo de delito debe seguir siendo tratado por el artículo 400°, pero obviamente con la modificación que propongo en la propuesta de un proyecto de ley, como sugerencia urgente, que espero se haga gala, con la difusión de esta Tesis.

CAPITULO III

PARTICIPACIÓN DEL TERCERO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

3.1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA.

A entender del Tesista, en la comisión de un acto delictivo, existen sujetos que son la clave para la realización de esto, sin los cuales no puede realizarse el delito, nos referimos a los “autores”, aquellos que encabezan la acción típica, los dueños y amos de la acción delictiva, pueden manipular e incluso decidir hacerlo o desistirse de la acción, son los sujetos activos; sin ellos, no habría complicidad, ni instigación, estos últimos no tienen dominio del hecho.

3.2. DEFINICIÓN DE INSTIGACIÓN.

A decir de muchos estudiosos, instigación o inducción es una forma de participación, que consiste en determinar, provocar, insinuar, alentar de manera real u objetiva a que otro cometa un delito, de tal manera que, sin tal influencia, no se hubiera perpetrado el acto ilícito.

Es importante tener que delimitar ciertos términos, en este trabajo de investigación, como es el caso particular de “instigador”, quien es el que influye, determina, hace que otra persona se persuada y tenga la idea de cometer un acto ilícito y cometerla en realidad, esta otra persona es el llamado instigado, que comúnmente lo llamamos autor. Para que se cometa el delito, el instigador es clave, porque es él quien pone la idea, consejo, orden, para que se haga realidad la acción ilícita.

3.3. CONCEPTO DE COMPLICIDAD.

Según Osorio²⁰, cómplice es un “persona que sin ser autor de un delito, coopera a su perpetración per actos anteriores o simultáneos (...)”.

Está claro que, un sujeto (persona), será considerado como “cómplice”, cuando coadyuva, interviene y ayuda a que se cometa un delito. En el caso particular del delito de tráfico de influencias, que es nuestro punto de análisis en esta Tesis, es muy notorio que, el tercero interesado, sí cumple tal condición, por lo que sugerimos que el análisis y razonamiento jurídico de nuestros operadores de justicia, deben rozar este sendero, al calificar la imputación de este sujeto, que lamentablemente, muchas veces queda impune.

Sin ninguna duda, el que encabeza, dirige y es el eje de un acto delictivo es el autor y coautores, los demás sujetos como cómplice, instigador, etc. dependen de éste. Es más, cada uno puede ser calificado como tal, no hay fusión de papeles o roles, para recibir denominación fusionada, la denominación de cada cual es diferenciada.

Según la jurisprudencia, los principales elementos que caracterizan a un cómplice son:

- **Intensidad objetiva del aporte al delito:** Relacionado con la veracidad real que el agente (cómplice), sí aporta en la comisión del hecho ilícito.
- **Momento en que se ejecuta el aporte:** Es muy importante entender, cuando se aporta; así pues, por ejemplo la colaboración en la complicidad primaria se da en la fase preparatoria del delito.

²⁰ OSORIO Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Claridad S.A. Buenos Aires – Argentina. Pág. 139.

3.4. COMPRADOR DE INFLUENCIAS Y SU RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

Hablar de comprador de influencias, nos referimos a un sujeto cualesquiera, con capacidad de goce y ejercicio que, por tener un beneficio o privilegio, propone o es propuesto por un vendedor de influencias (vendedor de influencias), para que dé una dádiva, so pretexto de conexiones con un funcionario que decide un acto judicial, administrativo o de otra índole.

Del análisis de lo estudiado, no sería dable, en un mundo constitucional y convencional de derecho, no llegar a una verdadera imputación del tercero interesado en la actualidad; consideramos que la complicidad primaria es la imputación correcta en el caso de la participación del tercero interesado en los delitos contra la Administración Pública, en su figura de Tráfico de Influencias, toda vez que esa complicidad se evidencia a través de un acuerdo de voluntades entre las partes, el conocimiento de que están en una determinada esfera de poder de la Administración Pública, en donde según nuestro Código Penal, son delitos especiales, es así que quien recurre o quien acepta las influencias, es porque quiere obtener un beneficio contrario a la aplicación correcta de la normativa, y como ya mencionamos, ése beneficio va a estar en relación al problema de índole judicial o administrativo que al particular le sea adverso.

A buena cuenta, adelantamos, hasta el momento, en nuestro país, no se tiene la idea clara y precisa de cómo calificarla y tipificarla al tercero interesado, en el caso del delito de tráfico de influencias, tipificado en el artículo 400° del Código Penal. Entrando en las entrañas de nuestra realidad, no se podría dejar de mencionar que, en este delito, el haz, eje, coordinador o jefe, es el autor (vendedor de influencias), en su entorno del cual gira todo el acto ilícito; pero, él actúa porque existe un interés, que puede ser un incentivo económico u otro, que es ofrecido o dado por el comprador de influencias, el cual puede haberlo incentivado o propuesto por

el comprador de estas o en todo caso, guiado o premunido por él mismo, todo con la finalidad de privilegiar o aventajar (al comprador de influencias) en un acto judicial, administrativo o de otra índole. Muchas veces este pacto funciona perfecto (entonces decimos que la influencia es real); pero, a veces la influencia puede ser simulada (no se ejecuta o no se hace realidad); pero en ambos casos, existe dolo de ambos sujetos. Lo que pasa es que, si la influencia es real, nadie sabe que se cometió tal delito, porque no existe denuncia alguna; no es así, en el caso de la influencia simulada, de acá parte toda la trifulca, porque el que denuncia generalmente es el comprador de influencias. En general, decimos que el comportamiento de ambos sujetos, debería ser imputados, pero no es así, sólo se imputa al autor (vendedor de influencias), no es así al comprador de influencias. Como Tesista, no estoy de acuerdo, por ello, haciendo un análisis minucioso, en base a lo que ya existe en avance a respecto, a través de un Proyecto de Ley, propongo se modifique el artículo 400° del Código Penal, para que el Tercero Interesado reciba el peso de ley penal como corresponde, esto es, sea juzgado como cómplice.

CAPITULO IV:

ANÁLISIS Y RESULTADOS

4.1. ACUERDOS PLENARIOS:

4.1.1. ACUERDO PLENARIO N° 3-2015/CIJ-116, de fecha 02 de octubre del 2015, proponen el acuerdo siguiente:

“...6°. Nuestro ordenamiento jurídico-penal vigente prevé el delito de tráfico de influencias, configurado en el artículo 400° del Código Penal (...):

A criterio del autor de esta investigación, intervenir de manera accesoria en la comisión del delito, deviene en entender que se trata del agente llamado “partícipe”, aquel que no tiene el protagonismo principal en la comisión del hecho ilícito, el que no domina la escena del crimen; lo que no sucede con el autor, quien pues es el eje y director para que se concrete, desde su planeación, hasta a veces la consumación del delito; esto es una decisión y general de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria hasta la actualidad, dando de esta manera luces más concretas y precisas de su diferenciación.

A criterio del Tesista, para mayor entendimiento, y con la finalidad de sentar las bases sólidas de las conclusiones que llegaré con el desarrollo de esta Tesis, hay que tener muy en claro que, el “partícipe”, es aquella persona que necesariamente tiene que tener un involucramiento en el acto delictivo, debe cumplir el papel de posibilitador y facilitador, pues por lógica, estas son características concisas del tercero interesado en el tráfico de influencias; ni que decir, el tercero interesado (comprador de influencias), como su nombre lo dice, quiere un favor, una preferencia, se supone por temor a la

competencia y no ser triunfador, entonces aprovecha la ocasión del sujeto que cree tener influencias, como una especie de “puente” (vendedor de influencias), para ser favorecido; no hay ninguna incertidumbre que, el tercero interesado, sí se involucra, posibilita y facilita a que se cometa el acto ilícito de tráfico de influencias, en consecuencia será una especie de partícipe.

8°. El primer párrafo del artículo 25° CP prevé la regla general de la complicidad primaria, en los siguientes términos: “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor”.

A mi criterio, para que haya una complicidad primaria, tiene que haber necesariamente dolo del sujeto, para entrar dentro de esta categoría, es decir tiene que tener conciencia y voluntad de cometer tal delito, es más, debe facilitar y ayudar, por no decir debe auxiliar en la realización del hecho punible; pues, sin él, a lo mejor no se hubiera realizado el hecho ilícito; sin duda, cumple un papel auxiliador y clave, algo como la mano derecha del autor; es por ello que, con razón, se reprime con pena similar a la del eje de la comisión del delito (autor).

El Tesista menciona que, en la realidad social, no falta alguien que insinúa, impulsa, induce o sugiere a otro para que cometa un delito, este sujeto con tales sinónimos, recibe el nombre de “instigador”, pues su actuación tiene que ser con conciencia y voluntad (dolo), entonces, la pena que le corresponde, según el artículo 24° del Código Penal, será la misma que le corresponde al autor del hecho ilícito.

El autor de esta Tesis, no comparte la posición del fundamento 9° de este Acuerdo Plenario, en la cual el tercero debe ser impune según la teoría de la complicidad, como se menciona en el párrafo

precedente, ello nos lleva a entender que ciertas conductas delictivas devendrían en impunes, eso es lo que rechaza la población en general; la razón es muy simple, el significado de cómplice se refiere a que es un sujeto que coadyuva a cometer y ejecutar un acto delictivo, pero sin entremeterse en la realización material, o en todo caso, participa en él, anexo a otros sujetos; llevando esto a la realidad de los hechos, si las influencias son reales, el dar un donativo económico o de cualquier otra índole (comprador de influencias), que realiza el tercero interesado, hacia el comprador de influencias, pues es claro, se está incentivando (ayudando) a que se cometa el delito; por ende, sin su actuar, no se configuraría el delito de tráfico de influencias; en consecuencia, el autor de esta Tesis, humildemente menciona que el tercero interesado, debe ser castigado como “cómplice”, que es lo que aportamos con esta investigación.

Análisis:

La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias, como es de notar en el acuerdo plenario del cual hemos hecho análisis, es firme cuando manifiesta nula la posibilidad de que el tercero interesado pueda ser imputado como cómplice del traficante de las influencias y, señala a pesar que su participación es indispensable para el comercio ilícito de influencias, menciona que no contribuye a configurar los elementos típicos del delito, como recibir o solicitar ventaja indebida; sin embargo, vemos no hay una completa valoración de todos los elementos que participan en la consumación del delito en estudio. Según el criterio recogido en el pleno jurisdiccional, la única manera para que se configure la complicidad es mediante la colaboración en la ejecución de la conducta descrita estrictamente por el verbo rector. En tal sentido, solo consideran la complicidad a quienes colaboren con el traficante a recibir la ventaja obtenida, quienes colaboren en la solicitud de estas ventajas o quien colabore en la

invocación de las influencias. Menciona a su vez precisando que la necesaria participación del tercero en el delito estaría comprendida que dentro de los alcances de la instigación, en la medida en que, existiendo un acto propio del traficante de las influencias, la conducta del tercero interesado activa el comercio ilícito de influencias, permitiendo o reforzando su continuación, no expresando un sentido de facilitar la conducta típica, sino el sentido de impulsar y determinar el impulso psíquico de cometer el delito, pero como lo hemos analizado, en el supuesto caso que, si a la acción psíquica se adiciona aporte objetivo material, la acción del sujeto pasa de instigador, ingresando a la denominación de partícipe, cuya característica es auxiliar, ayudar o cooperar.

Respecto al fundamento número seis del Acuerdo Plenario en mención, ha originado diversas interpretaciones materializadas en opiniones académicas que califican la participación del tercero interesado en dicho delito, como un supuesto de complicidad primaria, y no como un supuesto de instigación.

En general, podríamos dar una pequeña conclusión respecto a los aportes principales de este Acuerdo Plenario, que son:

- a) El bien jurídico protegido del tráfico de influencias simuladas, es sin lugar a dudas, el prestigio y buen nombre de la administración pública; que a mi entender, abarca al tráfico de influencias en general.
- b) Responderá como instigador, el que compra las influencias de alguien, punto clave para reforzar la resolución criminal. Desde mi punto de vista, más que instigador, creo que estoy seguro, será de “cómplice”, como así se demuestra en esta Tesis. Es más, el Acuerdo menciona que, si la solicitud del supuesto interesado no

produjo reforzamiento y energía en la resolución, aplicando un principio básico de accesoriedad, quedaría impune, por no producirse voluntad en el autor. Sobre este último punto, el autor de esta Tesis está en total desacuerdo, ya que en todo tráfico de influencias, siempre existe dolo, tanto del vendedor, como del comprador de influencias, en consecuencia, no hay razón ni fundamento para decir que el tercero interesado (comprador de influencias), es inocente, decir así, sería un favorecimiento a la actos delictivos y apoyo a la impunidad.

- c) La Corte Suprema consideró que la conducta típica del vendedor de influencias (sujeto activo), responde al influjo psicológico que el interesado en ellas produce, donde lo induce dolosamente a llevar el hecho punible de ofertar las influencias para favorecerlo. Está claro en este párrafo, el interesado en las influencias, sí participa siempre en el acto ilícito, por más que la influencia sólo sea simulada, porque se introduce en la cabeza el acto de delinquir para ser favorecido; la influencia no es sólo unipartita, es si quisiéramos llamarlo supuestamente, de manera objetiva, "bipartita", en todo caso hasta "tripartita".

- d) A mi opinión, el interesado, siempre debe ser considerado como cómplice, porque reúne todos los requisitos para esta categoría, por lo que, no comparto esta decisión de los Supremos en este extremo que, mencionan no haber complicidad en algunas ocasiones particulares, esta última situación, conllevaría a crear mayor incertidumbre y desconfianza de la población en la administración de justicia.

4.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema:

4.2.1. Casación N° 374-2015-Lima, de fecha 13 de noviembre del 2015, Corte Suprema de Justicia:

Hechos:

Se imputa al recurrente haber invocado influencias simuladas ante la Alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache, Corina de la Cruz Yupanqui, con el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones del año dos mil doce, Hugo Silvina Hurtado, así como con el Fiscal Supremo en lo Penal Pablo Sánchez Velarde; ofreciéndole interceder ante ellos a efectos que el primero de los nombrados retarde, más allá del plazo legalmente previsto, la emisión de su pronunciamiento en el proceso de solicitud de vacancia del cargo de Alcaldesa, (...), mientras que el segundo emita su dictamen de manera favorable (...).

Mediante sentencia: i) Condenó a Aurelio Pastor Valdivieso como autor del delito contra la Administración Pública- Tráfico de Influencias, en agravio del Estado. ii) Le impuso como penas principales: a) Cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva (...).

Resolución:

Se concluye que: 1) Aurelio Pastor actuó dentro del "riesgo permitido" porque fueron actos propios de la abogacía; 2) no violó el Código de Ética del CAL; 3) el derecho penal es de última ratio y si no tuvo sanción administrativa, menos debía tener una penal; (...), declararon REVOCAR las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia y en consecuencia absolvieron al procesado Aurelio Pastor Valdivieso. (...) ORDENARON la inmediata libertad del encausado Aurelio Pastor Valdivieso.

Opinión del Tesista:

Lo que se entiende que ha resuelto la Corte Suprema es, pretender dar legalidad a invocar influencias simuladas debido supuestamente, según ellos, a la minúscula lesividad de este acto y características circunstanciales, implicando que las acciones de Pastor Valdivieso, está desempeñando de manera leal su profesión, por ello, no debería ser castigada penalmente. Esto para el Tesista estaría vulnerando el estándar ético del ejercicio profesional de abogado, debido a que se pretende dar una protección a un delito, condicionando a que el agente es un ex ministro, o “personaje conocido”, entonces son gajes del oficio, más allá de que la situación legal del imputado, por el cual se dio la casación ahora purgue prisión por sobornos, nos hace dar cuenta que la decisión del colegiado supremo, estuvo direccionada desde un inicio a declarar la impunidad y en consecuencia absolución del imputado, argumentando que este no había violado el Código de ética y Deontología de la Abogacía del CAL, es más, el derecho punitivo penal tiene el carácter de ser de última ratio, por ende, si no había tenido sanción de carácter administrativa, en consecuencia, no debería tener sanción penal; cuando en realidad, es conocido por todos los abogados y cualquier ciudadano que, una cosa es la parte administrativa y otra la justicia penal, que actúan cada una de manera independiente, obviamente sin influir una en otra, debido a su independencia de funciones; entonces de lo resuelto por el Colegiado, inferimos que se ha dado puertas abiertas, para que cualquier abogado pueda invocarlas, creando una especie de impunidad. Nadie niega que existan nexos amicales entre abogados y jueces o servidores públicos de la Administración pública, sin que éstas no estén direccionadas a poner en ventaja u otorgar un beneficio al tercero interesado. Si analizamos detenidamente, algunos acápites, tales como: A palabras de Aurelio Pastor, en las escuchas telefónicas, quien afirma: “Aurelio Pastor: (...) *él me ha pedido apoyo yo entiendo porque los magistrados*

son unos fregados vienen 100 abogados no les hacen caso, necesitan siempre a alguien conocido (...) 21. (...) Al jurado los conozco por eso te digo (...)". Pero más allá de lo resuelto por el colegiado respecto de culpabilidad o no referente a las influencias simuladas en ejercicio de la profesión, en el presente caso quien se vería beneficiada con dichas influencias, es decir que demoren en la notificación de la resolución de suspensión de Corina de la Cruz en el proceso de vacancia, más aún cuando estuvo probado por las instancias jurisdiccionales previas, que de por medio había un pago de S/.60 mil soles, y cuando la situación final les resulta adversa a sus intereses, sacan a la luz audios o denuncian éstos actos ilícitos, de los cuales la mencionada ex alcaldesa fue parte.

Por lo resuelto en este proceso, hace mucho que desear, ya que se ha creado una impunidad más, so pretexto de coronar a supuestamente personajes políticos famosos, pero dejando a la "justicia", nuevamente mal parada frente a la sociedad. La solución dada en el sentido resuelto por el colegiado, el Tesista de ninguna manera comparte, al contrario, detestamos este tipo de justicia, supuestamente a mi humilde opinión, con favorecimiento para ciertas personas y con discriminación hacia las mayorías, notándose una discriminación en el ámbito jurídico.

4.2.2. Recurso de Nulidad N° 4218-2009 - Piura, Corte Suprema de Justicia de la República | Sala Penal Permanente. De fecha 20 de abril del 2010.

Hechos:

Se atribuye a los encausados Roberto Neptalí Solano Sandoval y Jorge Clavijo Velásquez haber recibido dinero con la finalidad de interceder para favorecer con una resolución de libertad a César

Augusto Yovera Miranda, el mismo que era instruido en el Primer Juzgado Penal de Talara por el delito de tráfico ilícito de drogas, (...).

Resolución:

La suprema corte señala que existen pruebas de cargo suficientes que acreditan con plena certeza las influencias invocadas por los encausados Roberto Neptalí Solano Sandoval y Jorge Clavijo Velásquez; el primero en calidad de autor y el segundo como cómplice primario; (...).

Opinión del Tesista:

Si bien, de lo resuelto por el colegiado supremo, donde se nota que, se ratifica como bien jurídico protegido al correcto funcionamiento de la administración pública de justicia, e impone las penas respectivas a los procesados, se observa ese vacío punitivo propuesto por el Tesista, debido a que se aprecia que entre la supuesta agraviada y los condenados hubo un acuerdo de voluntades, éste acuerdo sin duda doloso, estaba direccionado a quebrantar el correcto funcionamiento de la administración de justicia, que pese a consumarse o no, es necesario que la ley penal cumpla el rol de prevención de delitos, toda vez que ante la impunidad del tercero interesado, vista en el presente caso concreto, se deja a salvo que cualquier persona pueda creer que la acción de la justicia tiene un precio. Siendo pues que, el sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias es solamente el Estado, y no una persona natural a quien consideran como agraviada. Y con respecto al grado de participación de Gladis Yovera Miranda, es la de cómplice primario, pues brinda el medio corruptor, previo acuerdo de voluntades, y la pena que debe imponerse es la que corresponde como cómplice primario, (...).

En este proceso, nuevamente podemos constatar que, la administración de justicia peruana, ha dejado impune al tercero interesado, a pesar que es claro para cualesquiera, que Gladis Yovera Miranda (compradora de influencia), ha intervenido en la ejecución del delito, entregando dinero a un vendedor de influencias (Neptalí Solano Sandoval y Jorge Clavijo Velásquez), a cambio de recibir un privilegio a través de una Resolución Judicial absolviendo a su hermano, que estaba siendo juzgado por Tráfico Ilícito de Drogas. Esta experiencia negativa de justicia, lo único que conlleva es a cada vez más, traer desconfianza en la administración de justicia, que es lo pretendemos se extinga en la administración de justicia moderna.

4.2.3. Recurso de Nulidad N° 2839-2016 - LIMA NORTE / Corte Suprema de Justicia de la República / PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA. De fecha, veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.

Hechos:

Se imputa al acusado Atencio Gonzáles haberse concertado con Víctor Manuel Doig Sánchez para influir ante los jueces superiores de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima Norte, para conseguir una decisión favorable para la Cooperativa de Vivienda “Hijos de la Asociación Santa Cruz”, en el proceso judicial sobre tercería de propiedad seguida contra la promotora de vivienda “El Progreso”. El citado imputado Atencio Gonzales expresó ante los directivos de la mencionada Cooperativa tener influencias en uno de los Jueces Superiores de la Primera Sala Civil para favorecerlos. (...)

Resolución:

(...). Si bien el imputado Atencio Gonzáles no acepta que pidió dinero, sobre la base de que conocía a un Vocal de la Sala Civil, es relevante, primero, la declaración del agraviado Vílchez Vilcapoma que claramente dice lo contrario: Doig Sánchez lo llamó para pedirle dos mil quinientos dólares para ganar el proceso, que en vía referencial confirman Coto y Carrasco Rupay; y, segundo, la transcripción del audio, (...) ratifica el pago de dos mil quinientos dólares para un Vocal a fin de que los favorezca en el juicio (...). Por lo que declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de trece de setiembre de dos mil dieciséis, en cuanto condenó a DANNY GABRIEL ATENCIO GONZÁLES como autor del delito de tráfico de influencias en agravio del Estado y (...).

Análisis del Tesista:

Lo resuelto por el supremo colegiado nos permite determinar que, en cuanto a las influencias simuladas, podrían darse dos escenarios que finalmente permitan establecer el grado de participación o no de los supuestos agraviados. El elemento determinante lo es la denuncia por parte del agraviado, quien antes de realizar el pago, denuncia verbalmente ante la OCMA, esto tiene especial relevancia, ya que el acuerdo de voluntades está condicionado, ya que se planificó una operación policial con la fiscalía, para la posterior detención de los imputados, después de recibir el pago. Siendo que, el hecho que se concretaría ya era de conocimiento por parte de la OCMA y de la fiscalía, aunado a que el colegiado supremo concluye que existe legalidad de las escuchas telefónicas y además del actuar del denunciante fue hecho sin violar la cláusula de no incriminación. Se reconoce que el denunciante actuó bajo los deberes cívicos. Sin embargo, esto nos permite inferir que escenario distinto es en el caso

de la influencias simuladas que se dan a conocer después de que se efectúa la entrega de dinero, sin denunciarlo previamente ante la OCMA y/o Fiscalía, y que al no concretarse lo pactado en el acuerdo de voluntades, en ese caso el denunciante que a posteriori ponga de conocimiento éste hecho punible, estaría aceptando que decidió dar el medio corruptor para obtener algún beneficio, y debido a la no concreción de éste decide denunciar. Es por ello que consideramos que en estos casos debería haber responsabilidad penal del denunciante, que quiere aparecer o ser tomado como agraviado (víctima), siendo que presta su consentimiento, voluntad, previo acuerdo doloso, ya que como se dijo en el transcurso del presente trabajo, todo esto se desarrolla dentro del ámbito de la administración pública, y más aún en el de administración de justicia. Por ello consideramos que la ley penal no debe ser permisiva y permita el cometimiento de ilícitos, para de esta manera cumplir con su función preventiva.

Nuevamente, el Tesista rechaza tajantemente, el no juzgamiento ni imputación del tercero interesado, que en este caso lo han victimizado; estamos seguros que, si se hubiere favorecido con la sentencia judicial, pues el supuesto víctima probablemente no denunciaba; totalmente negativa la decisión del colegiado, de privilegiarla al tercero interesado. A través de esta Tesis, demostramos que este tipo de decisiones que pretenden dar impunidad, debe ser exterminado; concluimos que el tercero interesado debe y debería ser juzgado como cómplice, como así lo demostramos.

4.2.4. Recurso de Nulidad N° 1923 - 2013 PASCO | Corte Suprema de Justicia de la República | Sala Penal Transitoria. De fecha, 03 de marzo del 2015.

Hechos:

Se le imputa a Enrique Lázaro Estela el haber exigido a la agraviada una suma de dinero para que la ayude en un proceso judicial ante el juez del Juzgado Transitorio de Familia. El veinte de agosto de dos mil diez, doña Mary Luz Rau López formuló queja contra el acusado e hizo entre de una cinta magnetofónica que contenía conversaciones entre ella y el sentenciado, quien le ofreció apoyarla en el proceso judicial que tramitaba en el Poder Judicial. Según lo manifestado por la agraviada y en la grabación que adjuntó, el procesado se comunicó el 24 de agosto de dos mil diez y le solicitó le entregue la suma de 40 nuevos soles. Se acordó que la fecha de entrega sería el veinticinco de agosto de dos mil diez en el centro comercial del distrito de San Juan de Miraflores, a las diecisiete horas con treinta minutos. Luego del operativo conjunto de la ODECMA, el ministerio público y la Policía nacional, se intervino al sentenciado a las dieciocho horas con cuarenta y siete minutos del 25 de agosto del 2010.

Resolución:

El Supremo Colegiado (...). Concluyen en que efectivamente le solicitó dinero con el fin de interceder ante el juez que conocería la apelación de su proceso. Por lo que declara NO HABER NULIDAD en la sentencia (...), que condenó a don Enrique Lázaro Estrella como autor del delito contra la administración pública en la modalidad de tráfico de influencias en agravio del Estado, (...).

Análisis del Tesista:

Se puede apreciar que nuevamente existe una decisión judicial que excluye de responsabilidad penal a quien se le solicitó un monto de dinero a fin que interceder ante un juez penal, previa denuncia verbal ante la OCMA, que organizó un operativo conjunto con la Fiscalía y Policía para la captura del individuo, sin embargo hay que tener en cuenta que no siempre quien denuncie el posible cometimiento de un ilícito penal, no debe ser considerado como agraviado, en el caso específico en un proceso penal de tráfico de influencias, porque no se evidencia en autos cual pudo haber sido el perjuicio hacia doña Mary Luz Rau López, que tal como lo hemos ampliado en la presente tesis, el único sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias es el Estado, por ello en el caso concreto es el Juzgado Transitorio de Familia de Pasco, y no la persona natural.

Hasta ahora, según los procesos analizados, juzgados por nuestros jueces nacionales y aunados con el presente proceso, el tercero interesado en la mayoría de los casos ha sido premiado, considerado como víctima (agraviado), cuando en realidad, debe ser juzgados y sancionados como cómplice, eso esperamos suceda en adelante, lo cual aportamos con esta Tesis.

4.2.5. Expediente N° 06–2006–A.V/Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. De fecha 21 de mayo del 2007.

Hechos:

(...), el acusado Palacios Villar, vocal provisional de la Corte Suprema de Justicia, contando con la intervención de la servidora judicial Gloria Ludeña Mendoza, se reunió en varias oportunidades con el efectivo policial Wilfredo Ipanaqué Lezcano, quien tenía en trámite

una causa en la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, expediente N° 716 – 2006. En esas reuniones se decidió la entrega de dinero y otros bienes a cambio que el acusado influya en la decisión que emitiría el mencionado órgano jurisdiccional supremo. El acusado Palacios Villar se ofreció influenciar (apadrinar) ante los Vocales que integraban la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia para que se obtenga una resolución favorable a los intereses de Ipanaqué Lezcano, por cuya gestión le debía proporcionar dinero y otros bienes. Así pues, el interesado Ipanaqué Lezcano aceptó y efectuó la entrega de dinero, así como de botellas de licor y otros bienes que le solicitó el acusado Palacios Villar, incluso a través de un manuscrito que le entregó al efecto. Así, un día antes de la emisión de la decisión judicial sobre el recurso de casación que había interpuesto Ipanaqué Lezcano, la servidora pública Gloria Ludeña Mendoza, que prestaba servicio en la Mesa de Partes de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, llamó al interesado y le solicitó la suma que había acordado con el imputado, además de mil nuevos soles para ella y para un tal “doctor Alejandro”. Sin embargo, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia con fecha 21 de agosto del dos mil 2006, declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el interesado Ipanaqué Lezcano. Es así que el 04 de setiembre del 2006, en horas de la tarde, Wilfredo Ipanaqué Lezcano denunció ante la Comisaría de Cotabambas – Cercado de Lima, los requerimientos de dinero efectuados por el acusado Palacios Villar y la servidora pública, y que les iba a entregar mil soles. Así la Policía con participación del Ministerio Público organizó una operación de intervención, siendo capturados tras un operativo policial, el primero con 600 soles y la servidora con 400 soles, que previamente habían sido fotocopiados.

Resolución:

El supremo colegiado sostiene que de los hechos materia de acusación fiscal en efecto el imputado recibió beneficios patrimoniales (dinero en efectivo, botellas de licor, carne seca y chifles). Da por hecho que se invocó influencias reales; (...), tratándose de un delito de tráfico de influencias consumado.

Opinión del Tesista:

Podemos observar que nuevamente se deja impune el actuar de una persona que, tras un acuerdo de voluntades, entregó una primera cantidad de dinero y bienes para que se le favorezca en un caso judicial, él ya estaba de acuerdo, dio su consentimiento, fue su voluntad ofrecer el medio corruptor, y de no ser porque éste le fue adverso, recién lo denunció, cabe formularnos la pregunta: ¿Qué hubiera pasado si el fallo le resultase favorable?. La respuesta es que no hubiera mediado denuncia alguna contra los trabajadores judiciales, ni nada hubiese sido descubierto, y en la psiquis del denunciante estaría la opinión que una sentencia tiene un precio, que la justicia tiene un costo que los que la ostentan la manipulan a su favor. Pues en el caso concreto el denunciante de los hechos es un servidor público, un representante de la policía nacional del Perú, y según lo sostenido por el Tesista, se cumple que: el agraviado es el Estado Peruano, el denunciante tendría responsabilidad penal como partícipe del delito de tráfico de influencias.

No queremos más impunidades, pretendemos desterrarlas, para ello es importante que los operadores de justicia, especialmente los jueces, deben juzgar y sancionar al tercero comprador de influencias, para alcanzar la tan ansiada justicia de la post modernidad que tanto anhelamos; para que se logre ello, propongo lo siguiente:

4.3. PROPUESTA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 400° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO.

El punto de inicio que considera el autor que, no ha sido valorado por los operadores de justicia, como hemos podido apreciar a través de sus resoluciones, es que para determinar quien es instigador o cómplice de éste delito, se tiene que identificar la existencia de un problema de índole judicial o administrativo, que haga que el particular, siendo ésta cualquier persona natural que esté llevando un proceso en dicha instancia, y que según su entendimiento éste le sea adverso, y sienta que puede o debe hacer algo al respecto, intuyendo que la administración pública pueda ser corruptible a través de favores por compensaciones, para obtener así un beneficio que a todas luces pueda resultar imposible de suceder, motiva al particular a recurrir o se deja acudir por una persona que puede ser también otra persona natural, un abogado, funcionario o servidor público, que a todas luces pareciera que pueda solucionar a través de su supuesta o real intervención ante el agente especial cuyas características ya hemos definido y que son las de ejercer correctamente y sin intromisión alguna, función que le ha encargado la Constitución.

Ya no basta solo considerar al impulso psíquico, de quien se considera que debe ser imputado con el grado de instigador en este tipo de delitos, toda vez que Instigador es quien hace surgir la determinación delictiva en alguien, siendo que el instigado pueda no tener conocimiento del ámbito o grado de sanción penal que determine su accionar. Así también teniendo el instigado la decisión final de hacer o no hacer el injusto, puede realizarlo no estando de acuerdo con el instigador. Para que se consume el delito de tráfico de influencias, se necesita la intervención de un tercero interesado.

Esa es la diferencia que debe tomarse en cuenta para la imputación del comprador de influencias (tercero interesado), en el delito de tráfico de influencias, y que a bien parecer, a mi opinión, se nota que **se le debe dar la**

categoría de complicidad primaria, que como ya especificamos tiene como elementos: el rol protagónico del problema o el caso judicial o administrativo como punto de partida para la resolución del delito, por el cual el particular compra o acepta las influencias del intermediario, la voluntad de llevar a cabo los actos preparatorios, el acuerdo total de ambas partes en la búsqueda del beneficio, trasgrediendo y considerando corruptible nuestro sistema de administración pública.

Es por ello que, resulta importante contar con un marco normativo adecuado que permita superar las diversas deficiencias que se vienen presentando con relación al interesado, sobre todo que admita la intervención de la responsabilidad penal en el delito de tráfico de influencias. Este marco legal debe comprender jurisprudencia con garantía de los derechos fundamentales de las partes del proceso y que busque hacer efectiva y duradera la solución del conflicto, mediante la responsabilidad penal al interesado. Se trata, pues, de un delito plurisubjetivo²¹. Sin embargo, a pesar de que existe claridad meridiana en que la consumación requiere de la actuación de un tercero (aunque esta sea tan simple como la promesa de otorgar una ventaja a cambio de la conducta del autor), no está claro el título exacto de participación que este pueda tener en el delito.

En nuestra realidad, donde lo que se busca es siempre la paz social, con justicia, una de las soluciones para que no haya impunidades, es contar con un marco jurídico claro y preciso, donde no haya vacíos ni incertidumbres jurídicas; agregado a ello, los operadores jurídicos deben trabajar teniendo en cuenta los últimos aportes de la jurisprudencia, convenciones internacionales y nuestra Constitución, ya que, estamos ante un Estado constitucional y convencional de derecho, no sólo deben ser meros aplicadores de la ley. Es más, en el caso que se nos ocupa, en esta Tesis, para que la justicia funcione de manera eficiente y eficaz, también es

²¹ HURATDO POZO, José. Interpretación y Aplicación del art. 400 del CP del Perú. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p.289.

importante contar con un marco normativo estructurado de acuerdo a las realidades, sin vacíos legales, como sucede en este caso del tráfico de influencias, donde no hay claridad en la tipificación, especialmente para la sanción del tercero interesado comprador de influencias, dejando en dudas la administración real de justicia.

Debemos mencionar que, algunos estudiosos son muy claros, la cual el autor de esta Tesis comparte, donde se menciona que un mismo sujeto, no puede dolosamente, ser gestor, intervenir en la etapa de planeación, incluso hasta la ejecución y luego pretender ser víctima, pues ello, rebosaría los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia; llevándolo a nuestro campo de estudio, el comprador de influencias, en la mayoría de los casos actúa dolosamente, pretendiendo recibir un beneficio y luego, como hemos analizado algunas sentencias, pretende ser víctima y en algunos casos así ha sido considerado, creando mayor confusión en el mundo jurídico y conllevando a una especie de impunidad y mayor incertidumbre jurídica.

De esta manera quedaría incluido dentro del mismo título de imputación, un espectro bastante amplio; conductas que, al menos en el plano factico, parecerían responder a diferentes niveles de participación: en un extremo del espectro, tendríamos al tercero que, tomando la iniciativa, se acerca al futuro traficante de influencias, le señala la influencia que podría ejercer en su beneficio, y le ofrece o entrega la ventaja correspondiente; y este la acepta. Del otro extremo, tendríamos al tercero a quien el traficante se acerca, invoca por sí mismo la influencia, ofrece ejercerla y propone la contraprestación. Aquí, es el tercero quien se limita a aceptar. En el primer extremo, estaríamos ante lo que parece ser un caso paradigmático de instigación, pues, mediante su conducta, el tercero estaría generando la disposición al delito en el autor. En el segundo, sin embargo, el traficante de influencias parece determinado a cometer el ilícito, y solamente está a la espera de que el tercero dé o prometa dar la ventaja que este ya ha

solicitado. Ello parece difícil de hacer encajar en nuestra comprensión de la instigación, y es probablemente lo que ha llevado a parte de la doctrina a señalar que el tercero actúa como cómplice.

Este análisis, que contrapone dos situaciones distintas pero concebibles dentro del mismo tipo penal, es concordante con la conclusión a la que arriba Hurtado, que señala que, dependiendo de la conducta específica del tercero, su participación en el delito puede ser como instigador o como cómplice, señalando que no se trata de un tipo de tráfico de influencias, sino de varias formas puestas en el mismo nivel de represión.

Consecuencia de ello, estaríamos ante un dilema irresoluble al intentar de delimitar, en abstracto, el título de participación delictiva del tercero interesado en el delito bajo análisis, pues este dependería de la configuración específica de su conducta en relación con la del autor.

Es por ello, que estaríamos ante una participación en calidad de complicidad en tanto que el tercero no haya determinado propiamente al traficante al delito, sino que haya sido únicamente un facilitador psicológico. Por otro lado, estaremos ante una instigación en los casos en los que el traficante no haya tenido una resolución criminal y que esta, posteriormente, haya surgido gracias a la conducta del tercero.

La Procuraduría Ad-hoc²², ha señalado que el comprador de humo o el interesado que acepta la oferta es cómplice primario del autor del delito de Tráfico de Influencias, debido a que su participación es necesaria para la configuración del referido delito.

Hasta ahora, desde mi punto de vista como Tesista, en la mayoría de procesos sobre tráfico de influencias, no se ha calificado al tercero

²² REAÑO PESCHIERA. José. Los delitos de corrupción de funcionarios. En: Ius et Veritas, N° 23, Lima, noviembre de 2001. p. 297.

interesado como cómplice; pues ahora, la Procuraduría, está dando una alternativa, creo la más aceptable hasta el momento, porque no se puede dejar impune a alguien que dolosamente interviene en el delito, otorgando dádivas, a cambio de un favor o beneficio; se puede decir que, en este sendero va la posición de esta Tesis, proponiendo que se modifique el artículo 400° del Código Penal y haya una tipificación clara para juzgar al tercero interesado.

Algunos autores están a favor del Acuerdo Plenario que existe en este tema de tráfico de influencias, donde se menciona que el comprador de influencias no coopera con el tipo penal, se menciona que es un partícipe necesario, en consecuencia sino cumple los requisitos necesarios que configuran el tipo penal, entonces lo más probable es que este delito no alcance a esta persona, en consecuencia su actuar caerá en impunidad. El tesista no comparte esta posición, por muchas razones ya plasmadas anteriormente en esta Tesis.

Pese a que se ha determinado que el sujeto pasivo del delito de tráfico de influencias no es el comprador de estas, sino el Estado, aun encontramos conclusiones de los operadores jurídicos, como la del pleno jurisdiccional bajo análisis, la premisa de que el delito de tráfico de influencias es un delito de encuentro, siendo esto erróneo, debido a que, en los delitos de encuentro, existe una participación necesaria del sujeto pasivo en el hecho o momento que consuma el delito.

Quienes postulan que el tercero interesado puede constituir un sujeto pasivo del delito y por ello encajaría en el caso del llamado "comprador de humo", que compra influencia simulada, lo consideramos erróneo, en base a que en el delito de tráfico de influencias, el bien jurídico es el correcto funcionamiento de la administración pública: imparcialidad del funcionario, por ello el comprador de influencias no es sujeto pasivo del delito, además el sujeto activo y el sujeto pasivo acuerdan la realización de un acto ilícito: es

un negocio entre el comprador y el vendedor de influencias (se busca influir clandestinamente en un funcionario o servidor público). La postura de que el tercero interesado puede constituir un sujeto pasivo, podría encajar en los delitos de Estafa donde también en ambos casos delictivos existe un engaño, un error, disposición patrimonial, un beneficio y un perjuicio ilícito, sin embargo, el bien jurídico es el patrimonio en este caso del perjudicado sujeto pasivo del delito, donde el estafado es el sujeto pasivo del delito. Y lo que lo diferenciaría es que no puede aplicarse a supuestos en los que los sujetos activo y pasivo acuerden la realización de un acto ilícito. Por ello es que el autor de la tesis postula a la complicidad primaria como la correcta imputación para el tercero interesado en el delito tipificado en el artículo 400° del Código Penal.

Por ello, no puede afirmarse, como afirma el acuerdo plenario, siguiendo a Abanto Vásquez²³, que la colaboración del tercero "resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad". Algunos de los que se oponen a la punibilidad como partícipe del tercero interesado en este delito, como Rodríguez, lo hacen en la medida en que ignoran la naturaleza del sujeto que presta su voluntad para la configuración de un delito de encuentro.

De la misma manera, lamentablemente no se ha previsto nada específico, para el comprador de influencias, hasta la actualidad, por lo que, muchas veces ha quedado impune. Siendo ello así, carece de sustento la negativa absoluta de la posibilidad de que la participación del tercero sea a título de complicidad. El tercero no es un sujeto pasivo que, por una circunstancia al menos relativamente ajena a su voluntad, realiza un acto que, sin constituir en un auto posicionamiento en peligro, lo convierte en sujeto de un delito que sin su conducta no se configuraría.

²³ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Lima, 2ª edición, Palestra, 2001, p. 472.

Aunque el objeto de la decisión no es con toda precisión el que aquí es materia de discusión, ya en la Casación N° 13-2011-Arequipa, quedó establecido que existe, desde el punto de vista penal, una diferencia jurídicamente relevante entre la participación de un sujeto cuando el autor ya se ha dirigido, y señala que la participación de este tercero no puede ser como provocador del delito pues ya la persona contactada "(...) había optado por dirigir su comportamiento hacia el hecho delictivo (...) por lo que su intervención en tales supuestos pone de manifiesto situaciones criminales ya existentes que presentan una indubitable relevancia penal"²⁴.

Asumir que no existe ninguna relevancia en la previa determinación del traficante sería aceptar, necesariamente, que la conducta de este hasta lograr la efectiva aceptación del tercero, es impune. En otras palabras, estaríamos ante una figura delictiva sin espacio para la tentativa, en la cual la consumación se da con una simple aceptación, mientras que conductas tan abiertamente antijurídicas como la misma solicitud de la ventaja indebida por ejercer la influencia serían solamente actos preparatorios, impunes.

Al realizar el análisis de los fundamentos que se expusieron anteriormente, se evidencia, que no estamos ante un delito de encuentro entre el agente criminal y el sujeto pasivo, y, a la vez que, la previa determinación del traficante a cometer el delito, no puede ser desechada como si no tuviera ninguna relevancia penal; hemos dejado desprovistos de asidero argumentativo los puntos propuestos por el acuerdo plenario bajo comentario.

Dicho ello, podemos considerar sujeto pasivo únicamente al Estado, no puede ser sujeto pasivo una persona particular, y a la vez cómplice o instigador de un delito. El delito de encuentro se da entre el traficante y el tercero interesado. Por lo que el cómplice no es titular del bien jurídico

²⁴ Sala Penal Permanente, Casación N° 013-2011-Arequipa, 13 de marzo de 2012.

protegido, descartándose de esa manera, posturas que consideran al tercero interesado como víctima de alguna modalidad de estafa.

La regulación del artículo 400° del Código Penal, debe ser observada en la normativa de la parte general del Derecho Penal, específicamente en su artículo 25°. La comunicabilidad que regula este artículo del Código Penal se relaciona al injusto penal y no a la comunicabilidad de características o cualidades por parte del cómplice con el autor. Este criterio es el más idóneo debido al aporte que realiza el tercero interesado, ya que, este aportará los medios corruptores mediante la entrega de donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Por lo que este aporte no es de carácter descriptivo del tipo penal, sino un aporte netamente material, el mismo que deberá ser calificado desde el ámbito cuantitativo y cualitativo.

Frente a una gran discusión y contraposición de la doctrina y jurisprudencia, en la cual hasta el momento todavía no está clara la normativa para tipificar al que compra influencias, el Tesista propone una reforma legislativa, que incluya la responsabilidad penal del interesado en los delitos de tráfico de influencias, porque, como reitero, hasta el momento, existe ese vacío normativo, que muchas veces está dejando impune a estos sujetos, a pesar de su actuar delictivo indubitable, que espero se difunda lo más pronto, para que en un tiempo no muy lejano, se encuentre la ansiada justicia en esos casos.

4.4. A MANERA DE CONCLUSIÓN:

PROPUESTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY QUE MODIFIQUE EL ARTÍCULO 400° DEL CÓDIGO PENAL E INCORPORE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PARTICIPACIÓN DEL INTERESADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Artículo 1°. Finalidad de la ley.

La presente Ley tiene por objeto establecer la modificación del artículo 400° del Código Penal, con el fin de incorporar la responsabilidad penal del tercero interesado.

Artículo 2°. Modificación de la Norma.

Modifíquese el artículo 400° del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 400°: Delito de Tráfico de Influencias:

1. El que invocando o (...), [acá se escribirá todo lo que menciona este artículo].
2. *El Tercero interesado que, en el delito de tráfico de influencias, prometa y/o entregue donativo, a un vendedor de influencias, con la finalidad de que se interceda a su favor en un caso judicial o administrativo, que ha de conocer, o esté conociendo o haya conocido un funcionario público o servidor público, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

ÚNICA. Déjese sin efecto todas las formas y disposiciones legales y/o administrativas que opongan a lo dispuesto por la presente Ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. ANTECEDENTES.

En nuestro país el delito de tráfico de influencias, con su agravante en el caso de ser servidores públicos, (último párrafo) está regulado actualmente por el artículo 400º del Código penal que señala:

Art. 400: El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el objeto de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, (...).

II. PROBLEMÁTICA.

En la historia del Perú siempre ha existido graves problemas de corrupción que se presenta tanto a niveles de la administración pública, privada y en particular en la administración de justicia, pero en la actualidad, salen a la luz, gracias a los medios tecnológicos existentes, gravísimos casos de corrupción en el poder ejecutivo, legislativo y judicial, existiendo una pluralidad de actos delictivos descubiertos, que realizaban funcionarios públicos de diversas entidades, pero en particular los del sector justicia, destacando los delitos de corrupción, y entre ellos el delito de tráfico de influencias a muy alto nivel, donde se negociaban desde cargos como auxiliares de justicia hasta de jueces superiores o supremos a cambio de diversas ventajas de variada

naturaleza, estando que en muchos casos, estos delitos los cometían magistrados que son responsables de administrar justicia o perseguidores del delito, que se supone nos garantizaban a todos los ciudadanos una imparcialidad en su actuar, tales conductas afectan gravemente a la sociedad, debido a la calidad de quien la comete y la desacreditación que ocasionan a las instituciones que representan.

Pero pese a lo ya expresado, este tipo penal normal penal no ha servido a nivel de prevención (como lo señala el Código penal) y disuasión para que no se cometa este tipo de delitos como tráfico de influencias, sobretudo en el ámbito del sector justicia, siendo además que ha dejado un vacío punitivo a la persona o personas que se beneficien directa o indirectamente al consumarse la invocación de las influencias reales o simuladas. Precisando, que debe comprobarse que la persona que resulte beneficiada indirectamente, haya tenido conocimiento de la compra de las influencias que finalmente pudieran haberlo beneficiado, y debido a la poca probabilidad probatoria de que una persona acepte dicho cargo, es en la etapa probatoria a criterio del juez la que determinara su responsabilidad. Ahora, con la presente propuesta, determinaremos en específico, por qué debe considerarse como partícipe del delito de tráfico de influencias, en los casos en que el sujeto se haya beneficiado directamente con la consumación de las influencias, ya sea solicitándolas u otorgando su consentimiento.

Es preciso indicar que la prensa, cuya labor se encuentra amparada por nuestra Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos que reconocen las libertades de expresión, también juega un rol importante para descubrir toda esa maraña de delitos que se generan dentro de la administración pública, entre ellos el tráfico de influencias, pues lamentablemente sólo a través de escuchas telefónicas y un poco de suerte se llega a descubrir estos actos reprochables y todos que participan en ellos. Pero eso ya es un secreto a voces, debido a que así

lo sienten la gran mayoría de peruanos, en donde es común oír expresiones como: “El que tiene plata, ya gana el juicio”, “consíguete un abogado mafioso”, “todo está amarrado en el poder judicial”; siendo apenas esto una mínima muestra de lo que ya es parte de nuestra realidad desde hace muchos años, en el ámbito público como también del ámbito privado. Necesitamos una cultura distinta, que no le regale espacios a la corrupción, a través de leyes modernas, que no permitan la impunidad.

III. JUSTIFICACIÓN.

Por lo que expuesto anteriormente es necesario que nuestro ordenamiento penal sustantivo evolucione, en este extremo, al paso que la sociedad lo hace, y sancione debidamente y específicamente a los sujetos que atenten contra el correcto funcionamiento de la administración pública y administración de justicia, ya que con éstos actos delictivos ocasionan gran desazón y zozobra en la población y la desacreditación de los órganos de justicia, por lo que es necesario una tipificación específica y drástica para prevenir y sancionar este tipo de acciones que contenga una pena privativa libertad más severa, que haga llevar a pensar a estos malos servidores y funcionarios de la administración de justicia, y personas naturales, cuál sería la gravedad de su condena que le esperarían al cometer estos ilícitos, debiéndose incorporar nuestra propuesta legislativa al artículo 400° del Código Penal.

Por ello resulta importante que el Artículo 400° del código penal cuente con un marco legal adecuado que facilite la incorporación y aplicación por parte de los distintos jueces. En ese sentido se propone la modificación del artículo en mención, cuyos fundamentos se hallan en la búsqueda de no dejar algún vacío, con respecto participación del interesado, toda vez que un acto de impunidad genera desconfianza de

la nación en su sistema de Administración Pública, y que genera la idea que es posible corromper a un funcionario o servidor público, y salir bien librado o excusado por nuestra propia normativa.

IV. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA.

La vigencia de la presente ley no trasgrede normas constitucionales ni otras normas vigentes, y solo incorpora un numeral al artículo 400° del Código Penal, que especifica el tipo penal de tráfico de influencias en caso de jueces y fiscales.

V. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.

La presente iniciativa legislativa no genera gastos y no afecta al presupuesto de las entidades públicas.

CONCLUSIONES

1. A nivel doctrinal, jurisprudencialmente y según el Tesista, se concluye que la persona humana no puede ser considerada como sujeto pasivo dentro de los delitos comprendidos contra la administración pública. Por lo tanto, la persona como tal, deberá responder ya sea como autor o partícipe en los delitos contra la administración pública. Teniendo en cuenta que la presunción de inocencia es un derecho que le asiste a toda persona y que está protegido constitucionalmente, ésta podría llegar a ser enervada cuando se encuentren fundados elementos probatorios que lleguen a la determinación de culpabilidad en ella, entonces se les juzgaría aplicando la Ley Penal en general, como persona natural.
2. El sujeto pasivo en los delitos contra la administración pública, siempre va a ser el Estado, el cual es el perjudicado, con la mala administración de justicia de los actores jurídicos.
3. Existen discrepancias para determinar el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, pues la postura que llega a tener más peso, es la que refiere a que se protege la imagen de la administración pública ante la opinión popular, sin embargo el autor considera que de ser así, este tipo de delitos debería ser derogado y considerarlo como modalidad de cohecho o como estafa en el caso de la influencias simuladas, en consecuencia, lo que éste tipo de delito merece, es una mayor precisión, tratamiento especial, que determine responsabilidades penales respecto de aquellas personas que vulneran su correcto funcionamiento, y donde se llegue a cuestionar, a modo de ejemplo, la aparente direccionalidad de proceso judicial a favor de una de las partes, o la transparencia de proceso de ascensos dentro del poder judicial.
4. El autor del delito tráfico de influencias, es quien decide y domina la ejecución del acto ilícito, sin duda alguna.

5. Debemos tener en cuenta que el tercero interesado no puede ser impune en el delito de tráfico de influencias, y deberá ser calificado como cómplice primario, ya que no basta solo considerar al impulso psíquico, quien considera que debe ser imputado a título de instigador en este tipo de delitos, toda vez que instigador es quien hace surgir la determinación delictiva en alguien, siendo que el instigado pueda no tener conocimiento del ámbito o grado de sanción penal que determine su accionar. Así también teniendo el instigado la decisión final de hacer o no hacer el injusto, puede realizarlo no estando de acuerdo con el instigador. Y sí, a aquel actuar psíquico se adiciona alguna aportación material más clara, el actuar del sujeto traspasa de instigador, ingresando en otra categoría que es la de partícipe, que tiene sus propias características (auxilia, ayuda o coopera).
6. El característico delito de tráfico de influencias, necesariamente necesita de un tercero interesado para su consumación, ya que sin este no sería posible tal actuar ilícito, por ende debe también ser sancionado este comprador de influencias (tercero interesado).
7. Al tercero interesado, debe darse la categoría de complicidad primaria, que como ya especificamos tiene como elementos: el rol protagónico del problema o el caso judicial o administrativo como punto de partida, para la resolución del delito, por el cual el particular compra o acepta las influencias del intermediario, la voluntad de llevar a cabo los actos preparatorios, el acuerdo total de ambas partes en la búsqueda del beneficio, trasgrediendo y considerando corruptible nuestro sistema de Administración.
8. La mayoría de jueces, en los casos estudiados, ha concluido que el único responsable en el delito de tráfico de influencias, es el vendedor de influencias (sujeto activo); en cambio el tercero interesado, no ha recibido la imputación que le merece, a pesar que es punto clave para la comisión del acto delictivo.

9. De lo analizado podemos inferir que, el interesado que compra las influencias, según la aplicación de la norma actual por los jueces en nuestro país, determina que no responderán usualmente como partícipes de este delito, y esto se contrasta con lo estudiado, pues se llega a determinar que un interesado es un partícipe necesario para la consumación del delito de tráfico de influencias. Sin embargo el tipo penal que es usado en nuestro país, y cuya fuente para su dación es la de la legislación española, condena el tráfico de influencias y acciones que corroboran, pero se nota que hay sólo valoración de la “venta de influencias”, más por el contrario, para la “compra de influencias” hasta el momento no hay previsiones específicas, por lo que considero debe modificarse, toda vez que hace perfectible la comisión de actos de corrupción y en cierta forma podríamos hablar de impunidad y de protección al tercero en el delito de tráfico de influencias.
10. Es necesaria una modificación del artículo 400° del Código Penal, y así cuente con un marco legal adecuado que facilite la incorporación y aplicación por parte de los distintos jueces. En ese sentido propongo la modificación del artículo en mención, cuyos fundamentos se hallan en la búsqueda de no dejar algún vacío, con respecto a la participación del interesado, toda vez que un acto de impunidad genera desconfianza de la nación en su sistema de Administración Pública de justicia, y genera la idea que es posible corromper a un funcionario o servidor público, y salir bien librado o excusado por nuestra propia normativa.
11. Proponemos también, que dentro de la política criminal, el Estado Peruano, no sólo se dedique a plantear y promover políticas a corto plazo, como en este caso incremento de penas; sino también, se empodere e inicie políticas a largo plazo, que son las relacionadas a la educación, salud, entre otras. Hay que atacar la génesis de los delitos contra la administración pública, que es a través de la formación y educación, desde la etapa preescolar, esto se logrará incrementado el

presupuesto para este sector, para formar con mayor énfasis a los ciudadanos en valores, como sucede en países asiáticos y europeos.

12. Es necesario difundir la modificatoria planteada, a través de publicidad innovadora vía redes sociales y medios audiovisuales, a fin de que toda la población pueda conocerlo, más aún en una realidad judicial nacional en emergencia, con la finalidad de que tengan más confianza en quienes son los operadores jurídicos, y a su vez se involucren en la lucha contra la corrupción y actúen como fiscalizadores de la correcta realización del proyecto.

RECOMENDACIONES

1. Que, es necesario implementar mecanismos de fácil acceso para las denuncias de corrupción, estableciendo medidas de resguardo a denunciante, testigos y quienes colaboren en la investigación y así como también, facultad a la Contraloría General de la República, para que ejerza una labor imparcial en la lucha contra la corrupción dentro de nuestro sistema de justicia, como en aquellas esferas de poder en las cuales incurre el delito tipificado en el artículo 400° del Código Penal.
2. Se debe incluir la responsabilidad penal del tercero interesado en grado de partícipe primario en el delito de tráfico de influencias, tipificado en el artículo 400° del Código Penal, ya que es fundamental para la reducción de la corrupción, de la misma manera, ayudará a los operadores jurídicos a actuar con mayor énfasis, eficacia y eficiencia, evitando de esta manera impunidad.
3. Urge una modificación del artículo 400° del Código Penal, y que esta cuente con un marco legal adecuado, que facilite la incorporación y aplicación por parte de los distintos jueces. En ese sentido propongo la modificación del artículo en mención, cuyos fundamentos se hallan en la búsqueda de no dejar algún vacío, con respecto a la participación del interesado, toda vez que un acto de impunidad genera desconfianza de la nación en su sistema de Administración Pública, y que genera la idea que es posible corromper a un funcionario o servidor público, y salir bien librado o excusado por nuestra propia normativa.
4. Sugiero que, dentro de la política criminal, el Estado Peruano, no sólo se dedique a plantear y promover políticas a corto plazo, que sucede en la actualidad, como es el caso de incremento sólo de las penas, que en su ejecución ni siquiera cumplen las funciones que deben cumplir, como se estipula en nuestro marco normativo (resocialización), sino lo que hacen,

según algunos estudiosos es servir para que los internos en los Centros Penitenciarios, incrementen su índice de criminalidad al salir, porque cuando ya están en libertad, siguen delinquirando y todavía con más experiencia y rabia; entonces lo que se está haciendo es casi un gasto vanidoso, paternalizando a los delinquentes; por ello, desde mi humilde opinión, este tipo de ataque a la delincuencia, no está disminuyendo la criminalidad; en consecuencia, se debe empoderar e iniciar a implementar políticas a largo plazo, que son las relacionadas a la educación, salud, entre otras. Hay que atacar la génesis de los delitos contra la administración pública, que es a través de la formación y educación, desde la familiar, etapa preescolar, primaria, secundaria y superior, esto se logrará incrementando el presupuesto para este sector, para formar en valores con mayor énfasis a los ciudadanos, como sucede en países asiáticos y europeos, donde existe menor índice de criminalidad.

5. El Estado debe incentivar premiándolos a los jueces, que cumplan su función más allá de lo común, venciendo obstáculos, que juzgan con criterios no sólo legalistas, sino que rompen esquemas, con un análisis constitucional y convencional, produciendo sentencias que causan impactos en la sociedad, solucionando obstáculos, generando de esta manera jurisprudencia, como aporte al campo jurídico, en pos de la búsqueda de la verdadera "justicia".
6. Juzgar en el campo penal, no sólo basado en el legalismo, sino ir más allá, esto es, basado en la doctrina, jurisprudencia de impacto, con un análisis constitucional, derecho comparado y sin perder de vista las convenciones pactadas por el Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS:

ABANTO VASQUEZ, MANUEL. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Lima, Palestra, 2006.

ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Lima, 2ª edición, Palestra, 2001, p. 472.

ANTÓN. Tomás. Derecho Penal: Parte Especial/. Tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. p. 736.

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La Prueba en el Delito de Colusión bajo las reglas del Código Procesal Penal del 2004” en La Prueba en el Proceso Penal, Lima, Instituto Pacífico S.A.C, 2015.

ARISMENDÍZ AMAYA, Eliu. Autoría y Participación en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito de la Casación N° 558-2016-Lambayeque, Lima Gaceta Jurídica, 2018.

BACACORZO GUSTAVO, Tratado de Derecho Administrativo, Lima. Gaceta Jurídica, 1997, T.1.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993 veinte años después, 6ª ed, Lima, Idemsa, 2012.

BUSTOS RAMÍREZ. Juan Manual de Derecho Penal: Parte Especial. 2a. edición. Barcelona: 199 J. p.

CABALLERO ROMERO, Alejandro E. Metodología de la Investigación Científica. Diseño con hipótesis explicativas. Editorial UDEGRAF S. A. Lima. 1999. Pág. 37.

CARO JOHN, José Antonio. “Algunas Consideraciones Sobre Los Delitos De Infracción de Deber”, p.11.

GARCIA CAVERO, Percy. Lecciones de derecho Penal. Parte General. Grijley, Lima, 2008.

GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico. Parte Especial – Volumen II. 2ª edición, Pacífico Editores, Lima, 2015.

HURTADO POZO, José. Interpretación y Aplicación del art. 400 del CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias. En: Anuario de Derecho Penal 2005. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la administración pública. Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1995.

MONTOYA VIVANCO, Iván. Manual sobre delitos contra la administración pública. Instituto de democracia y derechos humanos de la pontificia universidad católica del Perú, Lima, 2015.

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

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

NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente. “La Configuración Típica del Delito de Tráfico de Influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La Venta de Fumo en el Pacto Sceleris”, En: Gaceta Penal y Procesal penal, T. 26, Lima, Agosto, 2011.

OSORIO Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Claridad S.A. Buenos Aires – Argentina. Pág. 139.

Pablo Cazao, “Introducción a la Investigación en Ciencias Sociales”. Tercera Edición, Buenos Aires, marzo 2006. Pág. 28.

PAZ PANDURO, Moisés N.: “Aproximación al delito de tráfico de influencias”, En: Revista Peruana de Jurisprudencia, Año 8, Nro. 64, Trujillo, Junio, 2006, p.p. 16-17.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: Derecho Penal. Parte Especial, T. V, 2da Edición, Idemsa, Lima, 2013.

REAÑO PESCHIERA. José. Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "caso Montesinos": Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias. ¿Comprador de humo, víctima o partícipe? En: Ius et Veritas, No. 23, Lima, noviembre de 2001.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal, Jurista Editores, Lima, 2015.

RIBENDER, Manfred. “Sociología del derecho”. Editorial Pirámide. Madrid. 1981.

ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos, Lima, Nomos & Thesis, 2016.

ROJAS VARGAS, Fidel: “Delitos contra la Administración Pública”. Lima, Grijley, 2007.

RODRIGUEZ DELGADO, Julio. El Solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables? Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, 2009.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 4ª edición, Iustitia, Lima, 2016.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 3ª edición, Grijley, Lima, 2014.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Colombiano. En: Libro Homenaje a Gunther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal. Coordinador: Montenegro Lynett. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Joshi Jubert, Ujala Informe Jurídico solicitado por el abogado de Manuel Delgado Parker, para ser presentado en el proceso penal tramitado en el Primer Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Barcelona, 2001.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; Informe, incluido en NOLASCO VALENZUELA, José; AYALA MIRANDA, Erika; Delitos contra la Administración Pública, tomo 1, Lima, 2013.

YON RUESTA, Róger. Tráfico de Influencias. Un Análisis al contenido del tipo penal, Lima, Themis, 2002.

LEGISLACIÓN:

ACUERDO PLENARIO N° 2 – 2011/CJ – 116, DEL 06 – 12 – 2011, F.J.9.

CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1993.

CODIGO PENAL

EXPEDIENTE. N° A.V. 19 – 2001- Caso Alberto Fujimori – Barrios Altos, de 07 – 04 – 2009, párrafos 719 y 720. Sala Penal Especial

EXPEDIENTE. N° 27-2002-SPE/CSJL, Sentencia del 21 de junio de 2004. En idéntico sentido, la Corte Superior se manifestó en Exp. N° 023-2001 del 10 de noviembre de 2004.

EXPEDIENTE. N° 628 – 98 – B – Lima, de 20 – 10 – 1998. Sala Penal.

EXPEDIENTE. N°26704 – 2009 – Caso Abencia Meza, del 07 – 02 – 2012, fj.III. Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel. Corte Superior de Justicia de Lima.

EXPEDIENTE. N.º 3086-99-Lima. En: GACETA JURÍDICA S.A.: Ob. cit., p. 108.

EXPEDIENTE. N° 1981-2002-Lima, de 07-05-2003. Sala Penal.

RECURSO DE NULIDAD N° 2232 – 2009-Lima, de 21-07-2010, f.j.4. Sala Penal Permanente.

RECURSO DE NULIDAD N.º 5361-99-Piura. En: Loc. Cit., p. 109.

RECURSO DE NULIDAD N° 4484 – 97 – Cañete, de 09 – 10 – 1997. Sala Penal. Texto Completo: Prado, Jurisprudencia.

RECURSO DE NULIDAD N°1280-2011- Huancavelica, de 10-05-2012, f.j.4. Sala Penal Permanente.

SALA PENAL PERMANENTE, CASACIÓN N° 013-2011-Arequipa, 13 de marzo de 2012.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 000017-2011-PI/TC de 03 de mayo de 2012. Fundamento 16.

LINCOGRAFÍA:

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. El Tratamiento Penal de los Delitos Contra la Administración Pública. [Ubicado el 23. II. 2017]. Obtenido en http://www.academia.edu/13819957/EL_TRATAMIENTO_PENAL_DE_LOS_DELITOS_CONTRA_LA_ADMINISTRACION_PUBLICA.

CASACIÓN N°374 – 2015 – Lima, de 13 – 11 – 2015, Sala Penal Permanente. Texto Completo. <bit.ly/1LJNusE>.

FLORES ÑIQUEN, Jhonnattan. La Determinación De La Responsabilidad Penal Del Depositario Judicial, [ubicado el 14.II.2018]. Obtenido en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2005/DER_012.pdf?sequence=1.

MONTOYA VIVANCO, Iván. Manual sobre delitos contra la administración pública. [Ubicado el 15. II. 2018]. Obtenido en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administracion-Publica.pdf>.

RODRÍGUEZ DELGADO, Julio A. El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables? [Ubicado el 11.IV.2018]. Obtenido en [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/16184-64318-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/16184-64318-1-PB%20(1).pdf).

VACHELLI, Ezequiel. La Crisis de la Accesoriedad Limitada [Ubicado el 10.XI.2017]. Obtenido en https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub14/Revista_Juridica_Ano14-N2_04.pdf.