

# El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune! (\*)

Julio A. Rodríguez Delgado (\*\*)

## 1. Introducción

Resulta particularmente interesante el debate generado en torno al delito de tráfico de influencias en estos últimos años, claro está, eso se debe al papel que jugó la Procuraduría *ad hoc* encargada de defender los intereses del Estado en la persecución de la criminalidad vinculada a la red de corrupción del ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos Torres, durante el régimen de Alberto Fujimori Fujimori.

Ahora bien, es un indicativo muy particular que la dogmática nacional se haya dividido en dos. Es decir, de un lado algunos autores, vinculados a la Procuraduría *ad hoc*, mantienen una posición en la cual sostienen que el solicitante de influencias debe ser castigado como cómplice, y de otro lado, un grupo de autores que establecen que es incorrecto el castigo del solicitante como cómplice en el tráfico de influencias, e incluso algunos que llegan al extremo de establecer la imposibilidad de que el “comprador de humo” sea castigado como instigador o inductor.

Ya en su momento, me incliné porque los delitos contra la Administración Pública deben ser considerados como parte de los delitos propios de la criminalidad de la globalización<sup>(1)</sup>, pues como lo señalé, dicha criminalidad tiene algunas características propias, que Silva Sánchez destaca muy acertadamente, como el ser una criminalidad de los poderosos, internacional y organizada. Pero

estos rasgos descritos de forma genérica acarrear ciertas características propias en el Derecho Penal que se pueden percibir, no específicamente en la implementación de tipos especiales por el sujeto activo (salvo algunas modificaciones puntuales para los delitos funcionales, como es el caso del delito de lavado de activos), sino sobretudo en la interpretación que de ellos han hecho algunas de las personas encargadas de su persecución. Dentro de estas características particulares está la presencia de tipos penales de peligro (mayormente de peligro abstracto), la tipificación a través de normas penales en blanco, la flexibilización de las reglas de imputación, en buena cuenta un Derecho Penal menos garantista<sup>(2)</sup>, y además eso conlleva a la aparición de un Derecho Penal de dos velocidades, que claramente no encaja dentro de los parámetros en los que se estructura la teoría del delito<sup>(3)</sup>.

Definitivamente, ello escapa a la finalidad que mayoritariamente se le da al Derecho Penal, que además es la opción adoptada por el Código Penal, que en su artículo IV del Título Preliminar prevé la tutela de bienes jurídicos o su efectiva puesta en peligro. No obstante, no es extraño el empleo del Derecho Penal desde su lado más oscuro, donde puede ser una importante arma de poder, más aun si a través de su aplicación se vulneran principios elementales y básicos que son el sustento de cualquier sistema jurídico que se dice perteneciente a un Estado Democrático de Derecho<sup>(4)</sup>.

(\*) Este artículo nuevamente es una contestación al artículo publicado por el Doctor José Reaño Peschiera en *ius et veritas*. Número 28. Como siempre espero que el debate académico siga siendo alturado, y que subsistan las amistades a pesar de las discrepancias teóricas.

(\*\*) Abogado por la PUCP, Master en Derecho Penal por la Universidad de Barcelona (España), Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona (España), Profesor de la Maestría de Derecho Penal de la PUCP, Profesor del Doctorado y de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad San Martín de Porres y Profesor de Derecho Penal de la Academia de la Magistratura.

(1) RODRIGUEZ DELGADO, Julio. *El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables?* En: *ius et veritas*. Número 24. p. 264. Para ello me baso en lo señalado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2da. edición. Madrid: Civitas, 2001. Aun cuando en aquella oportunidad cité la primera versión de dicha obra, la misma que en ese extremo no ha sufrido cambio alguno.

(2) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. cit.*; pp. 81 y 82.

(3) Más detalle respecto al derecho Penal de dos velocidades se puede ver en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. cit.*; pp. 90 y siguientes.

(4) Así lo destaca de forma muy acertada GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunas Consideraciones en torno al Delito de Tráfico de influencias (Artículo 400 del Código Penal)*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo LXXXVIII. 2001. p. 59.

Durante los últimos 5 años en que se empezó la lucha contra la corrupción, sobretodo respecto de la organización criminal montada por Montesinos Torres durante el régimen de Alberto Fujimori Fujimori, se ha materializado una posición jurisprudencial y doctrinaria, disímil y antagónica respecto a varios delitos (sobretodo para el tráfico de influencias, peculado, asociación ilícita para delinquir, entre otros). Estas decisiones judiciales han generado mucha controversia, pues algunos procesados las han utilizado para hacerse ver como “perseguidos” de una justicia ansiosa de condenar aunque no existan razones suficientes para ello. Este tiempo que ha transcurrido, permite hacer una valoración del desempeño del llamado “Sistema Anticorrupción”. Lamentablemente, el resultado global de dichas evaluaciones solo puede ser negativo, ya que muchas de las personas condenadas han sufrido una persecución que ha sobrepasado el marco del principio de legalidad<sup>(5)</sup>, y en otros casos se han visto respuestas bastante flexibles y blandas. En definitiva, respuestas contradictorias que solo confunden a la opinión pública, y no permiten generar el efecto de seguridad jurídica y de confianza en el sistema de justicia penal en la colectividad.

Solo hay que tomar en cuenta el elevado número de personas que aún están detenidas, sin que exista condena (con plazos de detención preventiva que han pasado de los 9 meses a los 36 meses en menos de 2 años, y con aplicación retroactiva de la norma penal más perjudicial), una larga lista de procesados en espera del inicio del juicio oral, una, no menos larga, lista de investigaciones preliminares inconclusas, pero por el contrario una lista corta, muy reducida, de procesos concluidos.

Esta actuación de la justicia anticorrupción, ha generado un debate muy interesante en los ámbitos locales de discusión acerca de la problemática vinculada al rol que le toca jugar al citado sistema, y el que efectivamente esta teniendo. Sin embargo, se trata de un debate desfasado en el tiempo, pues ya hace más de un siglo que la separación entre Derecho Penal y moral, dejó de ser tema a discutir<sup>(6)</sup>. Pero por el contrario, la percepción que se tiene de la actuación del referido sistema de justicia es muy dramático, pues las opiniones van desde tildarlo de ser un

instrumento político del gobierno de turno, hasta el ser los reivindicadores de la moral pública dañada profundamente con los actos de corrupción del régimen de Fujimori Fujimori, pasando por el hecho de calificarlos como perseguidores implacables (al más puro estilo de la Santa Inquisición), magistrados parcializados, magistrados honestos y probos, entre otros.

Lo cierto es, que como pocas veces, los medios de comunicación social y la colectividad en general han tomado un interés particular en el desenvolvimiento de la justicia penal. Pero esta especial coyuntura no ha sido aprovechada por el sistema de justicia penal para generar mayor confianza en la colectividad y para que a través de sus fallos (los mismos que adquieren publicidad de forma inmediata) se pueda dejar en claro que a la justicia penal solo le interesa juzgar los comportamientos delictivos y jamás los comportamientos que merecen un reproche moral, político o social (no jurídico). La justicia no debe, pero por sobretodo, no puede emitir decisiones ligadas a la búsqueda de generar el cumplimiento de preceptos morales, por más que las citadas normas morales tengan un reconocimiento social<sup>(7)</sup>, pues ese rol no es el que le asigna el Estado Democrático de Derecho.

En la actualidad, el panorama de la justicia anticorrupción no resulta muy alentador, pues no creo que exista duda alguna de que los actos de corrupción deban ser castigados con la severidad de las normas penales vigentes al momento de los hechos, en plazos razonables y respetando a “raja tabla” el debido proceso. Pero, todo ello no significa que todas aquellas personas vinculadas con los más conspicuos representantes de los actos de corrupción también tengan que ser castigados, por el solo hecho de haberse reunido con dichas personas, haber gozado de su confianza, o haber tenido vínculos de otra índole (simpatías políticas, personales, amicales, sentimentales etcétera). La sapiencia, propia de una administración de justicia imparcial, objetiva, y racional, solo se verifica en decisiones que puedan separar “la paja del trigo”, en otras palabras, separar culpables de inocentes, y no castigar a todos, so pretexto de la cultura de la sospecha.

(5) Opinión igual se encuentra en GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunas Consideraciones sobre el Delito de Tráfico de influencias al Amparo del Principio de Legalidad en Materia Penal*. En: *Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias*. Lima: Estudios penales, 2003. p. 566.

(6) En virtud al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos hay separación muy clara entre moral y derecho, pues el Derecho Penal no puede tutelar intereses de exclusivo contenido moral, sino aquellos intereses fundamentales que hacen posible la convivencia social pacífica. En sentido similar, se puede consultar MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 7ma. edición. 1era reimpresión. Barcelona: Reppertor, 2005. pp. 129 y siguientes.

(7) La idea de que los bienes jurídicos deben ser el objeto de protección de la norma penal es una posición que es discutida en la dogmática, pero que sin ánimo de entrar a un debate al respecto, debo enfatizar que me inclino por seguir una posición de esa naturaleza, en la que el concepto funcional de bien jurídico permite una concreción material de lo que es merecedor de tutela penal. La tutela de las expectativas contenidas en las normas, dentro del ámbito del rol que debe cumplir una persona, no puede ser objeto de protección en el sistema de justicia penal. De la misma opinión se puede consultar MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; 2005. pp. 166 y siguientes.

## 2. Generalidades

No es necesario entrar al detalle de lo señalado en el trabajo anterior, pero si resulta importante hacer un breve recuento de los principales argumentos que diferencian la tesis de Reaño Peschiera, de la posición que tengo respecto del delito de tráfico de influencias, y que resaltaré en el presente trabajo con mucho mayor nivel de detalle.

El artículo 400<sup>(8)</sup> del Código Penal, que prevé el tipo de tráfico de influencias ha sufrido algunas variaciones que serán materia de análisis detallado. No obstante ello, su ubicación sistemática da un indicativo muy claro de lo que el legislador busca tutelar<sup>(9)</sup>, y a partir de allí se establecen los parámetros necesarios para una correcta interpretación del citado tipo penal.

En su oportunidad destaqué, que aun cuando no es lo correcto, tanto desde una perspectiva de técnica legislativa como de política criminal, lo que el legislador peruano protege en este delito es específicamente el prestigio y correcto funcionamiento que los poderes públicos han de rendir a la comunidad<sup>(10)</sup>, siempre tomando como punto de partida el análisis funcionalista, pues debe protegerse la función administrativa pública por ser esta indispensable para reducir la conflictividad social a través de la resolución de las controversias propias de toda sociedad postmoderna<sup>(11)</sup>, que es cada vez más compleja y auto referencial<sup>(12)</sup>. Por ello, el sistema social tiene que crear mecanismos a su interior que permitan la resolución adecuada y la disminución progresiva de la mencionada conflictividad social.

En razón a lo antes mencionado, y en coincidencia con lo expresado en mi anterior publicación, lo que se protege en este delito está constituido por el ejercicio legítimo jurídicamente exigible de la función

pública<sup>(13)</sup>, lo que acarrea consigo que ningún funcionario público podrá actuar fuera de las facultades o límites que le imponga la propia naturaleza de su cargo, debiendo respetar los principios y las normas generales de probidad, objetividad e imparcialidad. Siguiendo la doctrina nacional y la literalidad del delito materia de análisis, lo que se busca proteger va más allá del correcto funcionamiento de la administración pública, es decir, el prestigio y el regular funcionamiento de dicha administración<sup>(14)</sup>. Decidirse por una protección de esa naturaleza, tal como lo destaque en su oportunidad, es muy gaseoso, ambiguo y etéreo. La razón para ello radica en que, en los supuestos de influencias irreales o en el caso de que el traficante no emplee las influencias reales que tiene no se protege el correcto funcionamiento de la administración pública. *Contrario sensu*, en esos casos no entraría jamás en juego, otra cosa que no sea el buen nombre de la administración pública, pero nunca estaría en peligro (ni siquiera abstracto) la administración pública como tal. Razón por la cual, fui muy enfático en señalar que en aquellos supuestos el comportamiento del solicitante de influencias tendría que ser irrelevante para el Derecho Penal<sup>(15)</sup>.

Para evidenciar aun más el error en la tipificación del delito de tráfico de influencias respecto al objeto de protección, es importante tener en cuenta que en los supuestos en donde el autor ejerce las influencias reales que posee, no se vulnera el buen nombre de la administración pública, sino por el contrario se pone en peligro material el correcto funcionamiento de la misma, pues se llega a conseguir que el traficante arribe a un acuerdo ilegal con el solicitante de influencias. Como lo señale en su momento, en esos supuestos lo que podría apreciarse sería la comisión de un delito corrupción

(8) Dicho artículo ha sido modificado por la Ley 28355, del 6 de octubre de 2004, en donde su principal característica esta ligada a una elevación de las penas, y una ampliación de los comportamientos y circunstancias típicas que posteriormente analizaré.

(9) 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.

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.

(10) Al respecto se puede consultar lo afirmado por VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal: Parte Especial*. 3era. edición. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 736.

(11) De esa opinión se puede ver lo expresado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. 2da edición. Barcelona: Barcelona, 1991. p. 366.

(12) A mayor complejidad del sistema social mayor posibilidad de diferenciación. A ello debe agregarse que el sistema social tiene una característica muy puntual que permite explicar como se encuentra en constante cambio y evolución, esto es porque el sistema social es autopoietico (autorreferente); más detalle al respecto se puede ver en LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1997. pp. 89 y siguientes.

(13) Al respecto véase: RODRIGUEZ DELGADO, Julio A. *Op. cit.*; 2002. p. 265. Parafraseando lo señalado por CARMONA SALGADO, C. y otros. *Curso de Derecho Penal Español: Parte Especial*. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 324.

(14) Tomado de ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3era. edición. Lima: Grijley, 2002. p. 556.

(15) Con detalle y bibliografía se puede ver RODRIGUEZ DELGADO, Julio A., *Op. cit.*; p. 266. Manifestando el mismo parecer ver REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *¿Una historia sin fin?: La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias*. En: **ius et veritas**. Número 28. p. 118.

en sentido general, sea colusión desleal o alguna modalidad de cohecho, y en cualquiera de esos casos lo que se lesiona es el correcto funcionamiento de la administración pública y no su “buen nombre”<sup>(16)</sup>. Por ello, me reafirmo en la naturaleza supraindividual del bien jurídico objeto de tutela ya que dicha entidad protegida por el sistema de justicia penal, tiene una naturaleza institucional.

Finalmente, destaqué, siguiendo lo señalado por Silva Sanchez-Joshi, Jubert<sup>(17)</sup>, que el bien jurídico objeto de tutela en el presente delito de acuerdo a la decisión política-criminal hecha por nuestro legislador es la imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad y el buen nombre y credibilidad de la Administración Pública<sup>(18)</sup>, dentro de los límites propios de carácter eminentemente general de defensa del interés de la colectividad. Esta concepción del bien jurídico, tiene en el caso nacional un reconocimiento normativo expreso en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal (principio de lesividad), y cumple una función interpretativa del tipo penal, que además genera un límite necesario de la mano de los intereses de la sociedad en general<sup>(19)</sup>.

Adicionalmente, considero desde una perspectiva respetuosa del principio de legalidad y de lesividad que las influencias simuladas no afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y por ello no debería de tipificarse tales comportamientos. También resulta importante tener en consideración que la protección del buen nombre de la Administración Pública implica determinar (para no caer en conceptos sin contenido semántico) si efectivamente la Administración Pública tiene un buen nombre que tutelar. Ello nos llevaría a acudir a encuestas, o cualquier otra modalidad de medición de la opinión de la sociedad respecto al grado de satisfacción, credibilidad y objetividad de la Administración Pública en general, con todos los problemas que ello acarrea desde el prisma especial con que observa el entorno social el Derecho Penal. En otras palabras, resulta incuestionable que ello es imposible, e implica construir bienes jurídicos

puramente formales, por lo que las influencias simuladas deberían ser casos de estafa impropia, y por tanto comportamientos absolutamente atípicos.

Por ende, resulta irrefutable, que a la luz de la redacción por la que ha optado el legislador, el delito bajo análisis es de mera actividad tal como también lo ha establecido la legislación española<sup>(20)</sup>; pues la conducta exige en el sujeto activo un ofrecimiento de interceder, sin comprometerse con el resultado<sup>(21)</sup>. Es también un delito alternativo en cuanto a las modalidades típicas para su configuración, aunque requiere una pluralidad de elementos para que se configure la conducta típica, sin los cuales la citada conducta devendría en penalmente irrelevante. Además, como también lo resalte en mi anterior trabajo, se trata de un delito que constituye un acto preparatorio de otros delitos de corrupción. Ello significa que el legislador ha entendido que el tráfico de influencias ya significa un especial peligro para el bien jurídico que está protegido en los delitos de corrupción, y por eso realiza una excepción a la impunidad de todos los actos preparatorios<sup>(22)</sup>.

Por otro lado, en cuanto al sujeto de la conducta, la primera parte del artículo no exige en el sujeto activo del mismo una condición especial (delito común), pero en la segunda parte, el legislador castiga como agravante del tipo básico los casos en que la conducta sea perpetrada por un funcionario público.

También lo destaqué en su oportunidad, que desde un punto de vista fáctico, el autor debe contar con la posibilidad material de influenciar a un funcionario o servidor público en proceso administrativo o judicial, que ha de conocer, esté conociendo o que haya conocido<sup>(23)</sup> los hechos controversiales. Me reafirmo en la necesidad que el sujeto activo del injusto cuente con vínculos reales con los funcionarios públicos objeto del acto de tráfico, que le permitan tener las influencias o la capacidad de simularlas, pues de lo contrario el bien jurídico objeto de tutela ni siquiera entraría en un peligro remoto.

(16) Al respecto consultar RODRIGUEZ DELGADO, Julio A., *Op. cit.*; p. 266; afirmación hecha siguiendo lo opinado de forma acertada por la doctora GARCÍA CANTIZANO.

(17) Así se establece en RODRIGUEZ DELGADO, Julio A. *Op. cit.*; p. 266.

(18) En sentido similar, afirmando que lo que se tutela es la imparcialidad y la objetividad como mecanismo para que la función pública defienda los intereses generales y no los particulares, véase: DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 229 y 230.

(19) Aun cuando REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 110, se inclina por una tesis normativista que no tiene mayor reconocimiento en el texto nacional, e incluso es en su país de origen (Alemania) dogmática minoritaria. Por ello, no se trata de una tesis tradicional, sino por el contrario el respeto a uno de los principios rectores del sistema de justicia penal peruano.

(20) Más detalle en CARMONA SALGADO, C. y otros. *Op. cit.*; p. 391.

(21) Más detalle sobre los tipos de mera actividad se puede ver en MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 225.

(22) La regla es que todo acto preparatorio es impune, y excepcionalmente el legislador puede castigar, mediante expresa tipificación, aquellos actos previos a la ejecución de un delito en la medida que pongan en peligro material otros bienes jurídicos; siendo la razón por la que los actos preparatorios punibles son delitos de mera actividad y de peligro. Al respecto ver MIR PUIG, Santiago. *Ibid.*; pp. 239 y siguientes.

(23) Así véase RODRIGUEZ DELGADO, Julio A. *Op. cit.*; p. 266.

Se trata de un delito de encuentro<sup>(24)</sup>, el mismo que se caracteriza por la necesidad de que el solicitante de influencias colabore con el sujeto activo del injusto, es decir, se está ante un supuesto de participación necesaria, en donde se entiende que si el interesado no sobrepasa la participación que requiere el tipo, permanece impune<sup>(25)</sup>. Aquí aparece la primera inconsistencia argumentativa de Reaño Peschiera, pues señala que “el interesado que acepta una propuesta de tráfico de influencias no es víctima del delito que contribuye a consumar con su aporte, pues el tipo penal no está orientado a su protección”<sup>(26)</sup>. La tesis de impunidad del partícipe necesario en el delito de tráfico de influencias radica en el hecho de no excederse en la asignación de su rol<sup>(27)</sup> típico, y además parte del supuesto de que el partícipe necesario no es el objeto de protección, pues de lo contrario, esto es, el ser el objeto de tutela generaría que su comportamiento siempre sea considerado impune<sup>(28)</sup>. En definitiva, la alusión de Reaño Peschiera a la situación de ausencia de objeto de tutela en dicho tipo del solicitante de influencias no cambia en nada su situación de impunidad, siempre y cuando permanezca dentro del rol que se le asigna. Además, resulta claro que en los delitos de estafa o usura, la víctima no es el objeto de tutela del tipo. Para el primer caso, lo que se encuentra protegido es el patrimonio, entendido como un componente que tiene que tomar en cuenta aspectos económicos, pero sobretodo el aspecto jurídico<sup>(29)</sup>, pero ello no significa que el Derecho Penal proteja a la víctima *per se*, sino al bien jurídico patrimonio (por eso puede ser una persona la engañada, otra la que hace la disposición patrimonial y una tercera la perjudicada). Para el segundo caso, lo que se protege es el sistema crediticio desde una perspectiva económica<sup>(30)</sup>, y es la razón por la que se le considera un delito socioeconómico, en donde el bien jurídico es colectivo. No se protege a la víctima del préstamo usurero, por ello resulta indiscutible que en todos esos delitos al Derecho Penal no le interesa de forma directa la tutela de la víctima<sup>(31)</sup>.

Uno de los temas más importantes de discusión en el delito de tráfico de influencias se ha centrado sobre la autoría y la participación. Ya en su oportunidad reconocí que dicho delito ofrece un grado elevado de complejidad en la relación que se presenta entre el traficante y el solicitante de influencias, y los diversos casos que se han tratado en los “procesos anticorrupción” han hecho que exista una discusión muy rica. Las posturas al respecto van desde la afirmación que el solicitante es impune, hasta que debe ser castigado como instigador, pero pasando también por la posibilidad de ser castigado como cómplice. No intento en este trabajo generar un debate respecto a la forma de comprender la autoría y participación, pero sí a dar algunas pautas para poder comprender, a la luz de lo establecido en nuestro Código Penal, como puede ser concebida la relación entre autores y partícipes, y como el “partícipe necesario” merece un tratamiento especial y diferenciado.

Comenzaré señalando que aun cuando el partícipe necesario exceda su rol y merezca castigo a título de instigador o inductor, la pena que le corresponderá no debe ser igual a la que le corresponde al autor<sup>(32)</sup>. Si bien es cierto que de acuerdo a lo previsto por el artículo 24 del Código Penal, al inductor le corresponde la misma pena que al autor del hecho, también lo es que esa referencia hace alusión tan solo a la pena conminada y no a la pena concretizada, pues definitivamente mayor peligrosidad y lesividad representa para la sociedad la conducta del autor que la del inductor. El inductor nunca participa en la fase de ejecución del delito, pues de lo contrario pasaría a ser coautor, por ello quien dirige su comportamiento a la afectación del bien jurídico o a su efectiva puesta en peligro es el autor, lo que permite fundamentar una mayor pena concretizada. Además, el autor es el dueño del hecho punible, desde un concepto restrictivo conforme lo define la teoría del dominio del hecho<sup>(33)</sup>, y de allí que a efectos jurídico penales, axiológicamente su conducta sea más grave que la del inductor.

(24) En doctrina nacional lo destaca así GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Op. cit.*; p. 562.

(25) Esta es la posición seguida por un importante sector de la doctrina en estos delitos, y también la que el Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania mantiene, más información se puede consultar en MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 232.

(26) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p.100.

(27) El concepto de rol, que tiene su origen en la definición de Dahrendorf, está hoy en día más ligado a las expectativas de la sociedad, e implica una orientación del comportamiento de los seres humanos, que por asumir el rol que les corresponde, pierden en alguna medida su individualidad. Al respecto consultar PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación*. Barcelona: Bosch, 2005. p. 147.

(28) Así lo destaca MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 233; y también JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal: Parte general*. 3era. edición. Volumen II. Barcelona: Bosch, 1981. p. 969.

(29) Así lo afirma PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Barcelona: Marcial Pons, 2004. pp. 64 y siguientes.

(30) Al respecto véase BRAMONT ARIAS, Luis y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. *Manual de Derecho Penal*. 4ta. edición. Lima: San Marcos, 1998. p. 427.

(31) En sentido contrario véase: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 102; quien afirma que de manera mediata se protege a la víctima de la usura pero sin sustento dogmático al respecto.

(32) De forma contraria, sin mayor justificación, opina REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Ibid.*; p. 102.

(33) Así lo destaca MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 372.

El sujeto activo del delito de tráfico de influencias es la persona que “(...) invocando influencias (...) recibe, hace dar o prometer para si o para un tercero donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder (...)”<sup>(34)</sup>, conducta que además deberá poner en peligro el bien jurídico protegido. Es autor quien invoca las influencias -reales o simuladas-, para obtener del interesado una promesa o ventaja (un concreto beneficio)<sup>(35)</sup>, ofreciendo interceder ante un funcionario público. A esta persona la conoceremos también como el traficante de influencias.

Ahora bien, resulta importante tener en cuenta el concepto de autor a seguir a efectos determinar la relación que se presentará con los demás sujetos intervinientes, y debo partir de la idea de que los intervinientes en el hecho (cómplices) merecerán reproche en la medida en que sus aportes sean hechos en fase de ejecución. Resulta un contrasentido castigar al cómplice que realiza un aporte en fase anterior a la ejecución si por dicho acto al autor se le reputará siempre impune<sup>(36)</sup>. Por ello, resulta más consecuente con la idea de responsabilizar personalmente a los que intervienen en el hecho, castigar la complicidad que se realiza simultáneamente con los actos de ejecución del autor, pues toda intervención que se realiza antes de iniciarse la ejecución es penalmente irrelevante<sup>(37)</sup>.

Verbigracia, en todos los “procesos anticorrupción” se aprecia que Montesinos Torres es el autor del delito. Esta condición de sujeto activo no es objeto de debate ni discusión, pues resulta obvio que el ex asesor se jacta en numerosos vídeos de tener grandes influencias en el Poder Judicial, las mismas que él ofrece a sus invitados en las reuniones en sus oficinas en el Servicio de Inteligencia Nacional. Por ello, no es conflictiva en este tipo penal la situación del autor, sino la de los partícipes.

Pero de acuerdo al concepto de autor que se maneje se podrá entender la relación con la participación. Hoy en doctrina no se cuestiona que el concepto de autor es netamente dogmático o doctrinal<sup>(38)</sup>, pero tampoco hay mayor discusión en lo que concierne a la comprensión del concepto de autor como uno de naturaleza restrictiva<sup>(39)</sup>. Así pues, autor será considerado el sujeto que realiza la acción por si mismo controlando o dominando la sucesión de los elementos que conforman la conducta típica, o manteniendo dicho dominio y control conjuntamente con otros (dominio funcional del hecho), o valiéndose de un instrumento que ejecuta el hecho bajo el dominio del sujeto<sup>(40)</sup>. De esta concepción de autor se desprende la autoría directa, autoría mediata y la coautoría<sup>(41)</sup> siempre entendidos como una clase de tipos, llamados “tipos de autoría”<sup>(42)</sup>, bajo una definición de la teoría del dominio del hecho (que se centra en el control material del hecho), siendo éste uno de los criterios que debe tomarse en cuenta para imputar el hecho a título de autor<sup>(43)</sup>, sin dejar de reconocer que el autor frente al hecho tiene una relación de pertenencia, y un rol protagónico<sup>(44)</sup>.

También están los llamados “tipos de participación” los mismos que se contraponen a los “tipos de autoría”<sup>(45)</sup> antes detallados. La participación puede ser subdividida en complicidad e instigación (o inducción). Cómplice es la persona que dolosamente ayuda al sujeto activo a cometer el hecho injusto, implica por ello la intervención en un hecho ajeno<sup>(46)</sup> de forma dolosa<sup>(47)</sup>. La participación (y por ello la complicidad) está regida por una serie de principios: principio de la accesoriedad limitada de la participación, principio de convergencia, principio de exterioridad, y principio de incomunicabilidad<sup>(48)</sup>. En primer lugar, el principal principio es la accesoriedad limitada, el mismo que implica que la complicidad existe si es que hay un autor material de los hechos penalmente relevantes<sup>(49)</sup>. En segundo

(34) Texto extraído del propio artículo 400 del Código Penal de 1991.

(35) Esta cita cobra mucha importancia, pues el agregado que le ha hecho el legislador al artículo 400 del Código Penal (beneficio) no cambia en nada este aspecto del comportamiento típico. Así ya lo destaco en su momento: GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Op. cit.*; p. 61.

(36) Así también lo destaca ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Barcelona: Marcial Pons, 2003. pp. 151 y 152.

(37) De este criterio se puede ver ROBLES PLANAS, Ricardo. *Ibid.*; p. 152.

(38) Al respecto consultar MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 366.

(39) Así también lo resume MIR PUIG, Santiago. *Ibid.*; p. 370 y siguientes; quien destaca que en la jurisprudencia española se mantiene un concepto restrictivo de autor dentro de los parámetros de las teorías objetivo-formal y objetivo-material. De igual manera, señala que la dogmática española de forma mayoritaria, al igual que el caso alemán, se rigen bajo la teoría del dominio del hecho.

(40) Así lo diferencia JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte general*. 4ta. edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. pp. 594 y 595.

(41) De esta forma lo recoge el artículo 23 del Código Penal.

(42) Lo destaca acertadamente MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 366.

(43) Al respecto véase MIR PUIG, Santiago. *Ibid.*; p. 373. El mismo criterio mantiene ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*; p. 157.

(44) De esta opinión se puede véase MIR PUIG, Santiago. *Ibid.*; p. 373.

(45) Así lo señala MIR PUIG, Santiago. *Ibid.*; p. 396.

(46) En el mismo sentido ver MIR PUIG, Santiago. *Ibid.*

(47) Al respecto consultar VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Grijley, 2006. p. 520.

(48) Con ese nivel de detalle véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ibid.*; pp. 497 y siguientes.

(49) Más detalle en MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp. 398 y siguientes.

---

“(…) resulta indiscutible que el delito de tráfico de influencias permite que puedan existir casos de complicidad, pero el “comprador de influencias” no puede ser considerado como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal (..).”

---

lugar, el principio de convergencia exige que entre el autor y el cómplice exista una orientación hacia la realización conjunta del hecho punible<sup>(50)</sup>. En tercer lugar, el principio de exterioridad que establece la imposibilidad de castigar los actos preparatorios del partícipe, ya que tampoco son punibles los del autor, por ello la participación en la tentativa es punible pero no el intento de participación (participación tentada)<sup>(51)</sup>. Finalmente, el principio de incomunicabilidad, que establece que las cualidades o circunstancias personales que se presentan en alguno de los intervinientes en el hecho ilícito no se comunican (o transfieren) a los demás sujetos<sup>(52)</sup>.

Entendidos así los “tipos de autoría” y los “tipos de participación”, resulta importante tener en cuenta que dicha estructura es similar para los delitos de resultado como para los delitos de mera actividad<sup>(53)</sup>, aun cuando ciertas explicaciones solo pueden ser hechas para los delitos de resultado. Esta importante consideración no la tuvo en cuenta Reañó Peschiera<sup>(54)</sup> pues explicó la intervención de un cómplice en el delito de tráfico de influencias (delito de mera actividad), a partir del símil de la obra teatral, el mismo que solo es aplicable para el caso de los delitos de resultado. Si a ello se agrega, su posición respecto al interviniente en el delito el mismo que debería ser competente respecto de la totalidad del hecho, posición que solo sirve para graduar la pena y además dicha concepción de la participación no permite una diferenciación entre coautor y cómplice, y tampoco restringe la autoría a la fase de ejecución<sup>(55)</sup>, nuevamente se parecía a la existencia de una incoherencia teórica. Por ello, la posición

doctrinal antes mencionada considera que todas las aportaciones en sentido del ilícito penal serían equivalentes entre sí, lo cual es un contrasentido pues parece ser una regresión al concepto unitario de autor, ya rechazado largamente por la dogmática penal<sup>(56)</sup>, y además es conveniente establecer que si declara autor al interviniente, por ser competente por el hecho, se formularía una pura tautología que confundiría el concepto de autor basado en la teoría restrictiva<sup>(57)</sup>. En esos casos, la obra es el “resultado” al que la voluntad de los intervinientes se dirige de forma conjunta pero ello no sucede en los delitos de mera actividad, pues no existe un resultado común a donde confluya la voluntad de los intervinientes. Para ello, solo basta poner como ejemplo: el caso del sujeto que conduce su vehículo motorizado al que su copiloto le alcanza una botella de cerveza a pedido de dicho conductor, bebiendo mientras conduce, y el copiloto le sostiene la botella, quien se la va alcanzado cada vez que se lo solicita. Este caso de delito de conducción bajo los efectos del alcohol, permite ver que solo él conductor domina el hecho, solo él puede conducir bajo ese estado, y por tanto el símil de la obra de teatro no resulta aplicable, pues el delito se configura en el preciso momento en el que el conductor supera los 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre. Para llegar a ese nivel de alcohol, si bien es cierto que el copiloto le pasa la botella de cerveza, también lo es que dicha persona no interviene en la conducción ni ayuda a conducir, que es el núcleo del tipo penal, ni tampoco conoce en que momento su comportamiento es ilícito o si solo se trata de un acto penalmente irrelevante, pues no tiene cómo saber en que instante el piloto supera los límites de alcohol permitido.

### 3. La complicidad

Ya lo destacué de forma clara en la publicación anterior<sup>(58)</sup>, estoy de acuerdo en que es posible hablar de complicidad en el Tráfico de influencias, siempre y cuando el cómplice ayude al autor a invocar influencias. Esto se puede entender mucho mejor con un ejemplo sencillo. Tenemos a X (litigante), que tiene un juicio en el despacho de Y; a X se le acerca W diciéndole que tiene muchas influencias con Y,

(50) Más información en VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*; p. 497.

(51) Destacando ello véase: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ibid.*; p. 500.

(52) Más detalle véase: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ibid.*; p. 501.

(53) Detalles respecto a la clasificación de los tipos penales en delitos de resultado y de mera actividad se puede encontrar en MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp. 225 y siguientes.

(54) Al respecto véase REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 105.

(55) Así lo señala SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones Básicas del Derecho Penal en los Umbrales del Tercer Milenio*. Lima: Idemsa, 2006. p. 281.

(56) En detalle respecto a la crítica de esta posición seguida por Jakobs véase SCHÜNEMANN, BERD. *Ibid.*; p. 283.

(57) Tomado de SCHÜNEMANN, Bernd. *Ibid.*; p. 284.

(58) Consultar en RODRIGUEZ DELGADO, Julio A. *Op. cit.*; p. 269.

afirmando que a cambio de unos cientos de dólares le puede solucionar su problema; en la conversación está presente Z (secretario judicial del Juzgado de Y), quien corrobora las influencias y relaciones que tiene W con Y.

A partir del ejemplo anterior se puede apreciar como la conducta típica del delito de tráfico de influencias consiste en invocar influencias (comportamiento de W) con el fin de obtener una ventaja para sí o para un tercero (en el ejemplo, los cientos de dólares) a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo, haya conocido o vaya a conocer un caso judicial o administrativo (en el ejemplo, solucionar el juicio que tiene en el despacho judicial de Y). Además, se aprecia que el cómplice es quien ayuda en el proceso de invocar influencias o de realizar actos de gestión ante el funcionario público (la conducta de Z) para obtener una resolución favorable a los intereses del “comprador de influencias” (lo que sucede con X). En razón de lo antes señalado es cómplice quien realiza un aporte material (o psicológico)<sup>(59)</sup> dirigido a auxiliar al autor a una completa realización del tipo penal<sup>(60)</sup>. De acuerdo a lo afirmado anteriormente, resulta indiscutible que el delito de tráfico de influencias permite que puedan existir casos de complicidad, pero el “comprador de influencias” no puede ser considerado como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al “solicitante de influencias” en la realización del verbo rector del tipo penal, invocar influencias. Afirmar lo contrario constituye un error, puesto que si la intervención del “solicitante de influencias” no sobrepasa el rol típico que el delito le asigna, su comportamiento debe ser considerado absolutamente atípico.

Hasta aquí, se puede arribar a una conclusión preliminar, la persona que realiza la promesa o

entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice del delito de tráfico de influencias. En otras palabras, el “solicitante o comprador de influencias” no es ni coautor ni partícipe en el comportamiento típico del indicado delito. La propuesta de Reaño Peschiera<sup>(61)</sup> de entender como punible el rol típico del “solicitante de influencias”, a título de cómplice primario, no tiene sustento material ni dogmático; ya que, como lo he mencionado anteriormente, el “comprador de influencias” no presta colaboración alguna en la perpetración del delito, pues es el “partícipe necesario” de los delitos de encuentro (que, como su nombre lo indica, se trata de un encuentro de voluntades con metas similares desde ángulos distintos<sup>(62)</sup>). En los delitos de encuentro se requiere necesariamente que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo, y según lo entiende Mir Puig<sup>(63)</sup>, el tratamiento del partícipe necesario tiene dos posibilidades: “a) Si la intervención del sujeto pasivo no sobrepasa la participación que requiere el tipo, permanece impune. b) Si el sujeto pasivo sobrepasa la intervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma innecesaria, su conducta debe castigarse<sup>(64)</sup>. Ello significa, que solo la colaboración “innecesaria” o extralimitándose del rol típico merece castigo, la colaboración “necesaria” o la parametrada dentro del rol típico es impune<sup>(65)</sup>. Esta última posibilidad contiene una excepción, que es que dicha colaboración, aun cuando innecesaria, la haya incorporado el legislador en un tipo independiente o diferenciado<sup>(66)</sup>, ya que se busca que, incluso en los casos en que la iniciativa parta del “partícipe necesario”, estos supuestos no deban ser penalizados, salvo casos muy excepcionales en donde el legislador expresamente lo determine<sup>(67)</sup>.

El legislador nacional ha incorporado varios delitos de encuentro a lo largo del Código Penal, y

(59) Con detalles se puede consultar: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*; p. 521.

(60) Así lo concibe JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 816.

(61) Ello se aprecia a lo largo del trabajo en REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; Pero que ya lo había afirmado desde REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del “caso Montesinos”: Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?* En: *ius et veritas*. Número 23. p. 297.

(62) “En los delitos de encuentro, las manifestaciones de voluntad de los intervinientes se dirigen también a una misma meta, pero desde ángulos distintos, de forma que, en cierta manera, las acciones tienden a encontrarse, como en el caso del favorecimiento de acciones sexuales de los menores de edad (§ 180). Aquí la ley, en preceptos diferenciados, solo conmina con pena a determinados intervinientes, mientras que deja impune a los demás”. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*; p. 636.

(63) De esta forma lo entiende MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp. 232 y 233; siguiendo al Tribunal Supremo de la República Federal Alemana.

(64) MIR PUIG, Santiago. *Ibid.*; p. 233.

(65) Así lo refiere STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General I: El Hecho Punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 373; en donde el autor señala que en los casos en que el texto normativo estipula que la intervención es necesaria en sentido estricto, pero no existe pena estipulada específicamente para ese comportamiento, el mismo queda impune.

(66) Para más detalle véase: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*; pp. 636 y 637.

(67) Tomado de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2001. p. 472. De igual manera lo señala acertadamente GONZALES CAMPOS, Robinzon. *Complicidad Primaria y Secundaria, en Código Penal Comentado, Tomo I: Título preliminar y Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 943.



cuando ha castigado al partícipe necesario lo ha hecho mediante un tipo penal independiente. Así se puede ver el caso del auto aborto, colusión desleal, cohecho, cohecho específico, matrimonio ilegal, entre otros<sup>(68)</sup>. En definitiva, si el legislador nacional hubiese querido penalizar la conducta del partícipe necesario lo hubiese hecho a través de un tipo penal independiente, como en todos los casos anteriormente mencionados, debido a que la dogmática de los delitos de encuentro establece que la participación necesaria no presenta complicación alguna cuando es la propia norma penal la que determina la punibilidad de algunos o todos los colaboradores en forma expresa<sup>(69)</sup>. Nuevamente, Reaño Peschiera<sup>(70)</sup> entra en una contradicción pues cita como ejemplo el caso del delito de matrimonio ilegal, en donde al cónyuge (ya casado anteriormente) se le castiga de acuerdo a lo previsto en el artículo 139 del Código Penal, y a la persona soltera que contrae el matrimonio con el casado (obviamente mediando conocimiento de tal situación) se le castiga por lo previsto en el artículo 140 del Código Penal, con menor pena; es decir, se incorpora expresamente el comportamiento del partícipe necesario como punible, pues el legislador reconoce de forma expresa con esta tipificación que el no incorporar el comportamiento del cónyuge soltero implicaría ausencia de sanción dentro de la concepción integral y sistematizada del texto punitivo. Sin embargo, sorprende aún más el error de Reaño Peschiera<sup>(71)</sup> cuando afirma que el funcionario público que de forma consciente celebra el matrimonio ilegal no tiene castigo expreso en nuestro Código Penal, aun cuando el artículo 141 del citado texto legal prevé de forma expresa el castigo a dicho funcionario. Parece ser que el autor citado no ha tomado en cuenta lo previsto en el referido artículo que además reconoce que el funcionario público tiene un especial deber de protección del bien jurídico, lo cual se traduce con la sanción más grave respecto al cónyuge casado que contrae otro matrimonio, e incluso castiga al funcionario en los casos en donde actúa con trasgresión de las normas de cuidado (prevé un tipo imprudente). En buena cuenta, todo el desarrollo que hace el autor para justificar el castigo del funcionario público en el delito de matrimonio ilegal resulta

estéril, pues nuestro legislador optó por la solución más sensata de acuerdo a la dogmática: la tipificación expresa.

En este orden de ideas, Abanto Vásquez<sup>(72)</sup> afirma que el interesado en el delito de tráfico de influencias es “partícipe necesario”, pero nunca puede ser considerado coautor, pues no es él quien “invoca” ni “ofrece interceder”, por ello señala que el interesado que compra la “influencia” no responderá como cómplice de este delito. Esto tiene su justificación en que el tipo penal sanciona el “tráfico” y los actos que colaboran con éste tráfico. En otras palabras, los actos vinculados a la “venta de la influencia” son punibles, mientras los actos vinculados con la “compra de la influencia” son impunes, pues respecto de ellos no se ha previsto nada específico. Por lo antes señalado y en atención a la interpretación sistemática del Código Penal, se puede concluir que el “comprador de influencias” no puede ser considerado cómplice del delito de tráfico de influencias<sup>(73)</sup>, pues para ello tendría que prestarle auxilio al “vendedor de influencias” en el hecho de la negociación de las mismas.

También, debo destacar que la función teleológica del bien jurídico, como guía de interpretación de los tipos penales, permite descartar la configuración del tipo en la medida que la conducta no lo haya lesionado<sup>(74)</sup>. Resulta, de esta manera, fundamental tener como guía para comprender el tipo penal de tráfico de influencias lo que el legislador ha tutelado, y con ello no cometer errores interpretativos. Este error conceptual se aprecia en Reaño Peschiera<sup>(75)</sup>, pues desconoce que nuestro Código Penal (artículo IV del Título Preliminar) orienta su función tuitiva a los bienes jurídicos, es decir, a la lesión o puesta en peligro de los mismos. Aun cuando, no es el objeto del presente trabajo, conviene destacar que la posición sustentada por Reaño Peschiera<sup>(76)</sup>, respecto a la concepción intelectual del injusto que adopta, no tiene compatibilidad con la opción político criminal a la que se adhiere nuestro Código Penal, pues de la redacción de diversos artículos se aprecia que se concibe al resultado en sentido material. Por ello, tomando en cuenta la definición del bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias (la imparcialidad, objetividad y correcto funcionamiento

(68) Destacando los casos de auto aborto y cohecho véase: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*; p. 308; y con más detalle lo destaca en las páginas 460 y 461, especialmente en la nota al pie de página 14.

(69) Al respecto véase: MAURACH, Reinhart y otros. *Derecho Penal: Parte General*. 7ma. edición. Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 402.

(70) Así se puede apreciar en: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 115.

(71) Así se puede ver en detalle el ejemplo del matrimonio ilegal en: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Ibid.*; p. 115.

(72) De igual opinión se puede consultar ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Op. cit.*; p. 472.

(73) Comparte este criterio ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*; p. 571, quien incluso señala que desde un punto de vista teórico y práctico resulta inadmisibles que el interesado o comprador de influencias pueda ser cómplice.

(74) Para más información al respecto véase: MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 169.

(75) En detalle véase: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 110.

(76) Así lo afirma REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Ibid.*; p. 111.

de la administración pública<sup>(77)</sup>) resulta imposible otorgarle a la participación necesaria del “comprador de influencias” o interesado, relevancia penal que permita su castigo, pues ello no se deduce de la redacción del artículo 400 del Código Penal.

Sin embargo, parece ser que el argumento más importante del autor antes citado radica en el hecho de entender que el ser concurrente necesario solo implica que sin su aporte no es posible que se materialice el delito, pero que su punibilidad o impunidad depende de un análisis del tipo específico<sup>(78)</sup>. No obstante, esta afirmación contradice toda la dogmática de la participación necesaria antes señalada, sin ningún sustento que permita justificar un cambio de posición de esa naturaleza. En ese orden de ideas, se puede apreciar que la interpretación que Reaño Peschiera<sup>(79)</sup> hace de Mir Puig es equivocada toda vez que dicho autor al resumir la posición del Tribunal Supremo de la República Federal Alemana no manifiesta estar en contra de la misma, sino que señala que la doctrina se aparta de ella cuando el sujeto pasivo (partícipe necesario) constituya siempre el objeto de tutela de la norma, allí su conducta debe quedar en todo caso impune, posición que él comparte<sup>(80)</sup>. Esto significa, que aun cuando el partícipe necesario exceda el rol asignado (sobrepase la intervención prevista en el tipo), su conducta será impune si constituye el objeto de tutela de la norma.

Adicionalmente, Reaño Peschiera<sup>(81)</sup> afirma que el perfeccionamiento de la conducta típica del delito de tráfico de influencias es solo posible con el aporte del solicitante, aunque el traficante sea quien configure el aspecto esencial del injusto, y por ello no le pertenece exclusivamente. Este razonamiento lo lleva a concluir que la conducta del solicitante es riesgosa para el bien jurídico objeto de protección, y por tanto es punible. Haciendo un símil, lo mismo se puede afirmar respecto del delito de estafa, y no por ello debe entenderse que al “engañado” se le deba castigar. Aunado a ello, resulta claro que en la estafa lo esencial del injusto lo realiza el “estafador” al

engañar, y ese delito no puede ser explicado sin la disposición patrimonial que haga el “engañado”; y con ese argumento no se puede justificar racionalmente el castigo del “estafado”, incluso en los casos en que el “estafado” actúe por una ambición desmedida.

Nuevamente, se puede afirmar que los juicios de valor que hace Reaño Peschiera<sup>(82)</sup> contienen una contradicción, pues si bien es cierto que se pone en riesgo típico el bien jurídico con la aceptación que expresa del interesado en el ofrecimiento del traficante de influencias, también lo es que ese riesgo no es creado por el “solicitante de influencias” con la aceptación, sino por el “traficante” con la invocación de influencias, ya que el solicitante cumple con el rol que el tipo le asigna (como en la estafa). La afirmación hecha por el autor citado implica “presumir” que el comportamiento del “interesado” es disfuncional para el bien jurídico de manera superior y autónoma respecto del comportamiento del autor, aun cuando lo que el tipo penal castiga son los actos de invocación de influencias como comportamiento nuclear.

#### 4. La instigación

Otra de las formas de participación previstas en nuestro Código Penal es la instigación o inducción, la misma que es entendida como “la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo penal de autoría doloso o imprudente”<sup>(83)</sup>. Es decir, el inductor debe causar la resolución criminal en otra persona, lo que implica que su conducta sea la *condicio sine qua non* de la resolución delictiva del autor de la conducta típica, es decir la actividad ilícita del inductor se agota en la incitación<sup>(84)</sup>. Pero esta resolución delictiva se ejerce mediante un influjo psíquico adecuado para fundamentar la imputación objetiva, no es por ello suficiente una mera provocación a delinquir en términos generales<sup>(85)</sup>, pues el trabajo del inductor

(77) La dogmática no reconoce que el objeto de protección sea la credibilidad y objetividad de la Administración Pública como lo señala REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Ibid.*; p. 114; sino la imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad y el buen nombre y credibilidad de la Administración Pública, así lo afirmaron SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Ujala JOSHI JUBERT. *Informe Jurídico solicitado para el expediente 44-2001 del 1er. Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Barcelona. 2001. p. 5. Esa sutil diferencia permite realizar interpretaciones erradas del tipo penal, pues tutelar la credibilidad de la Administración Pública en lo referente a su imparcialidad y objetividad, no solo resulta altamente subjetivo sino además muy difuso, pues si la colectividad no tiene credibilidad alguna en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública, nunca se cometería tráfico de influencias, en la medida que se acredite de alguna manera dicho descrédito.

(78) De esta forma esta destacado por REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 112.

(79) Así véase: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Ibid.*; pp. 112 y 113.

(80) Se puede contrastar ello en MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp. 232 y 233; texto que no ha cambiado en nada respecto de la 5ta. edición citada por REAÑO PESCHIERA.

(81) Así lo especifica REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Ibid.*; p. 114.

(82) Para más detalle ver REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Ibid.*; p. 114.

(83) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 403.

(84) Así lo destaca GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995. p. 91.

(85) Al respecto consultar MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 405.

consiste en eliminar las inhibiciones del autor para la ejecución del comportamiento típico<sup>(86)</sup>. En buena cuenta, el inductor debe determinar a otro a cometer un delito mediante la generación del dolo en su actuar<sup>(87)</sup>, sin cuya influencia psíquica éste no hubiera cometido la acción típica.

En este sentido, conviene señalar que Reaño Peschiera<sup>(88)</sup> quiere relativizar el trabajo de convencimiento que se exige al inductor, pues refiere que se debe considerar como un caso de instigación los actos del sujeto aun cuando el instigado este propenso a los actos de corrupción, y su labor de convencimiento haya sido muy sencilla. En sentido contrario, se puede apreciar que Mir Puig<sup>(89)</sup> señala que aquel que ya está previamente decidido a cometer el hecho típico no puede ser objeto de instigación, pues si ya está resuelto a cometer el hecho delictivo<sup>(90)</sup> ya no se le puede generar una resolución que de ante mano poseía, es decir, se está ante un *omni modo facturus*.

En su momento me esforcé por evidenciar que los solicitantes de influencias o interesados en el delito de tráfico de influencias, no podían ser considerados como instigadores o inductores por el solo hecho de cumplir con las exigencias que el tipo penal prevé para ellos<sup>(91)</sup>. Ello estaba incluso reforzado por el hecho de que los interesados tendrían que haber generado resolución criminal a Vladimiro Montesinos Torres, lo cual a la luz de los hechos conocidos y de la forma en que dicha persona articuló una estructura de poder paralela al Estado, era por decir lo menos, muy dudoso. Muy por el contrario, lo que hoy día se puede apreciar de forma meridiana clara es que el ex asesor buscaba tener injerencia y control de ciertos procesos judiciales y administrativos para poder generar vínculos con diversas personas de los más altos niveles de la administración pública y del sector empresarial privado. En otras palabras, Vladimiro Montesinos Torres no requería ser convencido para algo en lo cual él ya tenía determinación, y resultaba ser parte de su estrategia de relaciones con los círculos de poder del país en aquellos años.

Entendiendo así las circunstancias fácticas y la naturaleza del delito (de intervención necesaria), la afirmación de Reaño Peschiera<sup>(92)</sup> de que el interesado que determina la invocación de influencias por parte del traficante, a través de actos de solicitud de intercesión en un proceso judicial o administrativo, dispuesto a entregar una dádiva, promesa, ventaja o beneficio, no puede ser considerado tan solo un solicitante de influencias, sino más bien un instigador, resulta absolutamente insostenible, pues ese es el rol que el tipo le asigna. En otras palabras, el ofrecimiento para intercesión en un proceso no es otra cosa que parte del rol que tiene que realizar el partícipe necesario en el tráfico de influencias. Por ello, la conducta del solicitante, independientemente de la forma que se le quiera dar, seguiría siendo impune, en la medida en que el acto del solicitante de influencias no sobrepase el rol típico o el legislador no lo sancione de forma expresa, requisito *sine qua non* para que dichas conductas sean punibles<sup>(93)</sup>.

Resulta incuestionable que hay casos en donde el comportamiento del solicitante de influencias puede ser considerado instigación, pero en la medida que sus actos en fase anterior a la ejecución hayan generado la resolución criminal en el traficante de influencias mediante un influjo psíquico<sup>(94)</sup>. Por ello, si bien es cierto que concuerdo con Reaño Peschiera<sup>(95)</sup> que al solicitante se le puede castigar por generar la resolución criminal, y ello no requiere de la creación de un tipo penal especial, también lo es que si el interesado solo cumple su rol de solicitar la influencia, sin generar resolución criminal en el agente, su comportamiento debe permanecer impune, en la medida en no excede en el rol y el legislador peruano no lo castiga de forma expresa.

La concurrencia de dos títulos de participación en el interesado de influencias es un tema que me parece importante precisar para evitar confusiones. Me reafirmo en la idea de que es imposible que por la misma conducta el sujeto sea considerado “cómplice”, “instigador” o “autor”. El solo hecho de que el solicitante de influencias cumpla con el rol que el tipo le asigna no lo convierte en nada, pues el

(86) En esta línea consultar GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *Op. cit.*; 1995, p. 67.

(87) Así lo señala RUSCONI, Maximiliano. *Participación Criminal, en Código Penal y normas complementarias: Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 167.

(88) Así lo entiende REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 115.

(89) De este modo y resaltando también que los consejos o refuerzos argumentativos a la resolución criminal no son instigación véase MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 403.

(90) Con detalles al respecto véase: GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *Op. cit.*; p. 94.

(91) De esta forma se puede ver lo dicho en RODRIGUEZ DELGADO, Julio A. *Op. cit.*; p. 270.

(92) Se puede ver ello expresamente en REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 116.

(93) En detalle se puede ver lo señalado enfáticamente por: MAURACH, Reinhart y otros. *Op. cit.*; pp. 402-404.

(94) El influjo psicológico es exigido para la configuración de la inducción, pues el inductor debe determinar al inducido a realizar el hecho ilícito de forma dolosa. En el mismo sentido se puede consultar MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 405. JAKOBS, Günther. *Op. cit.*; p. 806, quien señala que al que ya está inducido no se le puede determinar. MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal: Parte General*. 6ta.edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 445.

(95) Más información en REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 117. También opina en el mismo sentido GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Op. cit.*; p. 62.

actúa como partícipe necesario, que es una condición especial dentro de los delitos de encuentro.

En ese orden de ideas, Reaño Peschiera<sup>(96)</sup> afirma que la dogmática así lo permite, utilizando como sustento el acudir al argumento de autoridad. Sin embargo, los autores citados hacen alusión a que el sujeto puede tener varias formas de intervención, cuando su colaboración es realizada de diversas maneras. Esto es, el sujeto que interviene en fase previa para determinar al autor, para luego intervenir en fase de ejecución colaborando con el autor en la realización del hecho punible puede tener varias formas de intervención en virtud no solo a los diferentes momentos de su participación, sino también a que su contribución es hecha mediante diversos comportamientos.

Parece ser que Reaño Peschiera<sup>(97)</sup> al momento de hacer referencia al texto de Stratenwerth ha tenido a la vista una traducción confusa o no completó la frase citada, sacándola de su contexto, pues el mencionado autor señala “si una persona toma parte en un mismo hecho en varias formas de intervención, el rol menos intenso cede ante el más intenso: quien primariamente instiga a sus cómplices y luego actúa como coautor, responde solo como coautor; quien instiga y además presta ayuda, solo como instigador; etcétera”<sup>(98)</sup>. En ese sentido, resulta indiscutible si el solicitante de influencias cumple su rol típico (aceptar entregar un donativo, promesa, ventaja o beneficio) ante la invocación de influencias, su comportamiento no puede ser considerado simultáneamente como instigación y complicidad, pues resulta atípico. No obstante ello, si el solicitante excede su rol típico (intervención innecesaria) tendrá que apreciarse en que momento lo hace, pues si lo hace en fase previa a la ejecución determinando al autor responderá como instigador, si lo hace en fase de ejecución responderá como cómplice, y si interviene en ambos momentos de forma innecesaria, en ese caso corresponderá evaluar los dos títulos de imputación, para determinar cual es el menos intenso. Pero nuevamente recalco que eso solo es posible cuando el sujeto tiene “varias formas de intervención”, y no cuando el sujeto realiza una sola, allí nuevamente es en donde descansa el error de Reaño Peschiera, que pretende justificar que un solo comportamiento

puede ser considerado como diversas formas de intervención.

## 5. La imputación objetiva

En su oportunidad destaqué la necesidad de que el delito de tráfico de influencias contará con un análisis de la imputación objetiva, pues hoy en día en dogmática penal se entiende que es un elemento propio de todos los tipos penales. Para ello, la dogmática penal entiende que se exigen dos presupuestos para la presencia de la imputación objetiva, (para los casos de delitos de acción): “a) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, b) que se realice en el resultado”<sup>(99)</sup>. Ahora bien, por tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto<sup>(100)</sup>, no existe una imputación objetiva del resultado, pues el tipo no presenta uno que pueda ser separado de su estructura típica<sup>(101)</sup>, se tiene que analizar la imputación objetiva de la conducta. Además, se debe presentar un nexo causal o relación de peligro entre la ventaja y el ofrecimiento de interceder del traficante con un funcionario público, pues no se trata de un delito formal o de mera desobediencia, sino que el comportamiento del sujeto debe expresar un peligro verdadero para el bien jurídico objeto de tutela<sup>(102)</sup>. Para que un comportamiento sea considerado riesgoso para el bien jurídico, no solo debe materializar un peligro para el mismo, sino además no debe estar enmarcado dentro de los supuestos de negación de la imputación objetiva de la conducta, es decir, no debe ser un caso de disminución de riesgo, de ausencia de determinado grado de riesgo o de riesgo socialmente adecuado<sup>(103)</sup>. Para el caso del delito de tráfico de influencias se tiene que exigir un comportamiento que ponga en peligro real la imparcialidad, objetividad y correcto funcionamiento de la administración pública, en otras palabras, la invocación de influencias por parte del traficante debe ser suficientemente veraz para generar un riesgo verdadero respecto del bien jurídico protegido, de lo contrario, es decir, los casos de simulación de influencias, no deben ser tipificados puesto que no vulneran el bien jurídico ni lo ponen en peligro real, pues el acto pierde así todo sustrato antijurídico<sup>(104)</sup>.

(96) Al respecto véase: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 117.

(97) Lo cita textualmente REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Ibid.*; p. 117. Segunda columna, último párrafo.

(98) STRATENWERTH, Günter. *Op. cit.*; p. 378.

(99) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 254. En sentido idéntico véase: MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes, GARCÍA ARÁN. *Op. cit.*; p. 230.

(100) Acertadamente destacado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Ujala JOSHI JUBERT. *Op. cit.*; p. 6.

(101) De esta forma lo mencionan SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Ujala JOSHI JUBERT. *Ibid.*; p. 6.

(102) Expresamente lo señalan SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Ujala JOSHI JUBERT. *Ibid.*; pp. 6 y 7. Lo propio hace GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Op. cit.*; p. 62.

(103) Más detalle con ejemplos al respecto se puede encontrar en MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp. 254 y 255.

(104) Así lo afirman enfáticamente SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Ujala JOSHI JUBERT. *Op. cit.*; p. 7.

Por su parte, si el comportamiento del sujeto no crea un riesgo relevante para el bien jurídico (riesgo insignificante), pues su invocación de influencias y la aceptación del solicitante de otorgar una dádiva, ventaja, promesa o beneficio, ponen en peligro remotamente la imparcialidad, objetividad y correcto funcionamiento de la administración pública, el comportamiento del sujeto será atípico por falta de imputación objetiva. Por ejemplo: cuando el supuesto traficante no posee influencia alguno en el (los) funcionario (s) respecto de lo (s) cual (es) el solicitante espera recibir un resultado favorable; también verbigracia cuando la dádiva, promesa, ventaja o beneficio ofrecido o pedido resulta ser insignificante (como invitar “un cebiche” o una “cerveza”). De igual manera, en los casos de adecuación social del comportamiento, es decir, en casos en donde el comportamiento desplegado por el traficante de influencias se entiende como normal, dentro de los parámetros de lo que la sociedad acepta como válido. Por ejemplo: cuando el traficante invoca influencias y el solicitante le ofrece ayudarlo en cualquier cosa que este a su alcance, pues es un médico, y el traficante en cualquier momento lo va a necesitar, y el solicitante ofrece que no se preocupe que lo atendería gratis, entre otros casos similares vinculados a ayuda profesional. En estos supuestos también el comportamiento resulta ser una práctica muy frecuente, y por ello socialmente adecuada o aceptada<sup>(105)</sup>, lo que significa que se trata de un comportamiento al que le falta la imputación objetiva, y por ello es atípico.

## 6. El comportamiento típico

El tipo penal de tráfico de influencias ha sido objeto de una modificación en donde el legislador ha realizado algunos cambios puntuales que no han incidido en el verbo nuclear del tipo, sino más bien en cuestiones puramente formales. Vale la pena destacar que la conducta típica consiste en invocar influencias, pero se requiere de la presencia de los verbos rectores complementarios<sup>(106)</sup> que consisten en recibir, hacer dar o hacer prometer a otro una ventaja o beneficio, en otras palabras, es necesario para la configuración del injusto que un sujeto reciba

una promesa, beneficio o una ventaja de parte del interesado o también definido como “comprador de humo”. Adicionalmente, como medios típicos para la realización del tipo penal se requiere la tenencia de influencias reales o simuladas, para de esta forma interceder ante un funcionario público que este conociendo, haya conocido, o sobretodo, que este por conocer un proceso de naturaleza administrativa o jurisdiccional, para que sea un comportamiento punible. Este último supuesto fue agregado en la modificación legislativa hecha al artículo 400 del Código Penal, inclusión que resulta ser, tal vez, el único acierto del legislador, pues para adelantarse a la protección del bien jurídico, y para guardar coherencia con el comportamiento del traficante, resulta mucho más razonable castigar en aquellos casos en donde se conozca que determinado funcionario está por conocer determinado proceso.

Por ello, se trata de un tipo penal alternativo respecto de los verbos rectores complementarios en donde con cualquiera de los verbos previstos por el legislador (recibir, hacer dar o prometer) permiten la configuración del injusto. Lo que el traficante de influencias debe recibir, hacerse dar o que le prometan es la entrega de una ventaja, donativo, promesa o beneficio<sup>(107)</sup>. La exigencia de este comportamiento, de la mano del contenido del requerimiento del traficante de influencias, vislumbra la necesidad de contar con un pacto o acuerdo ilegal, sin el cual el delito no puede materializarse<sup>(108)</sup>.

La aceptación o consentimiento en el negocio ilegal de venta de influencias resulta ser indispensable para la configuración del tipo penal. En otras palabras, si el solicitante de influencias no acepta la propuesta del traficante de influencias no podrá consumarse el delito, pues resulta necesario que entre traficante y solicitante se produzca un acuerdo, sin el cual el comportamiento no contiene el desvalor necesario para ser objeto de reproche penal. Por ello, entre vendedor de humo y comprador debe apreciarse la aceptación de la oferta (la misma que tiene que tener un grado mínimo de racionalidad<sup>(109)</sup>), de lo contrario el comportamiento deviene en atípico<sup>(110)</sup>. Se trata de una confluencia de voluntades y no de una mera sugerencia u ofrecimiento de intercesión, ya que ello sería tan solo

(105) En el mismo sentido se puede consultar CASAS BARQUERO, Enrique. *Tráfico de influencias*. En: *Estudios Penales en Memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989. pp. 173 y 174. De igual manera, se puede ver la opinión de VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Informe Jurídico solicitado para el expediente 44-2001 del 1er Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. 2001. p. 38.

(106) Más detalle en: ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*; p. 566.

(107) Este último elemento fue recogido en la modificatoria del texto original, y en principio el beneficio al que se alude debe ser de naturaleza económica, por lo tanto en mi opinión la modificación no cambia en nada el sentido del tipo penal.

(108) En el mismo sentido véase: ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*; p. 566; quien señala que este elemento cierra la tipicidad de la figura legal del tráfico de influencias.

(109) De la misma opinión es ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*; p. 577.

(110) Así lo afirma ROJAS VARGAS, Fidel. *Ibid.*; p. 566, quien señala que sin pacto no hay delito.

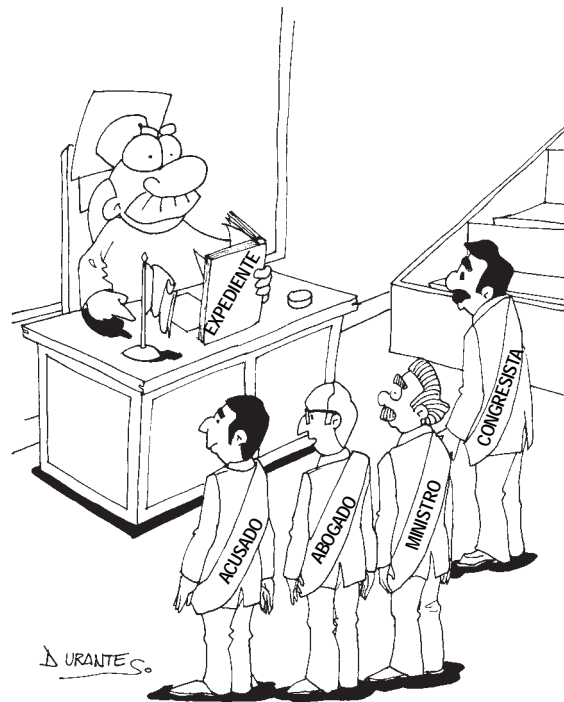
un acto preparatorio, que según las reglas del *iter criminis* y en concordancia con lo previsto en el artículo IV del Título Preliminar (principio de lesividad) y en el artículo 16 del Código Penal, se trata de un hecho absolutamente atípico<sup>(111)</sup>.

## 7. Las influencias reales o simuladas

Un tema de enorme trascendencia en este delito son los medios típicos para la realización del verbo rector (invocar), por eso se requiere de la presencia de las influencias, y nuestro legislador ha establecido que las mismas pueden ser reales o simuladas. Dentro de este contexto existen tres posibilidades muy claras respecto de la realización de la conducta típica: (i) que el sujeto que posee influencias las utilice (influencias reales utilizadas); (ii) que el sujeto que posee influencias no las utilice (influencias reales no utilizadas); y, (iii) que el sujeto no tenga influencias (influencias simuladas).

En primer lugar, para las influencias reales utilizadas es necesario que el sujeto activo cuente con la posibilidad de ejercer influencias sobre los funcionarios públicos que estén conociendo, hayan conocido o vayan a conocer un determinado caso judicial o administrativo. En otras palabras, el autor debe contar específicamente con la capacidad material de ejercer influencias sobre determinados funcionarios públicos<sup>(112)</sup>, y además ejercer dichas influencias de forma tal que no se trate de una actuación genérica (como formulación de consejos, recomendaciones, asesoramiento informal o con carácter espontáneo) sino de un comportamiento dirigido a determinar el actuar del funcionario público en ejercicio de funciones<sup>(113)</sup>, y todo ello lo hace el traficante motivado por la ventaja, promesa, dádiva o beneficio que obtiene del solicitante.

En segundo lugar, para el caso de las influencias reales no utilizadas se presenta una posibilidad bastante *sui generis*, debido a que en estos supuestos el traficante de influencias si tiene influencias materiales, pero sin embargo, no las utiliza, con lo cual resulta problemático establecer si dicho comportamiento afecta o no al bien jurídico objeto de protección. Para una mejor comprensión recurriré a un ejemplo similar al planteado anteriormente: tenemos a X (litigante), que tiene un juicio en el despacho de Y; a X se le acerca W diciéndole que tiene muchas influencias con Y, afirmándole que a cambio de unos cientos de dólares le puede solucionar su problema. X le entrega la suma



pactada. W efectivamente es íntimo amigo de Y, pero como sabe que es un magistrado muy correcto, al entrar a su despacho a saludarlo, nunca le menciona el juicio de X. El comportamiento descrito es muy similar estructuralmente a una estafa, puesto que el traficante de influencias sabe desde un primer momento que a pesar de contar con las influencias nunca las iba a utilizar puesto que el funcionario público no resulta ser una persona que reciba consejos o recomendaciones de casos a su cargo. Ello significa, que el traficante de influencias ha engañado al solicitante puesto que nunca iba a utilizar sus influencias. Al entender el bien jurídico como la imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad (objetividad) y correcto funcionamiento de la Administración Pública, solo los comportamientos que efectivamente materialicen una vulneración de dicho bien jurídico deben ser objeto de reproche penal, pues de lo contrario se estarían castigando penalmente comportamientos que solo constituyen una mera infracción administrativa o una simple desobediencia<sup>(114)</sup>. En este caso se estaría presumiendo una afectación al bien jurídico, pues el mismo ni siquiera habría entrado en un peligro remoto, pues el traficante engaña al solicitante, por

(111) De la misma forma lo afirma ROJAS VARGAS, Fidel. *Ibid.*; pp. 576 y 577.

(112) Ya en su momento siguiendo a CARMONA SALGADO, C. y otros. *Op. cit.*; p. 391; me adscribí a la tesis que exige en el autor la capacidad real de influenciar o por lo menos la capacidad real de poder contar con las influencias.

(113) De opinión idéntica se puede consultar lo afirmado por CARMONA SALGADO, C. y otros. *Ibid.*; p. 391 y 392.

(114) De esta manera lo destacan SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Ujala JOSHI JUBERT. *Op. cit.*; pp. 6 y 7.

ello estos supuestos también deberían ser descartados como penalmente relevantes.

Finalmente, en tercer lugar están los casos de influencias simuladas que también son supuestos en donde el legislador busca tutelar comportamientos que tienen una similitud estructural con el delito de estafa (pero no son lo mismo ya que difieren en varios elementos<sup>(115)</sup>), puesto que el elemento central lo constituye el engaño que genera el traficante para poder dar la apariencia de tener influencias que materialmente no posee. Estos casos, nuevamente son supuestos en donde el bien jurídico objeto de protección no es siquiera puesto en peligro, y por ello no deberían estar previstos como punibles<sup>(116)</sup>, pues se utiliza al Derecho Penal como mecanismo de castigo de tipos puramente formales, perdiendo con ello su naturaleza de última *ratio*. Lo contradictorio es que en la modificación hecha a este precepto del Código Penal, a pesar de que la dogmática más entendida establecía que el castigo de las influencias simuladas o irreales era un absurdo y un exceso de formalismo, el legislador no optó por eliminarlo del tipo y así darle mayor coherencia al artículo 400 del Código Penal.

#### 8. La ventaja, promesa, donativo o beneficio

Por otro lado, el tipo penal exige que el solicitante de influencias entregue un donativo, beneficio, ventaja o se comprometa a entregarlo (promesa), lo que evidencia que estamos ante un delito de medios corruptores, es decir, un delito de corrupción<sup>(117)</sup>. Ahora bien, lo importante resulta determinar cual es el contenido que deben de tener los medios corruptores. En mi opinión lo que está de por medio es el provecho de naturaleza económica, aun cuando la misma sea futura, como en la promesa<sup>(118)</sup>. Sin embargo, en el expediente 020-2001, la Sala Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios condenó (20 de marzo de 2003) al solicitante de influencias como instigador por haber entregado una “ventaja de carácter personal”, la cual se materializó (al entender de los magistrados) en la continuidad y estabilidad de la relación sentimental con el traficante de influencias<sup>(119)</sup>. Con este fallo judicial, se desnaturaliza el contenido que deben de tener los medios corruptores, pues la “ventaja de

carácter personal” resulta ser absolutamente amplia y muy gaseosa, máxime si el autor actúa con una intención de obtener un beneficio económico (ánimo de lucro)<sup>(120)</sup>. Además, se debe tener en cuenta que el no exigir una naturaleza económica en los medios corruptores permitiría que comportamientos socialmente adecuados sean formalmente castigados.

El legislador modificó la versión original del artículo 400 del Código Penal agregando, entre otros elementos puntuales, el medio corruptor beneficioso, el mismo que en mi opinión no ofrece mayor claridad al tipo, ni tampoco una ampliación de los medios corruptores en sentido material, ya que el beneficio también tendrá que ser entendido como uno de naturaleza económica, pues de lo contrario la ampliación a niveles disfuncionales del contenido del medio corruptor puede prestarse para castigar cualquier comportamiento por muy inocuo que sea para el bien jurídico objeto de protección.

#### 9. El agravante

El legislador decidió incluir como agravante el hecho de que el sujeto activo del injusto tenga la condición de funcionario público. El legislador con esta modificación reconoce que el funcionario público que trafica influencias merece mayor grado de reproche en la medida en que tiene una especial función de protección del bien jurídico. En mi opinión, resulta razonable que mayor penalidad tenga un funcionario público respecto de un particular, pues tiene también mayor deber de protección respecto al objeto de tutela.

Lo que si resulta muy importante destacar es que la influencia *per se* no constituye el núcleo del tipo penal, por ello no se puede castigar la capacidad genérica de influenciar o de poder incidir en las decisiones de los funcionarios públicos (sea un particular o un funcionario el agente del delito), ya que solo es punible la influencia invocada ante el interesado que genere una aceptación por parte de éste último en la gestión de influenciar al funcionario público siempre que exista de por medio uno de los medios corruptores que el tipo establece<sup>(121)</sup>.

Por otro lado, el legislador optó por elevar la pena de este delito, no solo para el caso del funcionario (lo

(115) Para un detalle de las diferencias entre la estafa y el tráfico de influencias véase ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*; pp. 575 y 576.

(116) Así también lo señala afirma ROJAS VARGAS, Fidel. *Ibid.*; pp. 561 y 562; también compartiendo este criterio acertadamente REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*; p. 120.

(117) También lo señala así ROJAS VARGAS, Fidel. *Ibid.*; pp. 566 y 567.

(118) De idéntica opinión se puede véase: ROJAS VARGAS, Fidel. *Ibid.*; pp. 566 y 567.

(119) Así lo detalla el mencionado fallo en BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y José Antonio NOLASCO VALENZUELA. *Jurisprudencia penal generada en el sistema Anticorrupción*. Tomo II. Lima: Palestra, 2006. p. 980.

(120) De esta manera lo destaca DONNA, Edgardo Alberto. *Op. cit.*; p. 231, exigiendo “un precio” para la actuación del traficante; de la misma forma véase: ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*; p. 567.

(121) De la misma forma lo resalta ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*; p. 578.

que hubiese sido lo adecuado desde una perspectiva de técnica legislativa), sino también para el tipo básico. Nuevamente, el legislador quiere utilizar al Derecho Penal como *prima ratio*, en el entendido de que con agravar las penas logrará un mayor grado de desincentivación de la comisión de este tipo de infracciones penales. No es óbice, tratar en este trabajo el tema vinculado a la capacidad real que tiene el aumento de la pena privativa de libertad para reducir la criminalidad, pero si hay que destacar que hacerlo no ha generado en ningún lado dicho efecto<sup>(122)</sup>.

## 10. La imputación subjetiva

En el aspecto subjetivo, el mencionado delito exige la presencia del dolo (entendido como conciencia y voluntad de realizar el comportamiento ilícito)<sup>(123)</sup>, en concordancia con lo que establece el artículo 12 del Código Penal. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que por la redacción del artículo 400 de la norma sustantiva y del contenido especial de subjetividad el comportamiento típico no puede cometerse de otra manera que no sea través del dolo directo<sup>(124)</sup>.

Pero esa especial exigencia en el elemento subjetivo lleva a afirmar que el autor del delito se comporta con un ánimo de lucro, es decir, la motivación ulterior en su actuar es obtener la ventaja, la promesa, el beneficio o el donativo, en buena cuenta lo que esta detrás del actuar del sujeto, en el plano subjetivo, es alcanzar un provecho ilegítimo<sup>(125)</sup>.

## 11. Conclusiones

1. El delito de tráfico de influencias por ser un delito de encuentro exige la presencia de voluntades distintas que deben confluir para la configuración del injusto, la del traficante de influencias y la del solicitante de influencias, quien asume la función de partícipe necesario.
2. El solicitante de influencias, en su condición de partícipe o concurrente necesario, como regla general no puede ser considerado instigador o cómplice, si solo cumple con el rol que el tipo penal le asigna en el delito de encuentro, muy por el contrario su comportamiento es absolutamente atípico.
3. La regla general de impunidad del partícipe

necesario contiene dos excepciones, la primera cuando el solicitante se excede en el rol que el tipo le asigna (su intervención se transforma en innecesaria) y la segunda cuando dicho comportamiento el legislador lo prevé expresamente como punible. En el caso de nuestro texto legal, el legislador no ha castigado expresamente el comportamiento del partícipe necesario como punible, a pesar de que para otro grupo de delitos lo ha establecido de forma expresa.

4. Para el caso de las llamadas influencias reales no utilizadas, así como para las influencias simuladas, deberían ser comportamientos impunes en la medida en que en esos casos el tipo penal ni siquiera entra en peligro remoto, y se estaría presumiendo un peligro inexistente, convirtiendo al Derecho Penal como mecanismo sancionador de comportamientos formalmente irregulares pero materialmente inocuos.

5. Resulta importante entender como bien jurídico objeto de tutela la imparcialidad, objetividad y correcto funcionamiento de la administración pública, pues entenderlo de otra forma permitiría la protección de bienes jurídicos desprovistos de contenido semántico, como lo es intentar tutelar el buen nombre de la administración pública, cuando en la práctica resultaría cuestionable si la administración pública goza de un buen nombre o reputación.

6. El contenido de la ventaja, donativo promesa o beneficio no puede ser otro que aquel que tenga un contenido económico, o en el que subyace por lo menos un contenido patrimonial, pues de lo contrario un grupo de comportamientos socialmente adecuados podrían incluirse como punibles, orientando al Derecho Penal a una sobrecriminalización innecesaria.

7. La modificación hecha por el legislador del artículo 400 del Código Penal, no toma en cuenta las críticas que del mismo se hicieran antes de dicha reforma legislativa, a pesar de que en algunos aspectos la doctrina especializada coincidía que era necesario mejorar su redacción, como en el caso de establecer la impunidad de los casos de influencias simuladas, si quería castigar al partícipe necesario incorporar expresamente su comportamiento como punible, entre otros. Por su parte resulta acertado incluir los casos en donde la influencia se dirige a un proceso que el funcionario público vaya a conocer, pues allí si hay una anticipación real de tutela al bien jurídico. ㄹ

(122) Con abundante detalle véase RODRIGUEZ DELGADO, Julio Antonio. *La reparación como sanción jurídico-penal*. Capítulo I. Lima: San Marcos, 1999.

(123) Más detalle en: MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp. 261 y siguientes.

(124) De la misma opinión, ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*; p. 567; también lo refiere así DONNA, Edgardo Alberto. *Op. cit.*; p. 231.

(125) Del mismo criterio ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*; p. 567.