

UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS



ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**LAS IMPRECISIONES EN EL DELITO DE TRÁFICO DE
INFLUENCIAS**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

MARÍA LUZ FERNÁNDEZ CÁRDENAS
CÓDIGO ORCID: 0000-0002-9742-1578

ASESOR:

MG. MARCO HERNÁN PANTIGOZO LOAIZA
CÓDIGO ORCID: 0000-0001-6616-0689

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL, CIVIL Y CORPORATIVO

LIMA, PERÚ

DICIEMBRE 2021

DEDICATORIA:

Este trabajo de investigación, lo dedico a mis hijas y esposo, quiénes son mi fuente de inspiración y de superación personal.

A todos los hombres y mujeres que, a través del
derecho y la virtud, luchan incansablemente por
un mundo más justo y humano.

Resumen

El presente trabajo de investigación se titula “Las imprecisiones en el delito de tráfico de influencias”, tiene como objetivo analizar cuáles son las imprecisiones presentes en la estructura del delito de tráfico de influencias tipificadas en el código penal peruano y entender los criterios de los magistrados al momento de administrar justicia debido a la vaguedad que presenta la tipificación del delito con la finalidad de evitar las injusticias e impunidad.

El delito de tráfico de influencias se encuentra regulado en el Título XVIII, Capítulo III, Artículo 400° del Código Penal Peruano, el cual reza de la siguiente forma:

«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 4 ni mayor de 6 años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2,3,4 y 8 del artículo 36; y con 180 a 365 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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa».

Ambos supuestos (real y simulado) están descritos en el mismo párrafo y reciben el mismo tratamiento (consecuencia), tanto en la modalidad básica (primer párrafo) como en los casos agravados en razón del agente, cuando el autor es un funcionario o servidor público (segundo párrafo), es decir, el legislador da un tratamiento equivalente, en cuanto a la pena, al tráfico real y simulado, tanto en la modalidad básica como en la agravada. Este párrafo es el sustento de la presente investigación.

Palabras clave: influencia real y simulada, tráfico de influencias, corrupción, bien público, administración pública.

Abstract

This research is titled “Inaccuracies in the crime of influence peddling”, its objective is to analyze which are the current inaccuracies in the structure of the influence peddling crime typified in the Peruvian Penal code, and to understand the criteria of the magistrates at the time of delivering justice due to the vagueness of the definition of the crime in order to avoid injustice and impunity.

The crime of influence peddling is regulated in Title XVIII, Chapter III, Article 400 of the Peruvian Penal Code, which reads as follows:

«He who, invoking or having real or simulated influences, receives, makes give or promise for himself or for a third party, a gift or promise or any other advantage or benefit with the offer, to intercede before a known official or public servant, is hearing or has known a judicial or administrative case, he will be punished with a custodial sentence of no less than 4 and no more than 6 years; disqualification as appropriate, pursuant to sections 2, 3, 4 and 8 of article 36; and with 180 to 365 days-fine.

If the agent is an official or public servant, he will be punished with a custodial sentence of no less than four and no more than eight years; disqualification as appropriate, pursuant to sections 1, 2 and 8 of article 36; and with three hundred and sixty-five to seven hundred and thirty fine-days».

Both cases (real and simulated) are described in the same paragraph and receive the same treatment (consequence), in the basic modality (first paragraph) as wells as in aggravated cases due to the agent, when the author is an official or public servant (second

paragraph), that is, the legislator gives an equivalent treatment in terms of punishment, to real and simulated traffic, both in the basic and in the aggravated modality. This paragraph is the support of the present investigation.

Keywords: corruption of officials, Crimes against the public administration, Influence trafficking.

Tabla de Contenidos

- I. Introducción
- II. Antecedentes nacionales e internacionales
- III. Marco Teórico
 - 3.1 Bases teóricas
 - 3.2 Análisis dogmáticos del delito de tráfico de influencias
 - 3.3 El tráfico de influencias desde la legislación comparada
 - 3.4 Legislación
 - 3.5 Jurisprudencia
 - 3.6 Tratados
- IV. Conclusiones
- V. Aporte de la investigación
- VI. Recomendaciones
- VII. Referencias bibliográficas

I. Introducción

La corrupción es un fenómeno que afecta la gobernabilidad, la confianza y los derechos de las personas. El delito de tráfico de influencias, es un claro ejemplo de la corrupción hoy de carácter global, dado que el empleo de las influencias indebidas para conseguir algún beneficio personal para sí o para terceros, es casi una actividad común en la sociedad.

Es por eso que mediante la presente investigación, se podrá determinar cuál o cuáles son las imprecisiones que se presenta en la estructura del delito de tráfico de influencias tipificada en el código penal y de esta manera poder entender y determinar los criterios que aplican los magistrados al momento de administrar justicia, tanto más que existe una vaguedad en la tipificación del delito señalado con la finalidad de evitar las injusticias e impunidad.

En la legislación peruana la protección del bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la administración pública y sólo cuando la invocación sea real, sin embargo, si la influencia es simulada no cabe la menor duda que se estaría en presencia de una supuesta estafa, ya que se habría engañado a la persona y sobre esa base ésta habría hecho una disposición patrimonial en su perjuicio.

Los puntos antes citados, serán muy útiles para una comprensión básica de los alcances del delito de influencias, coadyuvando a una comprensión correcta y su incidencia en la administración pública.

II. Antecedentes nacionales e internacionales

a. Internacionales

Lombana Villalba, Jaime (2013) en su tesis *“La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y Colombia como forma de prevención de la corrupción pública”*, indico que: La influencia debe ser real, no simulada, pues si media un engaño se configura una estafa y no un tráfico de influencias. La influencia no puede concretarse en el ofrecimiento o entrega de una dádiva, porque tal cosa constituiría un delito de cohecho, conducta que sería aplicable preferentemente al tráfico de influencias en aplicación de principio de especialidad.

Atsushi, David (2019) *“El delito del tráfico de influencias en el ordenamiento jurídico costarricense: aspectos deficitarios y posibles soluciones”*, demuestra que el delito de tráfico de influencias presenta dificultades normativas de carácter sustantivo procedimental que obstaculizan su persecución penal, limitando una administración y función pública transparente.

b. Nacionales

Pino A. (2015), en su tesis, d*“El delito de tráfico de influencias en el nuevo ordenamiento procesal penal, respecto de la corte superior de justicia de Lima”*, el autor refiere que el delito de tráfico de influencias en Perú tiene una regulación más sencilla que en España, pues mientras en el Código Penal español esta conducta se establece en tres disposiciones, en Perú solamente se dedica una norma legal, para tal fin. Sin embargo, la sencillez con la que el Código Penal peruano trata el delito de tráfico de influencias provoca serias lagunas de impunidad.

La redacción del artículo 400 del código penal peruano genera ambigüedad en los operadores del derecho al momento de interpretar el artículo para administrar justicia.

Benavente (2016), en su tesis *“La Tipificación del Delito de Tráfico de Influencias en la Legislación Penal Peruana”* señala que la descripción típica de nuestro tipo penal de tráfico de influencias y al constituirse como un delito de encuentro, concluimos que no habrá participación delictiva por parte del sujeto interesado si es que su conducta se mantiene dentro del rol de comprador de influencias que el 160 tipo penal le ha asignado y ello implica que su conducta tenga que ser autónoma (no realizar el tipo dependiente contenido en los artículos 24° y 25°), complementaria (realizar el tipo penal contenido en el artículo 400° del código penal), y que su dolo se circunscriba únicamente a la compra de las influencias.

La Legislación Peruana, en el delito de tráfico de influencias prevé dos modalidades de influencias; reales y simuladas, siendo las influencias simuladas la que se considera ambigua, sancionarla bajo el argumento que lesiona el prestigio de las entidades públicas no es coherente.

III. Marco Teórico

3.1 Bases teóricas

Actualmente se vive en una crisis de corrupción y el tráfico de influencias es uno de los delitos más visibles que han socavado la sociedad, sobre todo se ha verificado actos de corrupción de quienes eran llamados a impartir justicia, de quienes elegían a éstos y de quienes aceptaban tal cargo sin merecerlo.

Los actos de corrupción se prohíben con el objetivo general de proteger el correcto y regular funcionamiento de la administración pública. “No obstante, cada delito tutela un bien jurídico específico. La determinación del bien jurídico protegido por el tráfico de influencias sigue siendo un tema problemático en la doctrina y jurisprudencia penal, que obedece a diversas teorías, entre ellas, la teoría de la institucionalidad de la administración pública”. Guimaray Mori, Erick, pp. 105 y 106.

Según la teoría de la institucionalidad de la administración pública, se considera que la institucionalidad es el conjunto de valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos. Montoya Vivando, 2015, p, 106. En ese sentido, la institucionalidad se debe proteger incluso de aquellas conductas que -sin transgredirla de manera directa y efectiva- contribuyen con la corrupción y muestran a la administración pública como un ente débil e influenciado por intereses particulares. (Montoya Vivanco, 2015, p. 144).

Así, invocar influencias, sean existentes o no, con la finalidad de dar a entender al otro, de manera verosímil, la posibilidad de interferir en el correcto funcionamiento de la administración pública (Torres Pachas 2012, p 6); es una conducta que transgrede la institucionalidad. En consecuencia, el delito de tráfico de influencias busca “prevenir que se perciba a la administración pública como endeble y en donde la existencia de influencias va a primar sobre su capacidad de investigar y administrar justicia.

“El bien jurídico protegido, constituye el normal desenvolvimiento de la administración pública, en concordancia con los parámetros de objetividad, imparcialidad e independencia de la actividad pública, de acuerdo con un criterio teleológico y hermenéutico a la vez; de identificación únicamente en el caso de la modalidad de la influencia real, pues en la influencia simulada no hay idoneidad alguna de poner en peligro la imparcialidad de la actuación funcional” (Peña-Cabrera Freyre, 2010, p. 581).

Por otro lado, éste es un delito común, cualquier persona lo puede cometer, sin problema alguno, incluso un funcionario público; y, cuando concurre este supuesto, se configura la modalidad agravada.

“En la Legislación Peruana, en el delito de tráfico de influencias, recoge dos modalidades, las influencias reales y las influencias simuladas, siendo esta última la que tiene características ambiguas, toda vez que es una modalidad contraria a los demás delitos en los que se sanciona hechos concretos,

lesionando un bien protegido por el mismo Código, sin embargo, sancionar las influencias simuladas bajo la justificación que se lesiona el correcto funcionamiento de las entidades pública no tiene coherencia.

Existe influencia simulada cuando el agente no tiene la influencia, no hay forma ni capacidad del agente de situar su voluntad a una determinada dirección”.

En la doctrina penal peruana, muchos consideran que esta modalidad delictiva no posee capacidad lesiva para afectar el bien jurídico que se pretende tutelar, el correcto funcionamiento de la administración pública; y en razón son de la opinión que es mejor descriminalizar esta conducta típica al no configurarse la exigencia de la antijuridicidad material (Vide: San Martín Castro, Caro Coria, Reaño Pescheira, 2002, p. 34; Rojas Vargas, 2007, p. 561; Abanto Vásquez, 2003, p. 528; Rodríguez Delgado, 2014, p. 199).

En algún momento, los legisladores peruanos consideraron que esta modalidad delictiva era lesiva y que debía ser derogada del Código Penal, en ese sentido, se promulga la Ley N° 29703. En la exposición de motivos del Proyecto de ley (PL N° 4187-2019-PJ), se alegaba que era necesario criminalizar esta modalidad delictiva, por fines de prevención general positive, porque por fines de política criminal, este supuesto de hecho cobra mucha importancia en el frontal combat4e contra la corrupción.

Por otro lado, Salinas Siccha (2016), es de la postura que el tráfico de influencia simulada, desde la perspectiva del bien jurídico tutelado del prestigio y buen nombre de la administración pública, debe ser criminalizado.

San Martín Castro, señala que:

“Estamos ante influencias simuladas o venta de humo cuando se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma ni tiene capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada. La doctrina peruana es unánime el considerar que esta modalidad no posee entidad lesiva para el bien jurídico, que se pretende proteger, debiéndose optar por la descriminalización, al no configurarse las existencias de antijuricidad material” (p, 34).

Por su parte, Salinas Siccha (2011) manifiesta que:

“Estaremos ante influencias simuladas o venta de humo cuando se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma ni tiene capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada. La doctrina peruana es unánime el considerar que esa modalidad no posee entidad lesiva para el bien jurídico que se pretende proteger, debiéndose optar por la descriminalización, al no configurarse las exigencias de antijuricidad material” (p. 581).

3.2 Análisis dogmático del delito de tráfico de influencias – Evolución legislativa

El Código Penal de 1924, en sus orígenes, no tipificaba el delito, de tráfico de influencias. Luego mediante Decreto Legislativo N° 121 de fecha 12 de

junio 1981, se tipificó este delito en el artículo 353°-A del Código Penal de 1924.

El proyecto de ley de Decreto Legislativo N° 121, no tipificó este delito; sino fue introducido por quienes redactaron el texto definitivo de dicho proyecto de ley (siccha,2016 p. 654).

Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, el delito de tráfico de influencias fue redactado de manera idéntica a como se introdujo en 1981, pero con una modificación en cuanto a la pena que le brindaba cierto nivel de gravedad, redactándose de la siguiente manera:

Artículo 400°.-

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

Entre 1990 y 2001 tiene lugar el gobierno de Alberto Fujimori, y es solo al final de dicho mandato que surgen los escándalos de corrupción generados principalmente por el develamiento de los vínculos del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres con una serie de jueces y fiscales que determinaban la influencia de dicho ex funcionario con el manejo ilícito de las decisiones jurisdiccionales.

En este contexto, posterior a 2001, el legislador encuentra la necesidad de modificar el artículo 400° mediante la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre del 2004, cuya redacción es la siguiente:

Artículo 400°.- Tráfico de Influencias

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

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

La reforma introducida por la Ley N° 28355 amplió el alcance de la tipicidad de la conducta del tráfico de influencias.

El 10 de junio del 2011, la Ley N° 29703, introduce una nueva modificación al artículo 400° del Código Penal de 1991, pero a contracorriente de lo ocurrido en el caso anterior, se reduce al alcance típico de la conducta, eliminando la figura de las influencias simuladas:

Artículo 400°.- Tráfico de Influencias

El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

La publicación de la Ley N° 29703 generó una ola de críticas sobre las modificaciones realizadas. Si bien se reconocía algunas mejoras en la técnica de regulación de los delitos contra la administración pública⁵, en general se expresaba descontento sobre su redacción⁶. Así, a poco más de un mes de ser publicada dicha segunda modificación, se publicó la Ley N° 29758, del 21 de julio de 2011, que retoma la figura de la influencia simulada y con ello, toda la anterior redacción derogada el mes anterior:

Artículo 400°.- Tráfico de Influencias

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

haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

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

La quinta y hasta el momento última modificación del artículo 400° del Código Penal vigente fue introducida por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1423 (publicado el 22 de octubre de 2016), con lo que el texto del citado artículo del Código ha quedado redactado de la siguiente manera:

Artículo 400°.- Tráfico de Influencias

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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36°; 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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Esta es la evolución que ha sufrido la redacción del texto legal del artículo 400° del Código Penal desde su puesta en vigencia en nuestro Ordenamiento.

3.3 El tráfico de influencias desde la legislación comparada

Con el fin de tener un panorama más amplio de lo que deberíamos entender por Tráfico de influencias y diferenciar la regulación de cada país, detallamos a continuación el bien jurídico tutelado en cada uno de ellos:

- **Colombia**

El texto actual del delito de tráfico de influencias regulado en el Código Penal de Colombia es:

Artículo 411°.- Tráfico de influencias del servidor público

“El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico (...)”.

Artículo 411-A.- Tráfico de influencias de particular

“El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La legislación penal colombiana no restringe el ámbito de aplicación del delito de tráfico de influencia a la existencia previa o posterior de un caso judicial o administrativo, sino que engloba cualquier tipo de asunto.

- **Argentina**

El texto actual del delito de tráfico de influencias en el Código Penal argentino es el siguiente:

Artículo 256.-

“El que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones” (...).”

El legislador argentino utiliza una fórmula general y amplia al considerar que cualquier acto funcional puede ser objeto del pacto de intercesión celebrado con anterioridad.

- **Paraguay**

A diferencia de los demás países de Latinoamérica, en Paraguay, el tráfico de influencias no fue tipificado en el Código Penal del país; sino en una ley especial – Ley N° 2.523/04, “Ley que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias, en la cual se establece lo siguiente:

Artículo 7°.-

“1) El que reciba o se haga prometer para si o para un tercero, dinero o cualquier otro beneficio como estímulo o recompensa para medir ante un funcionario público, en un asunto que se encuentre conociendo o haya de conocer invocando poseer relaciones de importancia o influencia reales o simuladas será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o multa (...).

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

En este caso, además de la fórmula general adoptada para con el contexto típico (cualquier tipo de asunto), el tipo penal paraguayo prevé como agravante que el pacto de interferencia tenga como destinatario a un

magistrado del poder judicial o ante un fiscal del Ministerio Público, al considerar esa conducta especialmente grave.

3.4 Legislación

El Código Penal de 1924 fue el primero en incluir el delito de tráfico de influencias. A través de una modificatoria a este cuerpo legal, mediante el Decreto Legislativo No. 121 del 12 de junio de 1981, se incorporó el artículo 353-A, cuyo texto señalaba lo siguiente:

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

Dicho texto estuvo vigente hasta el Código Penal de 1991 que reguló, con nueva ubicación sistemática, el tráfico de influencias en el artículo 400° de la siguiente manera:

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

El 06 de octubre de 2004, mediante Ley No. 28355, se adicionaron ciertos elementos como teniendo, beneficio y ha de conocer. Asimismo, se estableció una agravante en función a la condición del sujeto activo. La redacción del tipo legal era el siguiente:

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

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

Posteriormente, mediante la publicación de la Ley No. 29703 de fecha 10 de junio de 2011, se introdujo el tipo penal sancionando únicamente el tráfico de influencias reales, de acuerdo con el siguiente texto:

“El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya

conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

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

Ese mismo año, el 21 de julio, mediante Ley No. 29578, se produjo otra modificación que recobró la sanción del tráfico de influencias simuladas, conforme al siguiente texto:

“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 cuatro ni mayor de seis años.

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

Luego, el artículo único de la Ley No. 30111, de fecha 26 de noviembre de 2013, agregó la pena de multa tanto para el tipo base como el agravado. Para el primero, con ciento ochenta (180) a trescientos sesenta y cinco (365) días-multa. Para el segundo, con trescientos sesenta y cinco (365) a setecientos treinta (730) días-multa. Finalmente, el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 1243 del 22 de octubre de 2016, establece la tipificación vigente hoy en día, conforme se indica:

“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 cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa.

Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho; inhabilitación según corresponda conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

3.5 Jurisprudencia

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

Décimo quinto: De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (principio de última ratio

Es significativo el hecho de que la corte suprema admita que con la venta de influencias simuladas NO se protege el correcto funcionamiento de la administración pública, bien jurídico goza de un reconocimiento dogmático y constitucional (existen pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional y de la propia Corte Suprema en favor de su protección).

En el fundamento trigésimo quinto de la casación la corte suprema reconoce que con la venta de influencias reales se estaría afectando a la imparcialidad, objetividad o independencia de la función pública:

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

En este fundamento en el tráfico de influencias simuladas no existe un peligro real de afectar a la imparcialidad funcional, contrario sensu, con la venta de influencias reales sí existiría una puesta en peligro de la independencia o imparcialidad de la administración pública.

En el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, de fecha 02 de octubre del 2015, la Corte Suprema estableció, de una forma más específica, como doctrina legal que en el caso del tráfico de influencias reales el bien jurídico protegido es el “correcto funcionamiento de la administración pública”, mientras que en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el “prestigio y buen nombre de la administración pública” que se ve dañada cuando el sujeto activo lucra a costa de ella:

16° No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400° del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva ex ante en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública. Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad (...)

17°. En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública. Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por

tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad

La decisión de las Salas penales permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, reunidos en Pleno Jurisdiccional, con votación unánime acordaron:

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

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

3.6 Tratados

El flagelo de la corrupción y sus diversas manifestaciones, son dos los instrumentos jurídicos internacionales que comprometen al Perú en su lucha, prevención y control: la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³ (en adelante, “Convención de las Naciones Unidas”) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante, “Convención Interamericana”).

Con relación a la Convención de las Naciones Unidas, debemos señalar que su ámbito de regulación no sólo se limita a la tipificación y aplicación de la ley penal, sino también a establecer medidas de prevención, cooperación internacional, recuperación de activos, asistencia técnica e intercambio de información, entre otros aspectos. Es decir, busca que los Estados signatarios no sólo acojan una política anticorrupción basada en la tipificación de determinadas prácticas corruptas, sino también en la implementación de un marco común de cooperación y transparencia que facilite la detección, probanza y punición de aquellas personas responsables de estos actos, más allá de toda frontera.

Es importante resaltar que dicha Convención aconseja a los Estados parte la tipificación del delito de tráfico de influencias en los siguientes términos:

“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.”

Como se puede apreciar, el artículo 400° del Código Penal peruano incluye el contenido esencial mínimo que el instrumento jurídico referido prescribe: la sanción de un pacto de interferencia en el funcionamiento de la cosa pública. Sin embargo, se evidencia que el legislador peruano, sin justificación, ha tratado de limitar sobremanera su ámbito de aplicación. Así, por ejemplo, la tipificación actual del tráfico de influencias en el Perú sólo sanciona de manera expresa al traficante o vendedor de influencias; lo cual ha traído serias discusiones sobre la punibilidad o impunidad del tercero interesado. Suscrita y ratificada por el 31 de octubre de 2003 y aprobada por el Perú el 6 de octubre de 2004, respectivamente. Su entrada en vigencia fue en diciembre de 2006.

Aprobada y ratificada por el Perú el 24 de marzo de 1996 y el 21 de marzo de 1997, respectivamente. Su entrada en vigencia fue en mayo de 1997.

Sin embargo, acudiendo a las reglas básicas de autoría y participación, es perfectamente posible que este responda a título de cómplice o instigador, siempre y cuando las circunstancias del caso en concreto lo permitan;

máxime si, precisamente, este se constituye en un partícipe necesario. Lo mismo puede decirse de la restricción establecida en el artículo 400° del Código Penal al circunscribir el tráfico de influencias para situaciones compatibles con un caso judicial o administrativo, en tanto que lo aconsejado por la Convención es irrelevante al respecto, bastando para tales efectos que las influencias se dirijan a cualquier acto o decisión de un funcionario público.

De otro lado, la Convención Interamericana no prevé una recomendación específica sobre la tipificación del delito de tráfico de influencias. No obstante, en atención a las finalidades que se plantea, puede colegirse que la tipificación de los actos de corrupción en los ordenamientos jurídicos nacionales deberá decantarse por sancionar todos aquellos actos que representen un menoscabo al correcto y normal funcionamiento de la función pública. Solo de ese modo podría hablarse de una política eficiente de control, prevención y lucha contra la corrupción. De ahí, nuevamente, que las restricciones impuestas por el legislador peruano al artículo 400° del Código Penal, no sean las más acordes con lo regulado por el presente instrumento jurídico internacional.

IV. Conclusiones

- Sancionar las influencias simuladas bajo justificación que se lesiona el correcto funcionamiento de las entidades públicas no tiene coherencia.
- En la doctrina penal peruana, la posición mayoritaria es de opinión que esta modalidad delictiva no posee capacidad lesiva para afectar el bien jurídico que se pretende tutelar, por lo tanto, es mejor descriminalizar esta conducta.
- Las imprecisiones existentes en los delitos de tráfico de influencias, genera dificultad para imputar el delito.
- El delito de tráfico de influencias es un delito común, los sujetos (agentes) no poseen la cualidad especial de funcionario o servidor público, en donde el bien jurídico es el buen funcionamiento de la administración pública.
- Las influencias simuladas, el sujeto activo invoca o alega tener influencias que en estricto no las tiene, son falsas o simuladas y sobre esa base ofrece intermediar por el interesado ante un funcionario público.
- Cualquier funcionario o servidor público que invoque influencia y reciba dinero a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público comete delito de tráfico de influencia.

- la Convención Interamericana no prevé una recomendación específica sobre la tipificación del delito de tráfico de influencias, sin embargo, plantea que la tipificación de los actos de corrupción en los ordenamientos jurídicos nacionales deberá decantarse por sancionar todos aquellos actos que representen un menoscabo al correcto y normal funcionamiento de la función pública.

V. Aporte de la investigación

Tomando de base la legislación Paraguaya para el Delito de materia de ésta investigación, en su Ley N° 2523 “Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y el Tráfico de Influencias; sería conveniente que el Delito de Tráfico de Influencias sea regulada por su propia Ley, acción que permitirá tipificar con precisión la tipificación de la influencias reales y las simuladas.

Asimismo, las imprecisiones en la tipificación del delito de tráfico de influencias, artículo 400° del código penal peruano amerita la imperiosa necesidad de que se establezca una unificación de criterios en los magistrados al momento de administrar justicia en procesos por el delito de tráfico de influencias.

VI. Recomendaciones

El tráfico de influencias se encuentra muy relacionado con los lobbys, estos grupos de poder que son muy influyentes, especialistas en presionar en favor de determinados intereses sobre todo en personas que han de legislar para ofrecerles información para conseguir normas que sean más favorables, pero es la falta de regulación de estos grupos de presión, lo que hace que sean confundidos y calificados como tráfico de influencias, sin embargo, no se debe confundir, el lobby defiende sus intereses mientras que el tráfico de influencias es aquella conducta en que se busca sacar provecho de otro para lograr su objetivo, por lo tanto, no se debe confundir al momento de tipificar los hechos, toda vez que la consecuencia directa de ello es la deslegitimación de las autoridades estatales y la perturbación de las bases democráticas del Estado, a razón a la desconfianza de la ciudadanía, por lo tanto, sería positivo modificar el artículo 400° del código penal.

VII. Referencias bibliográficas

- 1) GUIMARAY MORI, Erick. “Estudios Críticos sobre el delito de Tráfico de influencias”. Estudios Críticos sobre el delito de corrupción de funcionarios. Lima: IDEHPUCP, 2012, pp. 105 y 106. Disponible en <https://bit.ly/2LgUXYS>. Consulta: 3 de octubre de 2019.
- 2) TORRES PACHAS, 2012, p. 6. Disponible en: <https://bit.ly/2VOci0a>.
- 3) TORRES PACHAS, David. “Gestión de intereses y el delito de tráfico de influencias”. Boletín Anticorrupción. Lima: IDEHPUCP, 2012, pp. 23 y 24. Disponible en: <https://cutt.ly/IeiiUMD>. Consulta: 5 de octubre de 2019. En cierta medida esta posición también la sigue HURTADO POZO, José. “Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias”. Anuario de Derecho Penal disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_12.pdf. Consulta: 10 de diciembre de 2019.
- 4) ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 4ta edición. Lima: Grijley, 2007, p. 794.
- 5) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. 2da edición. Lima: Palestra, 2003, p. 531.
- 6) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5ta edición. Lima: Grijley, 2019, p. 706.
- 7) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. 2da edición. Lima: Palestra, 2003, p. 531.