

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



Programa de Segunda Especialidad Prevención y Control de la Corrupción

El rol del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias  
Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en  
Prevención y Control de la Corrupción

Autora:

***Candy Alessandra Huaman Hidalgo***

Asesor:

***Rafael Hernando Chanjan Documet***

Lima, 2021

## **Resumen**

El delito de tráfico de influencias, contemplado en el artículo 400 del Código Penal Peruano ha sido objeto de diversas discusiones en el Derecho, en principio por la literalidad del artículo mencionado, así como las consecuencias que podría conllevar a los agentes que se encuentran dentro de la estructura del delito. Al respecto, como es sabido, este delito se configura cuando una persona acepta la invocación de influencias propuesta por el traficante de influencias, elemento del tipo penal al que conocemos como “pacto de intercesión”, por lo cual el presente informe se enfocará en otorgar una propuesta de calificación al tercero interesado como cómplice primario.

En razón de lo mencionado, en primer lugar, hablaremos de los delitos contra la administración de manera general; en segundo lugar, desarrollaremos los elementos del delito tráfico de influencias, a través de lo cual probaremos que este delito corresponde a un delito de peligro abstracto. En consecuencia, de ello, en tercer lugar, procederemos a desarrollar algunos puntos de vista en torno al tercero interesado en este delito finalizando con nuestra postura frente al Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, en el que se dispone que este tercero interesado solo podría responder a título de instigador y de cómplice en el caso ayude a la realización de alguno de los verbos rectores; es decir, colabore directamente con el autor del delito y no necesariamente con el hecho punible.

Palabras clave: Tráfico de influencias, tercero interesado, complicidad, corrupción.

## **Abstract**

The crime of influence peddling, contemplated in the article 400 of the Peruvian Criminal Code has been the subject of various discussions in the Law, in principle due to the literalness of the aforementioned article, as well as the consequences that could lead to the agents who are within the structure of the crime. In this regard, as is known, this crime is configured when a person accepts the invocation of influence proposed by the invocation of influence proposed by the influence peddler, an element of the criminal type that we know as an “intercession pact”, for which this report will focus on granting a proposal to qualify the interested third party as a primary accomplice.

Due to the aforementioned, in the first place, we will talk about crimes against the administration in general way; secondly, we will develop the elements of the influence peddling crime, through which we will prove that this crime corresponds to a crime of abstract danger. Consequently, in third place, we will proceed to develop some points of view regarding the third party, interested in this crime, ending with our position regarding Plenary Agreement N° 3-2015/CIJ-116, which provides that this third party could only respond as an instigator and an accomplice in the case that helps to carry out any of the guiding verbs; that is, collaborate directly with the perpetrator of the crime, and not necessarily with the punishable act.

## Índice de Contenido

1. Introducción .....	1
2. Los delitos contra la administración pública.....	1
3. El delito de Tráfico de Influencias en el ordenamiento jurídico peruano .....	6
4. La participación de terceros en el delito de tráfico de influencias .....	11
5. El rol del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias .....	14
6. Conclusiones .....	17
7. Bibliografía.....	19



## **1. Introducción**

El delito de Tráfico de influencias se encuentra tipificado en el Artículo 400° del Código Penal peruano y es el delito por el cual se sanciona la conocida coloquialmente “venta de humo”; es decir, es el delito por el cual una persona sea o no un funcionario público ofrece invocar las influencias que puede como no tener frente a un determinado funcionario o servidor del Estado a cambio de la entrega de un donativo, ventaja o promesa.

Este delito, sin duda ha generado diversas discusiones, dentro de las cuales destaca por ejemplo, la pertinencia de encontrarse incluido en el Título XVIII del Código Penal como un delito contra la administración pública al no tratarse de un delito de carácter especial, así como no atentar directamente al bien jurídico protegido, sino corresponder a un adelantamiento de la barrera de punibilidad por la puesta en peligro que significaría su comisión; otro ejemplo clásico de las discusiones que se han generado en torno a este delito es la pertinencia de la tipificación de las modalidades contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, vinculadas a la posibilidad de que sea sancionado el tráfico de influencias simuladas o ficticias.

El problema que nos trae en esta oportunidad a escribir este artículo se encuentra fundamentado en la discusión en torno a la figura del tercero interesado en la ejecución de la invocación de influencias referente al título de imputación que le podría ser otorgado en la estructura del delito.

## **2. Los delitos contra la administración pública**

Los delitos contra la administración pública en el ordenamiento jurídico peruano se encuentran tipificados en el Título XVIII del Código Penal y son aquellos que, como su nombre lo especifica, atentan contra la administración del Estado. De acuerdo al Manual de Delitos contra la administración Pública de Salinas (2019), la Administración Pública debe ser entendida como “toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles

y roles o funciones en todos sus órganos o entidades” (p.3), es así como podemos tener una doble concepción de lo que es administración pública, de manera objetiva, de acuerdo al mismo autor, estaríamos frente al conjunto de actividades o trabajos realizados por los agentes o sujetos públicos, mientras que subjetivamente, esta se constituiría en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías entidades, cargos, funciones, roles y oficios delimitados en sus competencias.

Es así como, teniendo que la administración pública son estas manifestaciones del trabajo público mediante las cuales los funcionarios del Estado realizan sus fines, la comisión de los delitos contra la administración pública cuentan con un bien jurídico general a todos y un bien jurídico específico para cada tipo, lo cual ha sido una discusión recurrente en la doctrina penal.

Este bien jurídico general recoge diversas posturas, tenemos aquella que postula que el bien jurídico general correspondería a “la probidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público”, postura que, de acuerdo a Montoya es una concepción muy subjetiva del bien jurídico al centrarse en características propias con las que el funcionario público debe contar para laborar en el Estado; una segunda postura corresponde a “las expectativas basadas en las normas que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social”, esta concepción del bien jurídico, al parecer personal, resulta errónea también al encontrar que supondría un incumplimiento de funciones por parte del funcionario público, cuando los delitos contra la administración pública no necesariamente se dan en incumplimiento de funciones, sino que también pueden presentarse formas en las que, sin contravenir los flujos establecidos para el funcionamiento de específicos procesos o procedimientos se podrían configurar.

Una última postura y es con la que concordamos, es aquella que postula que el bien jurídico general es “el correcto y regular funcionamiento de la administración pública o el correcto ejercicio de la función pública”, en palabras de Meini (2008) “El Bien Jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado” (p.7), la cual, además, es la postura más aceptada doctrinaria y

jurisprudencialmente, entendiendo que lo que se protegerá es que exista un desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega, a diferencia del anterior, no estamos hablando de únicamente cumplir los deberes encargados, sino que estos deberes sean ejercidos correctamente y fuera de usos externos para conseguir fines distintos a los de la administración del Estado.

Frente a este bien jurídico que nos propone una protección de funciones vinculadas a la administración pública, es importante recordar que en materia penal podemos clasificar los delitos en comunes y especiales en función al sujeto activo; es decir, a la persona que comete el acto ilícito, es así como son delitos comunes corresponden a aquellos que son cometidos por cualquier persona, independientemente de si este cumple con un rol determinado en la sociedad, mientras que los delitos especiales son denominados de esta manera porque el sujeto activo debe cumplir un rol determinado o tiene una peculiaridad que ha sido contemplada por el código penal como un elemento del tipo, en palabras de Vásquez (2003), estos delitos “se caracterizan por la posición jurídica o fáctica en que el sujeto se halla frente al bien jurídico, por consecuencia de cualidades, estados, condiciones o situaciones reclamadas explícita o implícitamente como elementos esenciales de la norma penal” (p.317).

Un típico ejemplo es el del homicidio y el parricidio, en el caso del delito de homicidio, al disponer el tipo penal que el sujeto activo es “el que mata a otro”, en este caso tenemos un delito que puede ser atribuible a cualquier persona que mata a otra, por lo que entra en esta primera clasificación de delito común, mientras que en el caso del parricidio, el tipo penal coloca como sujeto activo al que “a sabiendas mata a su ascendiente, descendiente natural o adoptivo o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia”, donde, podemos ver, que el sujeto activo necesariamente es alguien que mantiene un vínculo familiar con el sujeto pasivo.

En el caso de los delitos contra la administración pública, es este nexo entre el funcionario público y el bien jurídico el que fundamenta su existencia y, por supuesto, su susceptibilidad a sufrir una vulneración; sin embargo, resulta también relevante entender a los delitos especiales en un sentido complejo y no simple. Entendemos en un

sentido simple a los delitos especiales como aquellos que “no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal” (p.27) Gómez (2006), mientras que los delitos especiales en un sentido complejo corresponde a un enfoque ligado al aspecto político criminal de la tipificación del delito lo cual permitirá que frente al estudio de los distintos delitos contra la administración pública no solo logremos identificar estos delitos por la característica de contar con un autor a un funcionario público – como delitos especiales propios – sino que también podremos aceptar la existencia de tipos penales en los que la calidad de funcionario público será un elemento adicional que podría dar lugar a una agravante del tipo – como delitos especiales impropios – generando la posibilidad en la que actúen dentro de la situación delictiva personas ajenas a la función pública u otros funcionarios públicos que no tengan el título de autor del crimen, lo cual también mencionaremos en líneas posteriores cuando nos refiramos al delito de tráfico de influencias, sobre el cual versa el presente trabajo académico.

Ahora bien, hemos dado algunos alcances sobre los delitos especiales y la característica “funcionario público” en los delitos contra la administración pública, pero cabe en este punto preguntarnos ¿qué pasa con aquellos personajes dentro del hecho delictivo que (i) no son funcionarios públicos o (ii) por su actuación con cuentan con el título de autor del delito, pero sí tuvieron alguna injerencia en la comisión del delito? Vale en este caso analizar la discusión dogmática respecto a si estos delitos deben ser revisados desde la teoría de la unidad del título de imputación o desde la teoría de la ruptura de imputación. En palabras de García Caveró (2009) “Mientras la primera –la teoría de la unidad del título de imputación- considera que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial correspondiente, la segunda –la teoría de la ruptura de imputación- sostiene que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe” (p.116). En este sentido, aclara el autor que, en el caso de esta segunda teoría, únicamente podrá atribuírsele a este extraneus una responsabilidad penal en tanto su comportamiento se subsuma en un delito común y no por el delito especial cometido, debiéndose imponer una pena correspondiente a la prevista para el delito común que habría realizado.

Haciendo una revisión de lo que proponen ambas teorías, en opinión propia, encontramos la teoría de la ruptura del título de imputación más cercana a la interpretación en sentido simple de los delitos especiales que comentamos en párrafos precedentes, ya que se buscará únicamente encontrar dentro de la estructura delictiva al funcionario público que tuvo directa intervención en el accionar delictivo, al autor que cumpla con este requisito en el que se basa el delito especial, mientras que la teoría de la unidad del título de imputación correspondería en mayor medida a aquella interpretación en sentido complejo de los delitos especiales ya que no nos estamos limitando al cumplimiento de un rol en específico de quienes participaron en el delito, por lo contrario, se busca atribuir el mismo delito tanto al autor como al extraneus.

Nuevamente, en opinión personal, la balanza se encuentra inclinada hacia esta última postura ya que esta involucra no solo un establecimiento de un círculo cerrado de potenciales autores del delito, sino que privilegia el aspecto político-criminal antes que el dogmático, plantea la cuestión de ¿cuál ha sido el propósito por el cual estas conductas han sido incluidas como delitos en el ordenamiento jurídico? ¿realmente el tipo penal o la persecución penal de los delitos contra la administración pública buscan una sanción únicamente para los funcionarios públicos y no para otras personas que participan en su comisión sin tener esta cualificación o sin ser los autores directos del delito?

Respecto a la primera interrogante, el propósito de la inclusión de los delitos contra la administración pública en el código penal peruano debe responder a la necesidad de sancionar conductas que puedan perjudicar al bien jurídico general y a los bienes jurídicos protegidos por cada uno de los delitos de este capítulo; sobre la segunda interrogante, responde García Caveró (2009) señalando que la doctrina penal se ha inclinado por privilegiar la tesis de la unidad del título de imputación para evitar los vacíos de punibilidad a los que una interpretación desde la perspectiva de la teoría de la ruptura del título de imputación nos podría llevar. Si bien, hemos mencionado que nuestra opinión se inclina en mayor medida hacia una teoría unitaria del título de imputación, rescatamos y asumimos la postura propuesta por el ya mencionado anteriormente autor García Caveró, quien propone interpretar cada uno de estos delitos

de acuerdo a si estos corresponden a un delito especial de dominio del hecho o a uno de infracción de deber.

Recordemos que los delitos especiales de dominio del hecho, constituye un hecho común único, en el que cada interviniente ha realizado un aporte de carácter organizativo que lo hace plenamente competente (García 2008), procediendo a individualizarse la pena del extraneus de acuerdo al dominio cuantitativo del hecho delictivo. En el caso de los delitos especiales de infracción de deber, como lo menciona su propio título, nos encontramos frente a aquellos en los que responde como autor aquel que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como «obligado especial» (Caro 2003), más allá del deber de no dañar a los demás que es general a todo ser humano, “el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, siendo irrelevante la forma de cómo ha de ejercitarse la acción” (Pp.8 y 9)

La propuesta de García Caveró es utilizar la teoría de unidad del título de imputación en los delitos especiales de dominio del hecho ya que el injusto penal se encontraría sustentado materialmente en las competencias que son comunes a todos los intervinientes, mientras que en los delitos especiales de infracción de deber, deberá seguirse la teoría de ruptura del título de imputación ya que al encontrarnos dentro de una infracción de una competencia otorgada a una persona en específico, solo podría ser realizada por esta, a quien corresponde la infracción.

### **3. El delito de Tráfico de Influencias en el ordenamiento jurídico peruano**

El delito de tráfico de influencias se encuentra tipificado en el Título XVIII del Código Penal peruano, conforme hemos adelantado en el párrafo precedente, siendo específicos, en su artículo 400°, de la siguiente manera:

*Artículo 400°. – El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o*

*administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

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

Antes de analizar los elementos del delito, es importante resaltar que el Perú mantiene el compromiso de luchar contra la corrupción y adoptar medidas que la prevengan, en el caso específico del delito de tráfico de influencias, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dispone lo siguiente:

*Artículo 18. Tráfico de influencias*

*Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:*

- a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;*
- b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.*

Es así como la Convención mencionada sugiere, ya que estipula que los Estados Parte considerarán la posibilidad, la tipificación del tráfico de influencias, no siendo esta de obligatoria incorporación en el ordenamiento jurídico de los mencionados Estados. De la misma manera, contempla también la posibilidad de que el delito se configure en su

modalidad “influencias reales” e “influencias simuladas”, conforme se ha dispuesto en el Perú, siendo “influencias reales” aquellas en las que el sujeto activo realmente cuenta con influencias frente a un funcionario o servidor público por lo que tendría – el sujeto activo – realmente la capacidad de direccionar una conducta ajena conforme al ofrecimiento, mientras que las “influencias simuladas” son aquellas en las que el sujeto activo invoca influencias que en el plano de la realidad no existe no teniendo en realidad el poder o capacidad para direccionar las decisiones del funcionario (Salinas, 2019).

El tráfico de influencias es un delito atribuible a cualquier persona; es decir, no nos encontramos frente a un delito de carácter especial ya que el sujeto activo no debe contar con específicas cualidades y condiciones a menos que nos refiramos al segundo párrafo del artículo 400° del código penal, en el que se establece como agravante la ejecución de esta conducta por parte de un funcionario público. Entrando a lo que delimita el mencionado artículo respecto a la conducta sancionada, esta corresponde a un ofrecimiento realizado por el sujeto activo, el cual ya hemos mencionado que puede como no ser un funcionario público, quien invoca las influencias que dice poseer sobre un funcionario o servidor público (Yon, 2002). Sumada a esta conversación u ofrecimiento, coincidimos con Montoya en que es necesario encontrar el elemento “acuerdo de intercesión”; es decir, aquella aceptación del ofrecimiento por parte del tercero interesado en la utilización de influencias ya que la mera expresión de contar con las influencias no podría ser una conducta lo suficientemente riesgosa para afectar el bien jurídico, sobre lo cual nos explayaremos posteriormente, al respecto, resulta importante también resaltar que no es necesaria para la configuración del delito la entrega del bien o la ejecución de lo prometido a cambio de influenciar sobre el funcionario o servidor público.

Un tercer elemento en el delito de tráfico de influencias es respecto a las funciones que debe cumplir el funcionario o servidor público al que se pretende influencias, este debe ejercer funciones al interior de la administración de justicia en el ámbito jurisdiccional o administrativo (Salinas, 2011), debiendo entender “caso judicial” y “caso administrativo” en sentido amplio. Conforme a la jurisprudencia peruana “caso judicial” debe ser entendido como cualquier proceso de naturaleza jurisdiccional, incluyendo

decisiones del Ministerio Público, mientras que “caso administrativo” debe comprender a cualquier procedimiento en el que se encuentre de por medio una decisión administrativa discrecional (Chanjan, Torres y González, 2020).

Los delitos contra la administración pública tienen como bien jurídico protegido a nivel general “el correcto funcionamiento de la administración pública” siendo el bien jurídico específico del tráfico de influencias materia de diversas opiniones, teniendo en primer lugar la propuesta de San Martín, Caro y Reaño (2003) quienes plantearon como bien jurídico protegido “la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones públicas, como interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional consagrado en el artículo 139, inc. 2) de la Constitución (p.38), recayendo el bien jurídico en la imparcialidad u objetividad del funcionario público, por lo que, de aceptar esta teoría, nos encontraríamos únicamente frente a la invocación de influencias reales, dejando de lado la afectación a algún bien jurídico protegido que la modalidad de influencias simuladas podría configurar con lo cual estaríamos frente a un atentado al principio de legalidad al desconocer la condición típica de una conducta estipulada como tal en el ordenamiento jurídico peruano (Yon, 2002), conforme a lo comentado por Yon Ruesta, en referencia a García (2002) cuando señala que “[...] en el ámbito del principio de la legislación peruana sobre este delito no existe la posibilidad de ofrecer un tratamiento distinto, cuando la influencia que invoca el traficante y único autor posible del delito, es simulada, o sea falsa e inexistente, y cuando es real, por cuanto la consecuencia jurídica en ambos casos es la misma: pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años” (p.14).

El Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116 respecto a la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas, propone una separación entre el delito en su modalidad “influencias reales” e “influencias simuladas”, es así como en el primer caso, el bien jurídico correspondiente será “el correcto funcionamiento de la administración pública”, mientras que, en el segundo la Corte Suprema ha decidido adoptar como bien jurídico protegido el postulado por Rojas (2007), quien sostiene que sería “el prestigio y buen nombre de la administración pública”. Esta separación de bienes jurídicos propuestos en

el Acuerdo Plenario comentado nos resulta difícil de adoptar, conforme a lo explicado por García Cantizano, nos encontraríamos separando al delito de tráfico de influencias, generando un tratamiento distinto en el caso de su modalidad simulada y real, cuando estas comparten los mismos elementos y se encuentran en una misma tipificación.

Respecto a este punto, vemos pertinente recurrir a IDEHPUCP (2012), quien sostiene que “el bien jurídico protegido en determinada norma penal no puede variar dependiendo de las conductas que el tipo penal prevea y sancione. Entonces, no es que se proteja un bien jurídico en el supuesto de tráfico de influencias reales y otro en el supuesto de tráfico de influencias simuladas” (p.106). Es así que, frente a la necesidad de determinar un mismo bien jurídico para ambas modalidades de tráfico de influencias, el mencionado autor propone tomar como bien jurídico “la institucionalidad de la administración pública” entendiendo como institucionalidad a “una serie de valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos en la administración pública” (p.106) los cuales deben ser protegidos, distinto al postulado por Yon (2002), quien afirma que el bien jurídico responderá a “el prestigio (o buena imagen) de la Administración Pública” (p.235).

En lo particular, coincidimos con la postura del bien jurídico “institucionalidad de la Administración Pública”; alejándonos de valoraciones subjetivas respecto a cómo es que debe ser percibida la administración pública y enfocándonos a la protección de los principios que realmente conforman la función pública, dejando claro con la sanción del delito de tráfico de influencias que la administración pública funciona correctamente, no permitiendo que exista un cuestionamiento de esta índole. En la misma línea, Rojas (2007) señalaba que “autores como Feijóo Sánchez han acotado que lo que se busca es la objetividad como medio para que la función pública defienda los intereses generales y no intereses particulares” (p.782). Es así que encontramos idóneo proponer este bien jurídico, el cual a nuestro entender, propone que la administración pública deberá funcionar conforme a los procesos y flujos internos previstos para la actuación correcta de sus funcionarios, en este caso, aquellos vinculados a la toma de decisión respecto a un caso administrativo o judicial y que, por ende, el ejercicio de esta función pública

únicamente podrá responder a un carácter objetivo y no a ventajas o beneficios que provengan de un interés o motivación externa.

El tráfico de influencias, es un delito de peligro abstracto, puesto que no nos encontramos frente a una vulneración directa y material del bien jurídico protegido, al ser este delito un adelantamiento a la efectiva vulneración del bien jurídico, nos encontramos frente a una puesta en peligro, conforme a lo dispuesto en la Ejecutoria Suprema R.N N° 4097-2008-Santa del 28 de enero de 2010, en el que se señala que “el delito de tráfico de influencias previsto en el artículo cuatrocientos del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco es un delito de peligro abstracto, pues no exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto activo”. Conforme a lo mencionado por Barbero (1971), en los delitos de peligro abstracto, el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta (p. 489) castigando una conducta por el grado de probabilidad de que esta resulte peligrosa; por lo contrario, en el caso de los delitos de peligro concreto, estos suponen la ejecución de una conducta que eventualmente puede resultar peligrosa.

#### **4. La participación de terceros en el delito de tráfico de influencias**

Ahora bien, habiendo revisado los principales elementos que componen el tipo penal “tráfico de influencias”, respecto a los actores intervinientes en el delito, sabemos que para su configuración existe un sujeto activo, quien ofrecerá interceder frente a un funcionario o servidor público a cambio de una promesa, ventaja o donativo, tenemos en la modalidad agravada del tipo que este sujeto activo será un funcionario estatal, por otro lado existe la figura del tercero interesado, quien es la persona que acepta o no el pacto de intercesión, por ende, para esta persona surge la importancia de que el vendedor de humo ejecute su propuesta de interceder por él frente a un funcionario o servidor del Estado. Aunado a lo mencionado, también el tipo da lugar a que existan extraneus intervinientes en la configuración del delito a título de cómplices o instigadores.

Resulta relevante en este punto referirnos a la naturaleza de delito de encuentro del delito de tráfico de influencias. Dentro de las diversas clasificaciones del delito en la dogmática penal, encontramos una clasificación referida a la intervención de sujetos para la

configuración del delito, dividiendo los delitos en monosubjetivos y plurisubjetivos, estos últimos son a los que llamamos “delitos de intervención necesaria”; es decir, para la configuración del delito se requiere la participación de más de una persona. Esta clasificación también encuentra una subclasificación, por lo que encontramos a los delitos de “convergencia” y los delitos de “encuentro”; de acuerdo a Calcina Ancco, en el primero, la actividad de los intervinientes en el delito apuntan al mismo objetivo, este es el caso de aquellos delitos en los que los participantes realizan actividades similares persiguiendo una afectación común al bien jurídico, mientras en el caso de los delitos de encuentro estaríamos frente a conductas que si bien se encuentran orientadas a una vulneración en común al bien jurídico protegido, se compone de conductas y posiciones distintas por parte de los intervinientes, sin las que el tipo no podría configurarse (p.50).

Coincidimos con lo dispuesto por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, el tráfico de influencias es un delito de intervención necesaria y de encuentro, pues requiere la concurrencia de dos sujetos: el traficante y el interesado (aunque pueden concurrir otros intervinientes), sobre este último debemos recordar que su comportamiento típico estará absolutamente configurado cuando acepte la oferta del traficante y entregue o se comprometa a la entrega de alguna ventaja a favor de quien pone a su disposición sus supuestas influencias (Guimaray, 2012), pues, el adelantamiento de la barrera del riesgo permitido en el caso de este delito se encuentra fundamentado en la puesta en peligro que significa la aceptación de la invocación de influencias realizada. Respecto al rol específico del tercero interesado nos pronunciaremos en el siguiente título (p.111).

Continuando con el análisis de la actuación de terceros en el delito de tráfico de influencias, otra figura que podríamos encontrar es la del cómplice; es decir, de acuerdo al artículo 25 de nuestro código penal “el que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado”. Es así como es indiscutible que podríamos encontrar complicidad en caso una persona apoye al sujeto activo a realizar la actividad ilícita, es así como el Acuerdo Plenario N° 03-2015/CIJ-116 señala que al ser el cómplice quien realiza un aporte material o psicológico orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal.

En este punto, resulta necesario realizar la precisión de que el artículo 25 del código penal es claro en señalar que este auxilio prestado por el cómplice radica en el hecho punible; es decir, un auxilio orientado a la materialización del delito y no al apoyo prestado al autor necesariamente, de acuerdo a la Casación 367-2011 Lambayeque, la complicidad es definida como la “cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro”.

La complicidad, además, va a poder dividirse en dos clasificaciones basados en el aporte realizado por esta persona distinta al sujeto activo que de alguna manera participa en el ilícito, recurriendo nuevamente a la Casación 367-2011 Lambayeque, consideraremos que la “complicidad primaria” podrá ser determinada cuando los actos realizados por el cómplice resultan ser necesarios para que se cometa el delito, mientras la “complicidad secundaria” se encontrará compuesta por cualquier tipo de contribución en tanto esta no resulte esencial para la comisión del delito. De esta manera encontramos que existe un aporte mínimo necesario que debe ser ejecutado por una persona para ser considerada cómplice y, en mayor medida, para ser considerada cómplice primario. Reaño (2004) señala que el quantum del aporte del interviniente no está asociado a lo mucho o poco que haga el sujeto en términos naturalistas o fácticos, sino que va referido a los aspectos que normativamente configuran el suceso (p. 109), teniendo entonces como resultado que no nos encontramos frente a hechos o acciones asociadas a esfuerzos físicos o intelectuales, sino que esta actuación o “auxilio”, como lo venimos llamando, debe colaborar con un aspecto esencial del delito, mas no tener el dominio de su ejecución.

Respecto a la figura del instigador, es importante recordar que, amparados en lo señalado por Creus (1999) este corresponde a aquella persona que, a diferencia del autor mediato, no quiere cometer el delito empleando instrumentalmente a otro, sino que quiere que el otro cometa el delito siendo autor de él, insertando un aporte no ejecutivo sino de motivación y, por tanto, previo (p.408). En ese sentido, podría haber la posibilidad de que una tercera persona, dentro de la estructura del delito de tráfico de influencias, incida en convencer al tercero interesado de realizar la compra.

Hasta este párrafo, hemos podido encontrar las figuras de cómplice e instigador en extraneus sin referirnos al tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, por lo cual en el siguiente punto analizaremos cuál es el rol del tercero interesado en este delito, así como también daremos nuestra opinión respecto al título de imputación que le debería ser otorgado.

## **5. El rol del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias**

Ahora bien, durante el anterior numeral hemos delimitado algunos conceptos que nos ayudarán a aterrizar el rol que podría jugar el tercero interesado, o comprador, en el delito de tráfico de influencias. Como hemos mencionado ya en reiteradas oportunidades, este delito va a necesitar de un “acuerdo de intercesión” para poder cometerse; es decir, una aceptación por parte del tercero interesado de la propuesta de invocar influencias sobre un determinado funcionario público a cambio de alguna ventaja, como es desarrollado en el artículo 400 del código penal peruano.

A propósito de lo mencionado, Mir Puig y Muñoz Conde (1981), afirman que “realmente de la sola falta de mención legal del partícipe necesario, lo único que cabe deducir inequívocamente, es que el mismo no puede ser autor del delito y no necesariamente que no pueda ser castigado como partícipe. Esta última conclusión depende obviamente del significado de la participación necesaria en relación con la naturaleza del tipo de que se trate” (p. 979); es decir, de acuerdo a los mencionados autores, el partícipe en un delito no podrá responder a título de autor; sin embargo, se deja un espacio abierto a la posibilidad de que este pueda responder a título de partícipe conforme al grado de importancia de su actuar para la comisión del delito.

Frente a esta afirmación, Yon (2002) sostiene que lo mencionado por los autores debe ser interpretado como una impunidad al tercero concurrente siempre que este no sobrepase los roles previstos en el delito; es decir, deberá responder como partícipe únicamente cuando su conducta pueda ser subsumida en alguna conducta delictiva, por lo cual para una punición de este tercero interesado en la invocación de influencias, la conducta realizada debería encontrarse literalmente en el tipo penal tráfico de influencias.

En este punto, coincidimos con la interpretación de Reaño cuando señala que “el hecho que el interesado no pueda quebrantar solitariamente las expectativas normativas garantizadas en tipo de tráfico de influencias no debe llevar a pensar que no es destinatario de ellas, pues el traficante tampoco puede hacerlo por sí mismo” (p. 112), postura que da una especial valoración a la actuación del tercero interesante, ya que al ser quien puede aceptar el elemento acuerdo de intercesión interviene de manera necesaria en la materialización del delito ya que este necesitará de la conjunción de ambos aportes para configurarse. Es así como concordamos también con que la interpretación otorgada por Yon resulta inexacta siempre que la actuación del tercero necesario resultará relevante para la configuración del ilícito.

Respecto a la jurisprudencia peruana, como ha sido destacado en numerales anteriores, tenemos al Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116 que buscó delimitar la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas. En el caso de la figura de la instigación, el Acuerdo Plenario, el tercero interesado podrá ser calificado como instigador siempre que no encontrándose el instigado, en este caso el vendedor de influencias, propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a este a cometer el delito; es decir, cuando sea el comprador de influencias quien proponga o convenza al sujeto activo de invocar sus influencias frente a un funcionario o servidor público con las características descritas en el artículo 400 del código penal, con lo cual concordamos, puesto que la instigación es, de acuerdo a Ruíz (1982) “la presencia de una incitación dirigida a que un tercero realice un delito, incitación que de no haber mediado no habría dado lugar a su verificación” (p.123).

De acuerdo con el Acuerdo Plenario, se debe tener en consideración que el partícipe es quien desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho, debiendo su participación facilitar o posibilitar la ejecución del delito mediante la configuración de alguno de sus componentes típicos. De la misma manera, y como ha sido adelantado, propone que la conducta del tercero no podría ser punible ni considerada dentro de la complicidad ya que esta no estaría destinada a auxiliar a la ejecución del verbo rector por parte del sujeto activo; sin embargo, como

también hemos adelantado, el comportamiento del cómplice deberá estar orientado a la ejecución del ilícito y no a apoyar a la conducta del autor en función a los verbos rectores del delito, en el caso del tráfico de influencias el recibir, hacer dar o prometer.

Lo desarrollado en el párrafo anterior parece darnos luces de una interpretación errónea del delito de tráfico de influencias en el Acuerdo Plenario ya que al señalar como necesaria la colaboración del partícipe con la comisión de los verbos rectores, pareciera dar a entender que la fase consumativa del delito recaería en la solicitud, recepción o hacer dar o prometer que realiza el autor frente al tercero y no reconocer al acuerdo de intercesión como el momento en el que el delito se encuentra configurado. Recordemos entonces que el apoyo realizado por el cómplice debe ser al injusto penal y no a esta conducta propia del autor que no configura por sí misma el delito de tráfico de influencias.

Bajo este esquema, coincidimos con Arismendiz (2016) cuando señala que el error entonces del Acuerdo Plenario recaería en pretender que el auxilio o colaboración realizada por el tercero interesado recaiga sobre los verbos rectores del tipo penal, cuando estos no han sido creados para describir la actuación del partícipe, la participación de este tercero entonces tendría que ser sancionada en tanto se encuentra perennizada, no de una forma literal pero sí material, al hecho punible, obteniendo un resultado lesivo que debería ser “comunicable a todos los intervinientes del injusto penal en mérito al principio de accesoriedad de la participación” (p.197).

Ahora bien, es importante resaltar que el título de imputación tendría que ser la complicidad primaria y no la autoría debido a que, si bien la participación del tercero será crucial por la aceptación de la invocación de influencias, el tercero interesado no tiene el dominio de los verbos rectores, pero sí presta un auxilio necesario para la ejecución del hecho punible. En este punto, resulta relevante también atender al factor político-criminal sobre el cual se ha tipificado el delito de tráfico de influencias, con ello nos referimos a la razón por la cual el legislador peruano decidió incluir al tráfico de influencias como conducta sancionable en el código penal.

Al no encontrarnos frente a un delito atribuible únicamente a un funcionario público, podríamos precisar que la razón en la que se encuentra fundamentada este tipo penal

radica en la prevención de que esta conducta sea realizada por cualquier persona, obteniendo como resultado una potencial defraudación de la Administración Pública, por lo que el Estado peruano estaría buscando proteger el bien jurídico de una vulneración tanto del traficante de influencias como del comprador de influencias quien, finalmente, se encuentra favoreciendo a la actividad delictiva, se podría ver favorecido con este ejercicio ilegítimo de las influencias y también defraudaría el deber general de todo ciudadano de “no dañar” lo establecido en las leyes.

Por lo ya mencionado a lo largo de este último numeral, optamos por coincidir con la postura que propone que el tercero interesado en la invocación de las influencias que acepta la propuesta del traficante de influencias, deberá responder a título de cómplice primario, siempre que su conducta habrá colaborado con la realización de uno de los elementos del tipo, habrá dañado el deber general de “no dañar” lo establecido por el ordenamiento jurídico peruano y su conducta informa directamente al injusto penal.

## **6. Conclusiones**

No nos queda dudas de que el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto cuya ubicación se encuentra en el artículo 400 del Código Penal, el cual consistirá necesariamente en la conjunción de los elementos (i) invocar influencias reales o simuladas; (ii) un ofrecimiento de invocar, hacer dar o prometer un donativo, promesa o ventaja; (iii) un ofrecimiento de invocar influencias respecto a la intercesión frente a un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; y (iv) la existencia de un acuerdo de intercesión por medio del cual el tercero interesado en la invocación de influencias acepte el ofrecimiento del vendedor de influencias.

La participación del tercero interesado en la invocación de influencias puede ser calificada como participación a título de instigador o de cómplice primario.

En el caso de la complicidad primaria, será cómplice primario aquel tercero que acepte el acuerdo de intercesión, de manera que materialmente apoya a la configuración de uno de los elementos del delito.

La participación en el delito por parte del tercero interesado es distinta materialmente a la del autor, ello puesto a que el autor va a tener un dominio de los verbos rectores del delito; sin embargo, la especial importancia de la actuación del tercero interesado en el elemento “pacto de intercesión” haría que este actuar resulte también sancionado.

Utilizando un enfoque político criminal, identificamos que la ratio del delito de tráfico de influencias se encuentra no solo en la literalidad del tipo, en el que los verbos rectores únicamente describen conductas atribuibles al autor, sino que también buscará una prevención de que terceras personas interesadas en este tipo de actividad delictiva vulneren a la administración pública solicitando la resolución de casos judiciales o administrativos a través de favores ajenos al razonamiento objetivo y legal de las autoridades encargadas.



## 7. Bibliografía

- Barbero, Marino (1971). *Ponencia mantenida por el autor en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal organizadas por la Universidad de Belgrano para conmemorar el Cincuentenario del Código Penal argentino, celebradas en Buenos Aires del 9 al 13 de octubre de 1971.*
- Calcina, Aldo. (2021). *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado.* Lima: Grijley.
- Caro, José (2003). *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber.* Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- Chanjan, R., Torres, D. y González, M. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción.* <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/01/07145345/claves-corrupcion.pdf>
- Creus, Carlos. (1999). *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Astrea.
- García, M. (2002). *Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias. Al amparo del principio de legalidad en materia penal. Actualidad jurídica.*
- García, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Lima: Grijley.
- García, P. (2009). *La pena del partícipe EXTRANEUS en los delitos especiales.* En: *La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú.* Lima: Anuario de Derecho Penal.
- Gómez Martín, V. (2006). *Los delitos especiales.* Buenos Aires: Euros Editores.

- Guimaray, E. (2012) *El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad*. En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: IDEHPUCP.
- Hurtado, J. (2018). *El delito colusión: un delito de encuentro apropiado del caso Odebretch y las consorciadas*. Publicado por: Parthenon. <https://www.parthenon.pe/publico/el-delito-colusion-un-delito-de-encuentro-aproposito-del-caso-odebretch-y-las-consorciadas/>
- Meini, I. (2008). *Delitos contra la administración pública*. En: *Delitos contra la administración pública*. Guatemala: USAID
- Jeschek, H. (1981) *Tratado de derecho penal: Pare General. Traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde*. Barcelona: Bosch.
- Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contr-la-administraci%C3%B3n-p%C3%ABlica.pdf>
- Poder Judicial (2018). *Ejecutoria suprema N° 4097-2008-Santa de fecha 28 de enero de 2010*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f169ea0044d78470a92ffb01a4a5d4c4/46-2017-6.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f169ea0044d78470a92ffb01a4a5d4c4>
- Reaño, J. (2004). *¿Una historia sin fin?: La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias*. En: *Ius Et Veritas* 28. Lima: Ius Et Veritas.
- Rodríguez, J. (2002). *El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables?* En: *Ius Et Veritas* 24. Lima: Ius Et Veritas.
- Salinas, R. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.

Salinas, R. (2019). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Lustitia

Vásquez-Portomeñe, F. (2003). *Los delitos contra la administración pública. Teoría General*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Yon, R. (2002). *Tráfico de influencias: un análisis al contenido del tipo penal*. *Themis*, 45(1), 229-242.

