
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?

José Leandro Reaño Peschiera^(*)
Abogado. Profesor de Derecho Penal en la Universidad
Peruana de Ciencias Aplicadas

*“Si la víctima del delito es más despreciable que el que la engaña, la sanción penal no debe prostituirse para protegerla”^(**)*

1 Aproximación inicial.

Las investigaciones preliminares y judiciales instauradas a partir de noviembre de 2000 contra Vladimiro Montesinos Torres y su compleja red de corrupción, evidenciaron la presencia de una organización criminal enquistada en las principales instituciones del aparato de poder estatal, integrada por altos funcionarios del régimen del ex-presidente Alberto Fujimori Fujimori, e importantes empresarios, quienes se beneficiaron indebidamente del patrimonio del Estado y coadyuvaron al sostenimiento político del mencionado régimen gubernamental.

A partir del 14 de septiembre de 2000, fecha en la que se difundió en los medios de comunicación el video que registró la escena de “transfuguismo político”

protagonizada por el entonces congresista electo Alberto Kouri Boumachar y el ex-asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, se hizo manifiesta la participación activa que tuvo este funcionario público durante la gestión presidencial del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, habiéndose erigido como el artífice de una red de corrupción organizada a nivel gubernamental, que utilizó a su favor recursos del erario público, e instrumentalizó a parlamentarios y magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público para la consecución de objetivos políticos y crematísticos. Definitivamente, la realidad adquirió visos de ficción cuando el 2 de noviembre de ese mismo año el Ministro de Justicia anunció que Vladimiro Montesinos era beneficiario de US\$ 48'000,000.00 depositados en el sistema financiero

(*) El presente artículo está dedicado a los Doctores José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno y Luis Gilberto Vargas Valdivia, en señal de agradecimiento, por haberme hecho partícipe de la lucha anticorrupción.

(**) CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho criminal*. Traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1956-1964. §2346.

suizo, los mismos que fueron descubiertos y bloqueados por la Cuarta Fiscalía Especializada en Lavado de Dinero del Cantón de Zürich.

Luego de 10 años de vigencia del Código Penal, aprobado en abril de 1991 por Decreto Legislativo No. 635, el denominado “Caso Montesinos” ha puesto de manifiesto sus insuficiencias técnicas y político criminales en materia de delitos contra la administración pública, pues, frente a casos de graves infracciones a los deberes de probidad y lealtad funcionariales, se requieren agudas interpretaciones dogmáticas para no dejar ayunos de tutela a bienes jurídicos institucionales, y comprender en el precepto normativo todo el desvalor del comportamiento desplegado por los protagonistas del evento lesivo.

El Código Penal clasifica los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos en cuatro secciones; a saber: (i) delitos de abuso de autoridad; (ii) delitos de concusión; (iii) delitos de peculado; y, (iv) delitos de corrupción de funcionarios. El objetivo principal de este trabajo es tan sólo delimitar algunos de los problemas dogmáticos que afrontan los jueces al subsumir los actos de corrupción, perpetrados en el marco de la criminalidad organizada, en el catálogo de infracciones punibles previstas bajo la Sección IV (Corrupción de funcionarios) del Capítulo II (Delitos cometidos por funcionarios públicos) del Título XVIII (Delitos contra la administración pública) del Código Penal.

Así, con motivo de las investigaciones instauradas contra la red de corrupción liderada por Vladimiro Montesinos Torres, y sólo con relación a los tipos de corrupción de funcionarios, los temas que vienen

siendo materia de un intenso debate dogmático en sede judicial son: a) el concepto penal de funcionario público; b) la fase de consumación de los delitos de cohecho pasivo y activo de funcionarios; c) la relevancia jurídico-penal de los actos cometidos en un contexto de criminalidad organizada estructurada desde el poder; d) la participación de particulares en delitos especiales de corrupción de funcionarios; y, e) la calidad del interesado en el delito de tráfico de influencias.

2 La calidad típica de funcionario público.

La definición de funcionario público adquiere relevancia en los delitos contra la administración pública a partir de la distinción -de *lege lata*- entre tipos penales cometidos por “particulares” y delitos cometidos por “funcionarios públicos”. Este último grupo de infracciones constituyen verdaderos delitos especiales, en tanto su estructura típica exige una cualidad en el sujeto activo para que pueda ser considerado como “autor” del delito⁽¹⁾. En términos generales, es funcionario público aquella persona que ocupa un *status* especial y que tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe evitar la lesión de los intereses de la Administración Pública⁽²⁾.

De inicio, debe diferenciarse la noción penal de funcionario público del concepto administrativo o laboral. Así, para efectos penales son funcionarios públicos todas las personas incurso en algún supuesto del artículo 425 del Código Penal⁽³⁾. La adopción de

(1) Los delitos especiales admiten la distinción entre **especiales propios** y **especiales impropios**. En los primeros, el tipo prevé sólo como posibles autores a sujetos especialmente cualificados, de suerte que será impune dicha conducta cuando fuere realizada por alguien que no reúna dicha condición. Por su parte, los **delitos especiales impropios** encuentran su correlativo en algún delito común, pero su realización por sujetos especialmente cualificados hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Praxis, 1996. p. 130. Acorde con ello, todos los delitos especiales de la Sección IV del Capítulo II de la Sección XVIII del Código Penal constituyen delitos especiales propios, pues no son reconducibles a delitos comunes en caso dichos comportamientos sean perpetrados por sujetos no cualificados.

(2) Vid. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2001. p. 92.

(3) “Art. 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluyendo si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley”. Al respecto, nótese que el inciso 3) de este precepto otorga -para efectos jurídico penales- la condición de funcionario público a cualquier persona que mantenga vínculo laboral o contractual, sin importar su naturaleza, con entidades u organismos del Estado, de modo que un profesional que haya suscrito un contrato de locación de servicios con alguna entidad pública tiene calidad idónea para ser imputado como autor de un delito de corrupción de funcionarios.

esta técnica de definición legal en el texto punitivo de 1991, tiene la finalidad de manejar un concepto propio de “funcionario público” en sede penal y desterrar cualquier duda interpretativa.

Sin embargo, en la investigación instaurada contra Vladimiro Montesinos Torres, Alberto Kouri Boumachar, Oscar Doffour Cattaneo y José Francisco Crousillat Carreño por la comisión de delito de corrupción de funcionarios, motivada por el caso de “transfuguismo” antes mencionado, se hizo manifiesta una deficiencia en la definición jurídico penal de funcionario público, en los casos de elección por sufragio popular: ¿debe *considerarse* como tal al funcionario electo, o, por el contrario, dicha cualidad se adquiere a partir de la recepción de credenciales y juramentación del cargo ante el Jurado Nacional de Elecciones, esto es, con la asunción efectiva de la función?

Respecto a los elementos que configuran la noción de “funcionario público”, la doctrina especializada y más autorizada exige la concurrencia de un elemento subjetivo, expresado en la **existencia de un título**, y otro de naturaleza objetiva, vinculado a la **participación efectiva en la función pública**⁽⁴⁾.

Ahora bien, la existencia del título y la participación efectiva en la función pública ha de ser determinada en sede penal a partir del momento en que el sujeto tiene capacidad para atentar contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública, pues sólo quienes poseen la cualidad típica de funcionarios públicos pueden lesionar este bien jurídico institucional. Precisamente, la exigencia de esta cualidad en los tipos de corrupción de funcionarios está vinculada a los deberes especiales que debe observar el sujeto activo, cuya infracción genera un efecto lesivo a los intereses de la Administración Pública. Esta es la razón por la que en sede penal se adopta un concepto de funcionario público autónomo de la noción administrativa, pues debe atenderse a la protección de bienes jurídicos como misión del

Derecho Penal, antes que a un concepto formal desvinculado de dicho fin.

Acorde con ello, en los casos de elección de funcionarios por sufragio popular, la calidad de funcionario público se adquiere -para efectos penales- una vez que la Oficina Nacional de Procesos Electorales concluye el proceso de cómputo de votos, y no a partir de la proclamación oficial, recepción de credenciales, o juramentación, pues desde el momento en que el órgano competente concluye el proceso de cómputo de los votos, el agente sabe que está en posición de infringir las normas penales especiales y generar una situación de riesgo -puesta en peligro- para los intereses de la Administración Pública, independientemente de que los efectos lesivos de su comportamiento se lleguen a materializar una vez que haya asumido la función en términos del Derecho Administrativo, esto es, luego de la juramentación. Esta interpretación guarda coherencia con la técnica de tipificación utilizada en los delitos de corrupción de funcionarios, caracterizados por la presencia de elementos subjetivos adicionales al dolo⁽⁵⁾.

A este nivel de análisis, adquiere relevancia el segundo párrafo del artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción⁽⁶⁾, en el que se asume una concepción material de funcionario o servidor público, siendo suficiente la sola elección -por ejemplo, por sufragio popular- de un sujeto para que quede vinculado a un conjunto de deberes especiales de imparcialidad o fidelidad, aún antes de ejercer efectivamente la función pública. Con esta definición material de “funcionario público”, la Convención Interamericana contra la Corrupción descarta la postura formal que exige la juramentación y efectiva posesión del cargo.

La aplicación de *lege lata* de la Convención Interamericana contra la Corrupción debe estimarse a la luz de la cláusula extensiva del numeral 6 del artículo 425 del Código Penal, en cuya virtud el *status* jurídico penal de funcionario público puede ser conferido por

(4) Por todos: VALEJJE, Inmaculada. *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*. En: *Cuadernos de Política Criminal*. No. 62 (1997). pp. 441 y ss.

(5) Vid. *Infra*, epígrafe 3, cuando hago referencia a la naturaleza de los delitos de corrupción de funcionarios como tipos de tendencia interna trascendente.

(6) “Artículo I.- Definiciones. Para los fines de la presente Convención, se entiende por: (...) “Funcionario público”, “Oficial gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.(...)”.

normas con rango legal o constitucional. Al respecto, debe evaluarse si esta concepción dinámica de funcionario público a la que se adscribe el Código Penal, permite ampliar el espectro del sujeto activo en los tipos de corrupción de funcionarios sin necesidad de modificación expresa en su artículo 425.

Efectivamente, la equiparación del sujeto electo por sufragio popular a la condición de funcionario público requiere la adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción. Empero, en tanto no se modifique expresamente el artículo 425 del Código Penal, es importante evaluar si *de lege lata* es posible adoptar esta concepción material por el sólo imperio de la Convención Interamericana contra la Corrupción, sin necesidad de una reforma legislativa.

A mi juicio, la aplicación de la noción de funcionario público expresada en la Convención Interamericana contra la Corrupción tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento penal, a partir de cuatro argumentos expuestos en el Informe elaborado por los profesores César San Martín Castro y Dino Carlos Caro Coria para el Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), con ocasión del informe “Adecuación de la legislación penal peruana a la convención Interamericana contra la Corrupción”, elaborado por el profesor Felipe Villavicencio Terreros; a saber: i) El concepto de funcionario o servidor público es un elemento normativo de los tipos de corrupción, de allí que su delimitación deba realizarse conforme a las normas pertinentes del

ordenamiento jurídico⁽⁷⁾; ii) La Convención Interamericana contra la Corrupción, en tanto ha sido ratificada por el Estado peruano⁽⁸⁾, constituye en virtud del artículo 55 de la Constitución una norma de Derecho interno que ostenta, al menos, rango de ley como se deduce del artículo 200, inciso 4), de la Carta de 1993⁽⁹⁾; iii) La fuerza normativa de la Convención Interamericana contra la Corrupción la constituye en una fuente de obligatoria observancia en la delimitación del concepto de funcionario o servidor público, más aún porque el depósito de la ratificación en la OEA operó el 4 de junio de 1997, es decir con posterioridad a la Ley No. 26713 de 27 de diciembre de 1996 que reformó los alcances del numeral 3 del artículo 425 del Código Penal; iv) Cabe expresar en todo caso que esta línea de interpretación es compatible con el principio de reserva absoluta de ley penal, no se trata de la aplicación inmediata de una cláusula inculpativa prevista en el ordenamiento internacional, sino de la concepción de un elemento técnico normativo conforme a las fuentes internacionales de obligatoria observancia en Perú.

3 La consumación en los delitos de corrupción de funcionarios.

La fase consumativa dentro del *iter* comisivo en los delitos de corrupción de funcionarios está determinada por una categoría presente tanto en los tipos de corrupción pasiva como activa⁽¹⁰⁾.

- (7) En Derecho Penal la remisión normativa se realiza fundamentalmente a través de tres técnicas o formas básicas de accesoriedad, a saber, la accesoriedad de derecho mediante leyes penales en blanco, la accesoriedad normativa-conceptual canalizada mediante elementos normativos típicos y la accesoriedad de acto mediante cláusulas de autorización. Al respecto, vid. *In extenso*: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 121; CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho Penal del Ambiente -Delitos y Técnicas de Tipificación-*. Lima: Gráfica Horizonte, 1999. p. 372. Los elementos normativos requieren de un juicio valorativo de carácter normativo-social o jurídico, dependiendo si se tratan de elementos normativos sociales o de elementos normativos jurídicos. Según MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Quinta Edición. Barcelona: PPU, 1998. pp. 210-211, los “elementos normativos” son aquellos que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, en contraposición a los “elementos descriptivos” que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos. Los elementos normativos de tipo jurídico importan un “reenvío implícito” a la legislación, a diferencia del “reenvío directo y explícito” que comporta la técnica de la ley penal en blanco. La remisión a través de elementos normativos jurídicos es muy frecuente en ámbitos altamente tecnificados y dinámicos como el socio-económico, pues recurrir a una exhaustiva técnica definitoria desnaturalizaría la aplicación eficaz del tipo penal, limitando su radio de acción a un espectro de comportamientos muy restringido.
- (8) Efectivamente, el Estado peruano aprobó este instrumento internacional por Resolución Legislativa No. 26756, siendo ratificado por Decreto Supremo No. 012-97-RE, cuyo instrumento se depositó el 4 de junio de 1997, entrando en vigencia el 4 de julio de ese mismo año, según lo estipulado en el artículo XXV de la propia Convención Interamericana contra la Corrupción.
- (9) “Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional”. “Artículo 200.- Son garantías constitucionales: (...) 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas generales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.
- (10) Debido a su repetición y al papel que desempeñan en los tipos de corrupción de funcionarios pueden denominarse “categorías transversales”.

Efectivamente, en los delitos de corrupción pasiva propia (artículo 393), corrupción pasiva impropia (artículo 394) y corrupción activa (artículo 399), el comportamiento típico -consistente en la solicitud, recepción, entrega o promesa de donativos o cualquier ventaja- se ejecuta “para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones⁽¹¹⁾”, “para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación⁽¹²⁾”, o “para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones⁽¹³⁾”. En estos delitos, la conducta típica objetiva se agota o consume con la sola solicitud o aceptación de donativos, promesa o cualquier otra ventaja por parte del funcionario público (delitos de corrupción pasiva), o con el sólo ofrecimiento de dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase al funcionario o servidor público (corrupción activa).

En esta línea, Cerezo Domínguez, comentando los delitos de corrupción pasiva de funcionarios del Código Penal español⁽¹⁴⁾, entiende que éstos ilícitos se consuman tanto cuando se lleva a cabo la solicitud de la dádiva por parte del funcionario que no es aceptada por el particular (auto-ofrecimiento o autocorrupción), como cuando las partes han dado su consentimiento y

el funcionario acepta o recibe la dádiva o la promesa de ella conforme al acuerdo con el particular⁽¹⁵⁾.

Las expresiones contenidas en los tipos de corrupción de funcionarios, relativas a la finalidad ulterior a la solicitud, promesa o entrega de ventajas indebidas, no integran la estructura objetiva del tipo, sino que refieren a elementos subjetivos diferentes del dolo⁽¹⁶⁾, que convierten estos ilícitos en “delitos de tendencia interna trascendente” o “delitos de intención”, cuya configuración exige obrar con el ánimo, finalidad o intención adicional de llevar a cabo una actividad distinta y posterior a la conducta típica⁽¹⁷⁾.

En tal virtud, en los delitos de corrupción pasiva y activa de funcionarios se anticipa la consumación a la realización de la actividad típica -recepción, solicitud, promesa o entrega de dádivas- unida a la intención de efectuar una segunda actividad -realizar u omitir determinado acto-, pero sin necesidad de que este ulterior evento se produzca efectivamente. Con ello, la norma persigue sancionar el acto sin necesidad de que se consume la futura violación de las obligaciones del funcionario o servidor público, lo cual obedece a objetivos netamente preventivos acordes con el sentido

(11) Cohecho pasivo propio (artículo 393 del Código penal).

(12) Cohecho pasivo impropio (artículo 394 del Código penal).

(13) Cohecho activo (artículo 399 del Código penal).

(14) Previstos en los artículos 419 y 420 del Código Penal español, cuyos elementos materiales coinciden con los tipificados en los artículos 393 y 394 del Código Penal peruano. Así, “Artículo 419.- La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, incurrirá en (...)”. “Artículo 420.- La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en (...)”.

(15) Cfr. CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa*. En: *Revista La Ley - Actualidad Penal*. No. 21. Semana del 27 al 27 de mayo de 2001.

(16) De modo mayoritario la doctrina identifica en algunos delitos la presencia de requisitos anímicos que son auténticos elementos subjetivos del injusto. Por todos: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Pamplona: Aranzadi, 1999. pp. 350-351. Para este autor, los elementos subjetivos del injusto adicionales al dolo van referidos a fines y propósitos, mientras que el dolo va referido a todo aquello que compone la parte objetiva del tipo. Por su parte, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Madrid: Universitas, 1996. p. 395, define los elementos subjetivos del injusto como ánimos o fines específicos distintos del simple dolo y requeridos expresamente por la descripción legal, sin los cuales la conducta es atípica. Así, por ejemplo, sucede con el ánimo de lucro en el delito de hurto (artículo 185 del Código Penal), expresado en la frase “para obtener provecho”, mas no en los delitos contra el honor, en los que equivocadamente suelen identificarse los denominados *animus iniuriandi* o *animus difamandi*, pese a que de la redacción legal de estos preceptos no se desprende tal exigencia. Al respecto. Vid. *In extenso*. UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. *Prensa Juzgada. 30 años de juicios a periodistas peruanos (1969-1999)*. Lima: Fondo Editorial UPC, 1999. pp. 79 y ss.

(17) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. cit.: p. 396. Dentro de la categoría de los delitos de tendencia interna trascendente, este autor distingue entre “delitos cortados de resultado”, aquellos en los que el tipo requiere el ánimo de producir con la conducta típica un ulterior resultado (verbigracia el delito de falsedad documental del artículo 427 del Código Penal, en tanto debe derivarse algún perjuicio potencial del uso del documento falsificado), y “delitos mutilados de dos actos”, aquellos en los que lo requerido es el ánimo o especial intención de llevar a cabo una ulterior actividad distinta de la conducta típica. En esta última subcategoría se encardinan los delitos de corrupción pasiva y activa de funcionarios, pues la solicitud, recepción, entrega, o promesa de la ventaja indebida ha de realizarse con la especial intención de ejecutar u omitir -posteriormente- actos reñidos o no con las obligaciones del funcionario autor del delito.

del Derecho Penal, conforme lo expresan los artículos I y IX del Título Preliminar del Código Penal⁽¹⁸⁾.

Efectivamente, la tipificación de actos de corrupción de funcionarios como delitos de tendencia interna trascendente es expresión de la necesidad de prevenir y reprimir de modo eficaz los actos de corrupción de funcionarios⁽¹⁹⁾. En este sentido, en un caso concreto de corrupción de funcionarios, no hace falta comprobar que el funcionario o servidor público se desvió de sus obligaciones, siendo suficiente acreditar que recibió el dinero o aceptó la promesa con esa finalidad de futura consumación. Lo contrario significaría retrasar innecesariamente la intervención del Derecho Penal, en desmedro de la función protectora de bienes jurídicos que establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal. Así, la posterior realización de actos u omisiones derivadas de los actos de corrupción sólo es prueba del agotamiento del delito, mas no de su consumación.

Efectivamente, la tipificación de actos de corrupción de funcionarios como delitos de tendencia interna trascendente es expresión de la necesidad de prevenir y reprimir de modo eficaz los actos de corrupción de funcionarios

4 La existencia de una asociación delictiva.

Antes de revisar la participación de particulares en delitos de funcionarios públicos, considero esencial reservar este epígrafe para resaltar una constatación fáctica: los delitos perpetrados por Vladimiro Montesinos Torres y sus colaboradores no constituyen actos de corrupción aislados, sino que fueron expresión de decisiones políticas emanadas de un aparato criminal organizado de poder. Precisamente, a partir de la pluralidad de indicios que apuntan convergentemente a la existencia de una asociación ilícita para delinquir, se ha imputado a los integrantes de esta organización la comisión del tipo del artículo 317 del Código Penal⁽²⁰⁾. Las implicancias que se derivan de dicha constatación adquieren relevancia en el terreno de la autoría y participación, pues todos los miembros de la organización criminal, en tanto aceptan preordenadamente la ejecución del plan delictivo, realizan aportes -esenciales o residuales- para su realización⁽²¹⁾.

En definitiva, el delito de asociación ilícita se consume con la mera pertenencia a una agrupación de 2 o más personas destinada a cometer delitos, sin importar la materialización de los ilícitos penales proyectados, pues lo que se sanciona es el peligro que significa para la tranquilidad pública la existencia de una agrupación criminal, entendida como aparato organizado con división funcional de roles, en cuya estructura sus integrantes tienen una participación decisiva o simplemente ejecutiva.

El bien jurídico penalmente protegido es, por tanto, la tranquilidad y la paz pública, y el dolo específico

(18) "Artículo I.- Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad. Artículo IX.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

(19) Según Welzel, el Derecho penal quiere proteger, ante todo, determinados bienes vitales para la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, el patrimonio cuya lesión (desvalor de resultado) está cubierta con consecuencias jurídicas. En términos similares, Jescheck considera que el Derecho Penal tiene que realizar en nuestro tiempo no sólo una función de protección de bienes jurídicos, sino que es al mismo tiempo expresión de una expectativa de esfuerzo social de cada uno en interés del prójimo. *In extenso*, vid. SANTANA VEGA, Dulce María. *Funciones del Derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos*. En: *Actualidad Penal*. No. 9, 2001.

(20) "Artículo 317.- El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesentecincos días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4".

(21) Vid. *Infra*, epígrafe IV.

que distingue el delito de asociación ilícita de las infracciones penales que dicha agrupación cometa, es, precisamente, el de atentar contra la paz pública resultante del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos al integrar una asociación destinada a cometer delitos.

En cuanto a los elementos materiales de la infracción, tenemos: (i) en lo que respecta al sujeto activo, se trata de un hecho punible necesariamente plurisubjetivo o pluripersonal, exigiéndose la concurrencia de una base organizativa entre ellos; y, (ii) es indispensable la concurrencia de un elemento tendencial, finalista o teleológico, expresado en el propósito colectivo de cometer delitos. Siguiendo a García-Pablos de Molina, la calidad de integrante de una asociación ilícita requiere la existencia de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, orientado a la ejecución de un programa criminal⁽²²⁾.

De la exigencia de estos elementos, se evidencia que no se castiga la participación específica en un delito, sino la participación en una asociación destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inexecución de los hechos planeados o propuestos. En definitiva, para que pueda hablarse de asociación criminal es necesario cierto elemento de **permanencia**, así como un mínimo de **cohesión**.

En la práctica, la Organización de Montesinos Torres se caracterizó por la instrumentalización de instituciones estatales -tales como las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, el Sistema de Inteligencia Nacional, entre otras- para la consecución de sus fines delictivos, habiéndose configurado como una estructura superpuesta al Estado.

A tal efecto, resulta útil la diferenciación que hace Kai Ambos entre grupos de delitos perpetrados por un aparato de poder de organización estatal y delitos cometidos por un aparato de poder de organización no estatal (criminalidad organizada). La agrupación ilícita dirigida por Vladimiro Montesinos Torres se organizó como un aparato de poder de organización no estatal (criminalidad organizada) que operó como “para-Estado”, esto es, integrada a éste, aprovechando el dominio material que detentaba sobre el ámbito público y los “cauces del Derecho” para la común satisfacción de intereses delictivos⁽²³⁾.

El dominio de la organización por parte del ex-asesor del SIN y del ex-Presidente Fujimori Fujimori se ejerció en el marco de un aparato de poder formal, esto es, una organización que estuvo estructurada de modo jerárquico-lineal e integrada por un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables. Así, cuando una “asociación criminal”, más allá de la habitual conexión poco densa en forma de red, sí presenta estructuras fijas de organización y un gran número de miembros, formará parte de la “criminalidad organizada” en sentido estricto⁽²⁴⁾.

Un tema de notoria relevancia práctica es el relativo al carácter subsidiario o complementario del tipo penal de asociación ilícita, esto es, si es admisible el concurso con las infracciones penales perpetradas por la agrupación criminal o, si por el contrario, éstas subsumen al delito de asociación ilícita.

A mi juicio, siempre que los delitos cometidos por la agrupación criminal lesionen o pongan en peligro una pluralidad de bienes jurídicos -distintos a la tranquilidad pública⁽²⁵⁾-, es necesario castigar por cada

(22) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, 1977.

(23) Sobre el concepto de aparato de poder de organización no estatal, vid. AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder: Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*. En: *Themis-Revista de Derecho* No. 37, Lima, 1999, pp. 190 y ss. Este autor clasifica como delitos de un aparato de poder de organización estatal aquellos cometidos en el marco de un Estado totalitario (verbigracia el sistema nazi, los regímenes fascistas, y las dictaduras del socialismo real de corte estalinista), caracterizados por el dominio total del curso causal por parte de quienes controlan el sistema, de suerte que si algún subordinado se resistiera a cumplir la orden, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría. En suma, en estos casos, el ejecutor directo “sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria”. Por su parte, los aparatos de poder de organización no estatal (criminalidad organizada), entre los que se encuentran los ilícitos perpetrados por la organización liderada por Vladimiro Montesinos Torres, se caracterizan por ser “asociaciones criminales”, que, si bien no obedecen a una política estatal formalmente institucionalizada, sí presentan estructuras fijas de organización y un gran número de miembros. En síntesis, las formas de criminalidad organizada -en tanto aparato de poder de organización no estatal- se asemejan a los aparatos de poder de organización estatal en el carácter fungible de sus miembros y por contar con una estructura de organización caracterizada por un estilo de mando estricto.

(24) *Ibid.*: pp. 189-190.

(25) Ello, porque la norma aplicada debe recoger la plenitud del injusto cometido, de suerte que cualquier otra sanción suponga una violación del principio *ne bis in idem*. Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Pamplona: Aranzadi, 1999, pp. 747 y ss.

afectación para abarcar todo el desvalor del hecho, aplicando -evidentemente- las reglas concursales previstas en los artículos 48 y siguientes del Código Penal. Por lo demás, el tipo del artículo 317 del Código Penal sanciona la mera pertenencia a la agrupación criminal con independencia del inicio de actos de ejecución, pues se entiende que el hecho de integrar una asociación delictiva significa un peligro para la tranquilidad y paz pública.

5 El rol del particular en los delitos especiales de función.

En el terreno de la intervención de particulares en delitos especiales de corrupción de funcionarios, se han desarrollado hasta dos posiciones de notoria relevancia; a saber, (i) la teoría de la ruptura del título de imputación, según la cual los terceros particulares -no funcionarios públicos- no pueden ser alcanzados por la tipicidad de los delitos especiales, debiendo ser responsabilizados por el correlativo delito común en caso de delitos especiales impropios, o en todo caso, aceptarse la impunidad en los supuestos de delitos especiales propios de función, en virtud de la cláusula de incomunicabilidad de circunstancias del artículo 26 del Código Penal; y, (ii) la teoría de la unidad del título de imputación, cuyos postulados admiten la sanción del particular como partícipe del delito especial -sea propio o impropio- de función, bajo el entendimiento de que el principio de accesoriad limitada permite extender a dicho partícipe el injusto del autor, y que la incomunicabilidad prevista en el artículo 26 del Código Penal sólo opera frente a las circunstancias modificativas de la culpabilidad y punibilidad, mas no ante las que fundamentan la tipicidad.

En definitiva, el procesamiento de particulares como partícipes -cómplices o instigadores- de delitos especiales de corrupción de funcionarios revela que los jueces del circuito anticorrupción se han decantado por la segunda posición, entendiendo que la calidad de funcionario público es transmisible a particulares en virtud del principio de accesoriad limitada, según el cual las condiciones personales del autor (funcionario

público) vinculadas al injusto (hecho típicamente antijurídico), sí se transmiten a los partícipes.

La aplicación del principio de accesoriad limitada tiene plena vigencia en el Código Penal nacional, pues la incomunicabilidad de las circunstancias de participación -previstas en el artículo 26 del Código Penal- se circunscribe exclusivamente a aquellas cualidades que afectan la culpabilidad y punibilidad de los intervinientes en el evento delictivo, tales como las causas de inimputabilidad y las excusas legales absolutorias, mas no a aquellas referidas al injusto. Ello se deduce de la literalidad del propio precepto legal y de su racionalidad, pues al señalarse que “las circunstancias y cualidades que afecten la **responsabilidad** de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”, se quiere evitar la impunidad de aquellos que intervienen en la comisión de un delito, restringiendo la aplicación de la causas de inimputabilidad y excusas legales absolutorias exclusivamente a quienes se encuentren en dicha situación. Sólo es posible entender que el artículo 26 del Código penal impide la transmisibilidad de las circunstancias vinculadas a la tipicidad a partir de una lectura extensiva del precepto, reñida con los métodos de interpretación de la ley penal⁽²⁶⁾.

Esta posición tiene refrendo en la doctrina nacional. Así, Hurtado Pozo al comentar el principio de incomunicabilidad de las circunstancias, regulado en el artículo 104 del Código Penal derogado -que tiene las mismas bases jurídicas que el numeral 26 del texto vigente-, afirma que: “(e)n nuestro derecho debemos, como lo hemos dicho anteriormente, admitir la “accesoriad limitada”, pues la incomunicabilidad de las circunstancias “[...] no comprende aquellas que fundamentan la tipicidad o antijuricidad de la conducta delictuosa. En los delitos especiales propios en que se exige que el autor tenga una calidad personal particular, no significa que el cómplice o instigador no pueda ser reprimido conforme a la disposición que prevé tal infracción⁽²⁷⁾”.

En el mismo sentido, Villavicencio Terreros, al comentar el principio de incomunicabilidad de las

(26) Según PRATS CANUT, José Miguel. *La interpretación de la ley penal*. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). Op. cit.: pp. 147 y ss, en Derecho penal la interpretación que posee un rol preeminente frente a las demás clases de interpretación, es la llamada **interpretación teleológica** o interpretación racional. En buena cuenta, las normas penales deben ser interpretadas a partir de la fijación de sus finalidades, orientadas a la tutela de bienes jurídicos.

(27) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Lima: Eddili, 1987. pp. 560-561.

circunstancias del Código Penal vigente, admite la aplicación del principio de accesoriedad limitada, en cuya virtud sólo son incommunicables aquellas cualidades personales referidas a la culpabilidad y a la punibilidad. Así, “(e)n todo caso, la regla del artículo 26 del Código Penal no se refiere a las características personales referidas al hecho o materiales. Dichas características de lo injusto referentes al hecho indican en detalle el contenido material del injusto del hecho⁽²⁸⁾”. A esta interpretación abunda el principio de **unidad del título de la imputación**, según el cual todos los participantes del evento delictivo -autores y partícipes- deben ser responsabilizados bajo el mismo *nomen iuris* delictivo⁽²⁹⁾, esto es, por la misma infracción.

La titularidad de los deberes extrapenales de lealtad y probidad que ostentan los funcionarios públicos -cuya infracción se erige como criterio de determinación de la autoría en nuestro modelo punitivo- no sustrae de responsabilidad penal a los particulares que intervienen en delitos de corrupción de funcionarios a título de partícipes, sea como instigadores, o como cómplices primarios o secundarios.

No obstante, se debe enfatizar que el fundamento de la punibilidad en los delitos de corrupción de funcionarios es la protección de bienes jurídicos y no la infracción de un deber extrapenal, el cual se erige únicamente como criterio de determinación de la autoría. La defensa de los delitos de infracción del deber (*Pflichtdelikte*) como categoría que encuentra el baremo delimitador de la autoría en la titularidad de un deber extrapenal convertido en elemento del tipo, y no en la posesión del dominio del hecho (criterio utilizado para los *Herrschaftsdelikte*), corresponde a Roxin⁽³⁰⁾.

Al respecto, debe insistirse en que la titularidad del deber extrapenal constituye un mero criterio de

determinación de la autoría que no sustituye a la protección de bienes jurídicos como fundamento de la punibilidad, pues para determinar correctamente el círculo de autores en los delitos especiales es necesario utilizar el criterio de la titularidad del deber extrapenal como el criterio del dominio del hecho, de modo que, “(...) en rigor, los delitos consistentes en la infracción de un deber no son solamente eso mismo, sino también tipos delictivos con momentos normativos de dominio a los que se añade una exigencia adicional de vinculación de sus autores⁽³¹⁾”.

En síntesis, la punición de los particulares -*extraneus*- que intervienen en la comisión de los tipos de la Sección IV, Capítulo II, Título XVIII del Código Penal, guarda coherencia con la teoría de la participación, cuyos postulados permiten sancionar a un *extraneus* doloso como instigador o cómplice en la comisión de un delito especial propio ejecutado por el sujeto idóneo.

Efectivamente, según el principio de “accesoriedad limitada”, el hecho del partícipe está en relación de dependencia con el injusto realizado por el autor, y, según el principio de unidad del título de la imputación o unidad de calificación jurídica, los partícipes responden por el mismo delito imputado al autor⁽³²⁾, título que soporta la aplicación del principio de incommunicabilidad de las circunstancias que afectan la responsabilidad consagrado en el artículo 26 del Código Penal. En virtud de este principio, sólo son intransmisibles las cualidades y circunstancias que afecten la culpabilidad y punibilidad de los intervinientes en el hecho punible, mas no aquellas que se vinculan al injusto típico, como es la cualidad especial exigida al autor en los delitos especiales.

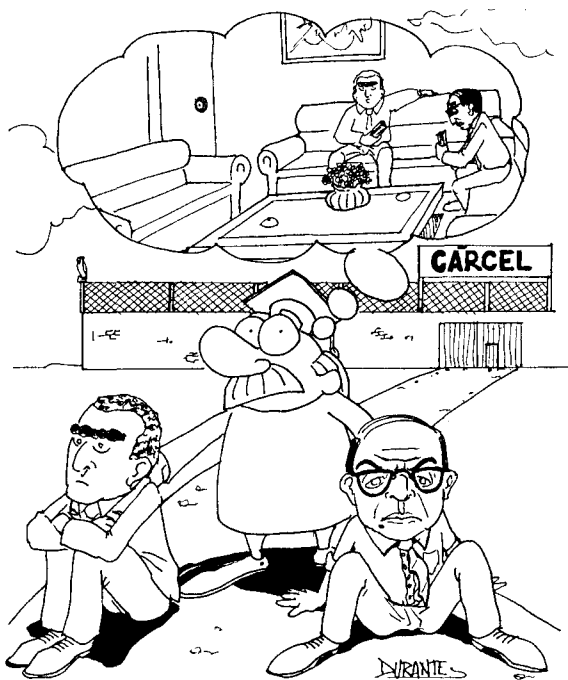
(28) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal*. Segunda Edición. Lima: Grijley, 1997. pp. 161-162.

(29) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, y otros. Op. cit.: pp. 255 y 256.

(30) ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo*. Madrid, 1998. p. 383 y ss. “No se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito. (...) Más bien el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad”.

(31) PIZARRO BELEZA, Teresa. *La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad versus dominio del hecho?*. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (edición española). *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1995. p.350.

(32) Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, y otros. Op. cit.: pp. 245-257; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. pp. 624-634; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Quinta Edición. Barcelona: PPU, 1998. pp. 305-400.



6 El papel del interesado en el delito de tráfico de influencias.

6.1 Consideraciones generales en torno al bien jurídico y al tipo de lo injusto.

El artículo 400 del Código Penal castiga al 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. En consecuencia, el autor del delito es propiamente el traficante de influencias, quien como acto ejecutivo simplemente ofrece su intercesión ante un funcionario o servidor público invocando influencias,

reales o simuladas, a cambio de lo cual recibe, entre otras, una ventaja determinada, la misma que no hace falta que tenga una connotación económica. En la redacción del precepto no se exige que el autor lleve a la práctica el ofrecimiento o que se haya conseguido el propósito buscado con la intercesión, esto es, la provocación en el funcionario influido de una determinada decisión solicitada por el interesado.

Al tratarse de un delito común, la calidad de funcionario público del traficante de influencias sólo es relevante para la aplicación de la agravante genérica del artículo 46-A del Código penal⁽³³⁾, pues el comportamiento incriminado se desarrolla íntegramente en la esfera privada.

Mir Puig, comentando el artículo 404 bis c) del Código Penal español derogado⁽³⁴⁾, considera que la criminalización del tráfico de influencias como delito de peligro abstracto pone de manifiesto la gran sensibilización de la sociedad ante el tema de la corrupción, aunque su práctica generalizada entre abogados y litigantes le confieran un valor meramente simbólico⁽³⁵⁾.

Sin duda, el adelantamiento de la intervención penal que caracteriza a la tipificación del tráfico de influencias es necesario, pues, de lo contrario, habría que supeditar la sanción penal a la verificación de la intercesión efectiva ante el funcionario público o a la emisión del pronunciamiento influenciado. La realización de estos actos, posteriores al acuerdo entre traficante de influencias e interesado, pueden subsumirse en los tipos de cohecho activo y pasivo, siempre y cuando el medio corruptor consista en donativos, promesas o cualquier ventaja. Es de advertir, que no existe tipo penal alguno que sancione autónomamente al particular que ejerza influencias sobre determinado funcionario público, sin que medie ventaja alguna⁽³⁶⁾.

(33) Al tratarse el tráfico de influencias de un delito común, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito, en aquellos casos en los que el autor se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer el hecho punible.

(34) Cuyos elementos materiales son similares a los de nuestro tipo penal de tráfico de influencias, con la diferencia que la consumación del tipo penal peruano siempre exige la aceptación del interesado. Así, "Artículo. 404 bis c).- Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaran de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor (...)".

(35) Vid. MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la administración pública*. Barcelona: José María Bosch, 2000. p. 261.

(36) Al suscribir y ratificar la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Perú se comprometió a considerar la tipificación de "Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado". Vid. Artículo XI, numeral 1), literal c) de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En este dispositivo se detallan una serie de conductas lesivas a los intereses de la administración pública, cuya tipificación en el ordenamiento interno de los Estados miembros deberá ser evaluada progresivamente.

En tal virtud, con la despenalización del tráfico de influencias, la imparcialidad u objetividad de la administración pública quedaría ayuna de tutela frente a los graves ataques de quienes utilizan sus influencias para torcer la voluntad de Magistrados judiciales y funcionarios a cargo de casos administrativos.

La tipificación del tráfico de influencias como delito de peligro abstracto, ha llevado a algunos autores a considerar que el bien jurídico tutelado es en realidad el “prestigio y buen nombre de la Administración⁽³⁷⁾”. Empero, atendiendo a la lejanía entre el comportamiento típico del traficante de influencias y los intereses de la Administración, otros autores afirman que se ha criminalizado un “peligro remoto” a dicho bien jurídico⁽³⁸⁾. No obstante, el carácter complejo del delito de tráfico de influencias exige el análisis independiente de cada modalidad típica, a fin de desentrañar el interés objeto de verdadera tutela penal.

La comisión de la primera modalidad, consistente en un “tráfico irreal de influencias”⁽³⁹⁾, no lesiona interés jurídico alguno de carácter institucional, pues, ante la ineficacia de las influencias invocadas, el peligro para el funcionamiento de la administración pública es nulo o imposible. Precisamente, este es el supuesto que la doctrina italiana denomina “venta de

humo” o *vendita di fumo*⁽⁴⁰⁾, en el que el interesado aparece como víctima de un delito de estafa.

Partiendo de la idea de independencia entre los ámbitos del Derecho Civil y Penal, la doctrina acepta de modo mayoritario la estafa sobre negocio jurídico con causa ilícita⁽⁴¹⁾, pues, en definitiva, el hecho que la víctima de la defraudación pretendiera con el acto de disposición patrimonial realizar un hecho delictivo, no impide el castigo como autor del delito de estafa de quien mediante engaño idóneo produjo la defraudación⁽⁴²⁾. Empero, la admisión de la estafa en los casos de negocios jurídicos con causa ilícita no es unánime y, ciertamente, depende de la concepción de “patrimonio” que se asuma como bien jurídico penal⁽⁴³⁾. Así, Manzini se muestra reticente en aceptar la estafa en caso de negocio jurídico con causa ilícita, argumentando que la víctima actuó libremente cuando pactó la prestación ilícita y efectuó la disposición patrimonial, por lo que no puede quejarse de su pérdida dineraria, puesto que cambió su dinero por una esperanza que el ordenamiento jurídico no reconoce como derecho⁽⁴⁴⁾.

En definitiva, desde una perspectiva teleológica, considero que la modalidad de “tráfico irreal de influencias” no posee entidad lesiva para el bien jurídico institucional que se pretende proteger,

(37) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias*. En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial*. Tomo IV. Madrid, 1994. p. 209. En la doctrina nacional, ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.; p. 435, identifica como objeto de tutela penal al “prestigio y regular funcionamiento de la administración pública”.

(38) Cfr. ORTS BERENQUER, Enrique. *Derecho penal. Parte especial*. Segunda Edición. Valencia, 1996.

(39) Cuando el traficante -invocando influencias simuladas- recibe el donativo o la promesa típica.

(40) Denominación acuñada en tiempos del emperador romano Alejandro Severo, con ocasión de la pena impuesta a un súbdito del Imperio Romano, que -aprovechándose de su amistad con el emperador- vendía influencias y privilegios. Fue condenado a morir en la hoguera, colocándose sobre ella la siguiente inscripción: *fumo punitur qui fumum vendidit*. Referencia histórica recogida por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*. Lima: Palestra, 2001. pp. 460-461; y, ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.; 433. Actualmente, se asimila la expresión “venta de humo” a la intercesión ofrecida por el traficante influencias, precisamente, por el carácter inmaterial de tal prestación.

(41) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la parte especial del Derecho penal*. Tomo II. Madrid, 1972; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Volumen II. Madrid: Ceura, 1987.

(42) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Op. cit.; p. 182. En virtud de este razonamiento, QUINTANO RIPOLLÉS, A. Op. cit.; concluye que “no es ilógico castigar al ladrón por su robo, y al estafador que luego le engañó, por **su estafa**; al traficante de estupefacientes por su **tráfico** y al que le defrauda en tal criminal mercancía por su **estafa**, y así sucesivamente, dado que las conductas fueron diversas y estrictamente individuales”.

(43) Cuestión que, como afirma QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Segunda Edición. Pamplona: Aranzadi. 1999. p. 475, no es baladí, pues de la noción de patrimonio que se asuma en términos jurídico-penales dependerá el momento de consumación de la estafa. Siendo un delito patrimonial en sentido estricto, la configuración del tipo de estafa exige la lesión material y efectiva del patrimonio de la víctima. Por su parte, la doctrina penalista -en forma mayoritaria- se decanta por una concepción mixta (económica y jurídica) de patrimonio, que incluye bienes y derechos de contenido patrimonial puestos a disposición de una persona.

(44) *Ibid.*; p. 256.

debiéndose optar -sólo en este caso- por la impunidad del traficante e interesado, al no configurarse las exigencias de antijuricidad material⁽⁴⁵⁾.

La segunda modalidad típica prevista en el artículo 400 del Código Penal, consiste en un “tráfico real de influencias”, incrimina el comportamiento del particular que se ofrece a interferir en la decisión de un funcionario jurisdiccional o administrativo, valiéndose de su superioridad jerárquica o de cualquier relación de la que se derive una posición de ascendencia, a cambio de recibir una ventaja efectiva o potencial⁽⁴⁶⁾.

De entrada, la modalidad de “tráfico real de influencias” prevista en el Código nacional impide asimilar como bien jurídico tutelado al “prestigio y buen nombre de la Administración”⁽⁴⁷⁾, por tratarse de un interés espiritual que no es digno de tutela en un Estado social y democrático de Derecho⁽⁴⁸⁾. Antes bien, el objeto de protección ha de concretarse en “la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas”⁽⁴⁹⁾, interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional⁽⁵⁰⁾. Sin duda, este bien jurídico es tutelado a través de un delito de peligro abstracto, en el que la criminalización del tráfico de influencias importa el adelantamiento de la barrera punitiva a un estadio previo a la lesión del bien jurídico, pues su consumación no exige la materialización de la intercesión.

Al igual que los delitos de corrupción pasiva de funcionarios, el tráfico de influencias constituye un delito mutilado de dos actos, que requiere la solicitud de la ventaja o promesa por parte del traficante y el compromiso de interceder posteriormente ante un magistrado judicial o funcionario a cargo de un caso administrativo. Este compromiso constituye una finalidad ulterior a la consumación del delito, pues trasciende al propio ámbito del dolo, en la medida que no se exige el uso efectivo de las influencias por parte del traficante.

6.2 Críticas a la posición que rechaza la punibilidad del interesado.

La relevancia penal de la intervención del interesado en el delito de tráfico de influencias no es aceptada de modo uniforme en la doctrina nacional y extranjera. Así, comentando la situación legal del interesado en el tráfico de influencias, Rojas Vargas considera que ésta es irrelevante por cuanto en la redacción del tipo delictivo no se hace mención expresa a este sujeto⁽⁵¹⁾. Este autor apoya su conclusión en los postulados de la doctrina italiana, según la cual el traficante, al arrogarse influencias sobre los funcionarios a cargo de procesos judiciales y/o administrativos, lesiona los intereses de la administración pública⁽⁵²⁾.

En esta misma línea, la doctrina española es mayoritariamente reticente a la hora de aceptar la

(45) Ante las limitaciones del carácter formal de la antijuricidad, expresada en la mera contradicción entre un acto y una norma positiva, la noción “material” de antijuricidad exige que la conducta -que ha transgredido la norma positiva- lesione o ponga en peligro un bien jurídico que el Derecho tutele. Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 278.

(46) Nótese que este tipo penal no castiga la conducta del funcionario que cede ante la interferencia del traficante, ni la conducta de éste último cuando formula la solicitud al funcionario

(47) Al comentar el artículo 430 del Código Penal, similar al 400 de nuestro texto punitivo, MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA. Op. cit.; p. 1277, concluyen que “la incriminación de esta clase de comportamientos únicamente puede responder a la tutela del prestigio y buen nombre de la administración”. “Artículo 430 del Código Penal español.- Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores (que sanciona al funcionario o particular que influyera en funcionario público o autoridad prevaliéndose de sus influencias, para conseguir resolución favorable), solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados (...)”.

(48) Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Op. cit.; pp. 462-463.

(49) En similar sentido, *Ibid.*, para quien en la modalidad de “influencia real” se produce un atentado -ciertamente lejano- contra la imparcialidad del funcionario y el carácter público de la función, y en la modalidad de “influencia simulada” se lesiona el patrimonio individual del interesado.

(50) Consagrado en el artículo 139, inciso 2), de la Constitución de 1993.

(51) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2001. p. 439.

(52) MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho penal*. Tomo 9, Volumen IV. Buenos Aires: Ediar, 1961. pp. 260 y ss. Este autor, citado por Fidel Rojas Vargas, señala que el traficante de influencias y el interesado actúan con distintos valores: “el traficante vende humo, el interesado compra asado”. Sin embargo, debe aclararse que la doctrina italiana considera que la conducta del interesado no es merecedora de pena en aquellos casos en los que las influencias invocadas por el sujeto activo son simuladas o inexistentes, supuesto al que denominan como *vendita di fumo*. En dicho ordenamiento, no se sanciona autónomamente el “tráfico real de influencias”.

punibilidad del interesado en la modalidad de tráfico real de influencias⁽⁵³⁾. No obstante, tal posición sólo tiene asidero dogmático en la regulación española, pues el artículo 430 de su texto punitivo no exige la aceptación del interesado para la configuración del injusto, sino que para ello basta la solicitud del traficante. En tal contexto normativo, no interesa la respuesta del interesado, puesto que siempre tendrá lugar en una fase posterior a la consumación del delito⁽⁵⁴⁾. Ello no es así en la tipificación peruana, pues el artículo 400 del Código nacional exige la aceptación del interesado para la consumación del delito.

Complementariamente, quienes niegan la relevancia penal del comportamiento del interesado, afirman que éste es en realidad una víctima del traficante de influencias, “y que el descrédito de la administración pública que la norma penal trata de impedir no deriva de la acción del interesado sino de la del traficante de influencias⁽⁵⁵⁾”. Esto es correcto, ya que sólo el traficante de influencias puede ser autor del delito, mas ello no es suficiente para descartar la relevancia penal -a título de partícipe- de la conducta del interesado.

En efecto, conforme se desarrolla en el epígrafe 6.3., la autoría del delito comentado sólo corresponde al titular de las influencias -el traficante propiamente dicho-, y los interesados sólo pueden alcanzar niveles de participación. Esta idea es compartida por Muñoz Conde al comentar el artículo 430 del Código Penal español, afirma que “si otro particular llega a aceptar u ofrece para ello una remuneración, puede ser también castigado, pero como cooperador o inductor del delito previsto en el artículo 430 y no como autor en sentido estricto del mismo⁽⁵⁶⁾”.

La línea argumentativa que excluye de relevancia penal los actos de instigación y participación del interesado, ha sido desarrollada ante el Tribunal Superior Anticorrupción por la defensa de diversos inculcados en el “Caso Montesinos”. La impunidad del particular al que se ofrece la influencia ha sido sustentada en la falta de merecimiento de pena de su comportamiento, por considerarlo víctima del traficante y del sistema generalizado de corrupción. A mi juicio, esta posición enfrenta dos cuestionamientos insalvables. Por un lado, se pretende justificar la impunidad del interesado, entendiendo que su comportamiento es expresión de un estado de necesidad, imposible de configurarse en dichos términos. En efecto, el estado de necesidad justificante “se presenta cuando el agente realiza una conducta típica con la finalidad de proteger un derecho propio o ajeno de una amenaza o daño actual o inminente, produciendo en tal empeño una lesión de menor gravedad que la impedida en los bienes jurídicos de otra persona, siempre y cuando no pueda acudir a otra vía distinta y no esté obligado jurídicamente a afrontar el trance o haya sido provocado por él⁽⁵⁷⁾”. Aún en un contexto de conflicto entre los intereses patrimoniales del interesado -materia de un proceso judicial- y el correcto funcionamiento de la administración pública o, más precisamente, el prestigio y buen nombre de la administración, no puede justificarse el comportamiento de quien se decanta por sus intereses patrimoniales en desmedro de un bien jurídico institucional, de mayor estimación jurídica. Por otro lado, la consideración del interesado como víctima del traficante de influencias exige reconocer que aquel no tiene otra opción que acudir a éste para conseguir el reconocimiento de derechos, en tanto que dicha

(53) Por todos, MORALES PRATS, Fermín y María José Rodríguez Puerta. Op. cit.; p. 1242, señalan: “en cuanto a la posible participación del sujeto al que se dirige la solicitud de dádivas, presentes o remuneraciones, cabe indicar que la propia estructura típica -tipo de participación necesaria- excluye la posibilidad de que responda por este delito el particular recipiendario de la indicada solicitud, con independencia de cual fuere su respuesta”.

(54) Ibid. Por ello, estos autores señalan a renglón seguido que: “La responsabilidad del que compra las influencias *in fieri* (potencialmente) depende de que ulteriormente el destinatario de las dádivas o presentes haga uso efectivo de las mismas. En esos casos, responderá como cooperador o inductor del delito de tráfico de influencias (ya materializadas) del artículo 429 del Código Penal”.

(55) ROJAS VARGAS, Fidel (Loc. cit.). El carácter de víctima del interesado en el tráfico de influencias es sostenido por Antolisei, quien afirma que es una variedad de la estafa.

(56) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. Décimo Segunda Edición. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 982.

(57) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general*. Tercera Edición. Santa Fe de Bogotá: Temis. pp. 511-512. De conformidad con el artículo 20, inciso 4) del Código penal peruano, actúa en estado de necesidad justificante el que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien jurídico resulta predominante sobre el interés dañado; y, b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro.

declaración es imposible de obtener por los cauces jurídicos normales. Si bien Vladimiro Montesinos se erigió como cabecilla de una organización que utilizó el aparato de poder para la consecución de fines políticos y económicos, ello no permite afirmar que ejercía dominio factual sobre toda la administración pública, de suerte que el Poder Judicial se haya encontrado absolutamente instrumentalizado a su favor, y que se haya cerrado toda posibilidad de recurrir a la jurisdicción interamericana. Sólo en un escenario de absoluto y cerrado control de la administración puede afirmarse que los litigantes tienen la necesidad de acudir al traficante de influencias, empero, ello no justifica que se prefieran bienes jurídicos individuales de naturaleza esencialmente patrimonial en detrimento de bienes jurídicos institucionales.

Por lo demás, como ya fue mencionado⁽⁵⁸⁾, es la doctrina italiana la que atribuye la calidad de víctima al interesado en el tráfico de influencias, puesto que en dicho ordenamiento jurídico sólo se criminaliza la venta de influencias simuladas⁽⁵⁹⁾, cuyo comportamiento podría subsumirse en el tipo penal de estafa, siempre que ésta se admite en casos de negocios con causa ilícita. Acorde con ello, el interesado en la intercesión nunca será víctima del delito de tráfico de influencias, sino que, **en la medida que éstas sean simuladas**, podrá ser considerado sujeto pasivo de una estafa.

Asimismo, la concepción del interesado en la intercesión como víctima del delito de tráfico de influencias no es de recibo a la luz del principio de lesividad que reconoce el artículo IV del Título

Preliminar del Código Penal, si se tiene claro que el bien tutelado en el tráfico de influencias es de orden institucional, como han defendido en el Derecho Penal contemporáneo autores como Bustos Ramírez⁽⁶⁰⁾, por lo que la titularidad del mismo no puede atribuirse a los particulares. Siguiendo la posición de quienes identifican al interesado como agraviado se llegaría a la incongruencia de otorgar eficacia excluyente de antijuricidad al consentimiento de éste, posibilidad que de modo unánime rechaza la doctrina en materia de delitos contra el Estado.

6.3 Toma de postura.

El análisis de la punibilidad del interesado en el delito comentado debe iniciarse por considerar que **el injusto típico se perfecciona con la aceptación del interesado**, pues las modalidades de tráfico de influencias contempladas en el artículo 400 del Código Penal requieren la recepción de ventaja o de promesa de entrega. Evidentemente, ello implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento por parte del interesado, sea al aceptar entregar la ventaja o al realizar la promesa de su entrega al traficante. De entrada, el delito de tráfico de influencias se erige como un “tipo de participación necesaria”, de suerte que la realización del injusto exige un acuerdo de voluntades entre el traficante y el interesado. Al respecto, Jescheck sostiene que “existe participación necesaria cuando un tipo se halla configurado de manera que para su realización se necesita conceptualmente la intervención de más de una persona, como ocurre en [...] la usura⁽⁶¹⁾”.

(58) Vid. *Supra*, nota 52.

(59) El delito de tráfico de influencias se encuentra tipificado en el artículo 346 del Código Penal italiano de la siguiente forma: “Artículo 346.- Simulación y venta de influencias. El que, simulando influencias ante un funcionario público, o ante un empleado público que preste algún servicio público, reciba o haga dar o prometer, para sí o para otros, dinero u otra utilidad, como precio de su propia mediación ante el funcionario o empleado público, será castigado con reclusión de uno a cinco años y con multa de tres a veinte mil liras. La pena será de reclusión de dos a seis años y multa de cinco mil a treinta mil liras, si el culpable recibe o hace dar o prometer, para sí o para otros, dinero u otra utilidad, con el pretexto de que tiene que comprar el favor de un funcionario o empleado público, o de que tiene que remunerarlo”.

(60) Este autor realiza la siguiente clasificación: a) Bienes jurídicos referidos a las bases de la existencia del sistema, cuya absoluta destrucción desencadenaría el colapso del sistema social, tales como la vida, salud individual, libertad, patrimonio y honor; b) Bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema, cuya destrucción generaría el funcionamiento defectuoso de sistema social, aunque no originaría el colapso del mismo. Estos bienes son, a su vez, clasificados en: b.1) Bienes jurídicos colectivos, cuya afectación impide el desarrollo efectivo de los bienes jurídicos individuales más importantes. En esta sub-clasificación se ubica la estabilidad del ecosistema, la salud pública, etc.; b.2) Bienes jurídicos institucionales, referidos al conjunto de procesos y vías que son necesarias dentro del sistema para que los sujetos puedan interrelacionarse. Entre ellos se encuentran la fe pública, la administración de justicia, la administración pública, etc.; y, b.3) Bienes jurídicos de control, vinculados al conjunto de medios que utiliza el Estado para asegurar su poder, tales como la protección de la seguridad interior y exterior del Estado. Vid. *In extenso*. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZABAL MALARÉE. *Manual de Derecho penal. Parte general*, 1994, pp. 115 y ss.

(61) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Cuarta Edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 636.

Siguiendo la clasificación propuesta por Jescheck, el delito de tráfico de influencias se encardina en los denominados “delitos de encuentro”, esto es, aquellos en los que las manifestaciones de voluntad de los intervinientes se dirigen a una meta común (puesta en peligro del mismo bien jurídico), pero desde ángulos distintos (el traficante busca una contraprestación por su intercesión, y el interesado pretende una resolución judicial o administrativa favorable)⁽⁶²⁾.

Efectivamente, el bien jurídico -expresado como el respeto al principio de imparcialidad u objetividad de la administración pública- no puede ser colocado en situación de riesgo por el sólo comportamiento del traficante, pues, si éste ofrece utilizar sus influencias para interceder ante el órgano judicial o Tribunal Administrativo y el interesado rechaza la propuesta, no se perfecciona el injusto típico del artículo 400. En suma, la aceptación del interesado contribuye causalmente al perfeccionamiento del injusto.

Ciertamente, en ningún caso, el interesado que acepta el ofrecimiento del traficante puede ser reputado autor del delito de tráfico de influencias, pues la estructura típica requiere que el titular de las influencias sea quien solicite o reciba la ventaja o promesa, a efectos de interceder ante el funcionario que conoce determinado caso judicial o administrativo. Empero, en todo caso, el interesado que acepta la oferta es **cómplice primario** del traficante de influencias, cuyo comportamiento coloca en situación de riesgo la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública, en la medida que dichas influencias sean reales⁽⁶³⁾.

En efecto, Jescheck pone de manifiesto que la punibilidad de la participación necesaria debe ser la excepción y no la regla general⁽⁶⁴⁾, debiendo quedar

impune la conducta del interviniente necesario: (i) en aquellos preceptos penales que pretenden precisamente la protección del interviniente necesario, por ejemplo en el supuesto que un alumno de la escuela primaria tolere el tocamiento lúbrico del maestro, o que el receptor del dinero haya incitado al prestamista a concluir el negocio usurario. Definitivamente, estas hipótesis difieren sustancialmente de lo que ocurre en el tráfico de influencias, pues éste precepto no apunta a la tutela del interesado, sino de un bien institucional; (ii) en aquellos preceptos penales que prohíben el auxilio del delincuente, cuando el beneficiario es el interviniente necesario, pues en estos casos el exceso en la participación es natural. En este sentido, no es punible la complicidad de los presos en su propia fuga, en tanto se trata de una situación análoga al estado de necesidad; y, (iii) cuando la iniciativa para la realización del hecho venga **típicamente** de su parte, como el supuesto de la inducción al favorecimiento de la prostitución en interés propio. Ciertamente, en el delito de tráfico de influencias la iniciativa proviene **típicamente** del traficante, en tanto debe invocar sus influencias antes de recibir la ventaja o promesa, por lo que no se trata de un supuesto de impunidad del interviniente necesario. Siguiendo el razonamiento del citado profesor alemán, se puede concluir válidamente que la participación del interesado en el tráfico de influencias, es uno de los supuestos de excepción en los que se admite la punibilidad del interviniente en los “tipos de participación necesaria”.

A mi juicio, la irrelevancia penal del comportamiento del interesado sólo es defendible desde un esquema de autoría, mas no de participación -complicidad e instigación⁽⁶⁵⁾-. En definitiva, que el interesado no sea mencionado expresamente en la redacción del tipo del artículo 400 del Código Penal,

(62) Ibid.

(63) En la doctrina nacional, sólo ABANTO VÁQUEZ, Manuel. Op. cit.; p. 472, reconoce que el interesado es “partícipe necesario”. Efectivamente, este autor afirma que “La Autoría y Participación presenta peculiaridades. “Autor” sólo puede ser el “intermediario”; **el interesado es “partícipe necesario”**, pero nunca coautor, pues no es él quien “invoca” ni “ofrece interceder”. Empero, seguidamente señala que “El interesado que compra la “influencia” **no responderá como Cómplice** de este delito. Esto tiene su razón de ser en que el tipo penal sanciona el “tráfico” y los actos que colaboran con este tráfico, es decir, la parte de la “venta de la influencia”; para la parte de la “compra de la influencia” no se ha previsto nada específico”. Acorde con ello, para este autor el interesado puede ser instigador del tráfico de influencias, mas no cómplice primario, pues de otra manera no se explicaría como -en un primer momento- acepta su calidad de “partícipe necesario”, y luego señala que no puede ser cómplice del delito.

(64) Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit.; pp. 637-638.

(65) En este mismo sentido, MIR PUIG, Carlos. Op. cit.; p. 274, comentando el tipo del artículo 430 del Código Penal español de 1995, que criminaliza el comportamiento del que solicita ventajas o acepta ofrecimiento para influir en un funcionario público con el objeto de conseguir una resolución que le genere beneficios económicos para sí o para un tercero, afirma que “si el tercero ofrece o promete, es un inductor”.

y que la lesión o puesta en peligro de los intereses de la administración pública se derive del comportamiento del traficante de influencias, sólo permiten excluir la responsabilidad penal del interesado a título de autor. La admisibilidad de la responsabilidad penal del interesado, a título de partícipe, no exige su positivización en el tipo legal, pues los artículos 24 y 25 del Código Penal sancionan como forma de participación delictiva la realización dolosa de un comportamiento idóneo para determinar en otro una resolución criminal, y la colaboración dolosa para la realización del hecho punible.

Ahora bien, el interesado también puede ostentar la calidad de instigador del delito de tráfico de influencias. Efectivamente, ello ocurre cuando se solicita la intercesión del titular de las influencias, a sabiendas del dominio material que éste ejerce en determinado ámbito público. La consideración del interesado como instigador, en estos casos, no implica desconocer que sólo el comportamiento del traficante es idóneo para cumplir el requisito de lesividad⁽⁶⁶⁾.

Esta concepción de la parte general de nuestro Derecho Penal obliga a la interpretación de la parte especial, en este caso del tipo delictivo de tráfico de influencias, el cual aparece redactado, como es común, mediante la prohibición de la conducta del autor del hecho, y sin exclusión alguna mediante la fórmula general “el que”, prohibición que se amplía -

precisamente- en virtud de las cláusulas de la parte general que sancionan la participación delictiva, esto es, la instigación y la complicidad.

Definitivamente, durante el régimen presidencial de Alberto Fujimori Fujimori, mucha gente acudió a Vladimiro Montesinos Torres, a sabiendas del dominio funcional que ejercía sobre gran parte del sistema judicial, para solicitar su intercesión en diversas causas, y se mostraron dispuestos a otorgar ventajas a cambio, que involucraban en algunas oportunidades el compromiso de entrega de dinero y, en otros, de apoyo político.

En tales casos, el interesado tiene un doble nivel de participación. Por un lado, tiene la calidad de instigador del delito de tráfico de influencias, pues al acudir al traficante y exponerle sus problemas judiciales, teniendo conocimiento de la ascendencia de éste sobre los funcionarios que conocen el caso judicial o administrativo, y exteriorizar su disposición a concederle ventajas a cambio de su intercesión, hace nacer en el traficante la resolución criminal; y, por otro lado, será cómplice de dicho ilícito una vez que haga entrega del donativo o formule la promesa ventajosa a favor del traficante. La verificación de este doble nivel de participación en el comportamiento del interesado, exige la aplicación del principio de subsidiariedad⁽⁶⁷⁾, en cuya virtud las formas de participación más débiles cederán ante las más graves. *AR*

(66) El cual se verificará cuando las influencias sean reales, pues es discutible que la criminalización de la obtención de una ventaja a través del ofrecimiento de intercesión judicial o administrativa, sobre la base de influencias simuladas, coloque a la administración pública en una situación de peligro, por más nivel de abstracción que se le atribuya. Por ello, en estos casos, algunos autores sostienen que el interesado es una víctima del traficante, en tanto le causa un perjuicio patrimonial. Empero, esta posición no es admisible desde una interpretación teleológica del precepto, pues el bien jurídico protegido es institucional y no individual.

(67) Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit.; p. 635. Al tratar el concurso de las diversas formas de participación, este autor afirma que: “Si en una persona **concurren** autoría y participación, o **inducción**”