

---

# ¿Una historia sin fin?: La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias

José Leandro Reaño Peschiera<sup>(\*)</sup>

Abogado. Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional. Doctorado de Derecho Penal en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

## 1. Sinopsis.

El tráfico de influencias pertenece a la categoría de los **delitos de encuentro** porque su dinámica comisiva exige el acuerdo de dos voluntades para consumarlo. Por una parte, el traficante invoca influencias y ofrece interceder a favor del interesado ante un funcionario judicial o administrativo, a cambio de una ventaja efectiva o prometida; y, de otro lado, el interesado acepta la oferta de intercesión formulada y entrega la ventaja solicitada o se compromete a entregarla<sup>(1)</sup>. Esta suerte de bilateralidad, estructuralmente semejante a la secuencia oferta-aceptación que caracteriza a los negocios jurídicos, no es exclusiva del tráfico de influencias, sino que también se aprecia en tipos penales como la estafa, la usura, la seducción, entre otros. Pero a diferencia del estafado, del sujeto pasivo de la relación crediticia usuraria y del seducido, 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.

En lo que alcanzo, el interesado en un tráfico de influencias puede comportarse de tres modos distintos y excluyentes entre sí: (i) aceptar la oferta de intercesión formulada por el traficante, sin haberla solicitado directa o indirectamente, consintiendo el pago de una contraprestación por su servicios; (ii) solicitar directa (personalmente) o indirectamente (a través de intermediarios) la intercesión del traficante, llegando a un acuerdo económico respecto a la contraprestación que éste recibirá por su gestión; y, (iii) rechazar la oferta de intercesión formulada por el traficante, habiéndola solicitado el mismo interesado o habiendo nacido del traficante.

En el presente trabajo planteo principalmente el tema de la responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias, y me propongo demostrar las siguientes hipótesis: (i) el sujeto que acepta la intercesión ofrecida por el traficante, a cambio de

(\*) A María Laura, sin ti todo sería distinto.

(1) Los delitos que exigen la concurrencia de varios intervinientes son clasificados, desde *Freudenthal*, en dos grupos: (i) en los **delitos de convergencia**, la actuación coordinada de varios sujetos se dirige hacia una meta común, esto es, los concurrentes se encuentran del mismo lado; y, (ii) en los **delitos de encuentro**, los aportes de los intervinientes también se dirigen a una meta común, pero se realizan desde ángulos distintos. Aquí, los concurrentes se hallan en posiciones distintas. Sobre la categoría de los delitos de encuentro, ver: JAKOBS. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da edición. Traducido por: CUELLO CONTRERAS, J. y J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Madrid, 1995. pp. 840-842; JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción y adiciones de Derecho español por MIR PUIG, Santiago y Francisco MUÑOZ CONDE. Barcelona, 1981. pp. 968-971; MAURACH. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Traducido por: CÓRDOBA RODA, Juan. Barcelona, 1962. pp. 351-354.

una contraprestación, es punible como cómplice primario de tráfico de influencias; y, (ii) el sujeto que solicita exitosamente una oferta de intercesión al traficante, llegando a un acuerdo remunerado de intercesión, es punible como instigador de tráfico de influencias.

La discusión sobre el tema que abordo tiene su historia. En *Ius et Veritas* No. 23 defendí la tesis que considera punible a todos los sujetos que intervienen en un acto de tráfico de influencias, imputándoles el suceso a los traficantes bajo un esquema de autoría y a los interesados conforme a uno de participación<sup>(2)</sup>. Esta tesis, reafirmada posteriormente en una publicación colectiva<sup>(3)</sup>, ha sido intensamente criticada por quienes consideran que el interesado **nunca** puede ser cómplice del tráfico de influencias en el que interviene<sup>(4)</sup>, ni tampoco instigador<sup>(5)</sup>.

Aunque la discusión científica y la confrontación enérgica de ideas siempre debe valorarse positivamente, no puede decirse lo mismo de aquellas críticas formuladas de modo ofensivo y sobre la base de tergiversaciones de planteamientos ajenos, pues se alejan de los estándares de seriedad y rigurosidad que caracterizan al trabajo académico. Sirvan solo como prefacio algunas referencias a las críticas que la profesora García Cantizano formula contra mi posición.

Mi planteamiento sobre la impunidad del tráfico de influencias irreales o simuladas, sustentado en una interpretación teleológica del precepto legal, es calificado por esta autora como “totalmente absurdo”<sup>(6)</sup>. Asimismo, afirma que mi tesis sobre la responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias se realiza “sobre la base de una interpretación *contra natura* de la ley penal”<sup>(7)</sup>. En otro pasaje de su artículo, la profesora García Cantizano manipula la lógica estructural de mi



planteamiento y aplicándolo al delito de usura afirmando que según mi razonamiento “habría que concluir necesariamente con que el prestatario, es decir, quien recibe el préstamo usurero, también resulta ser inductor y cómplice en este delito (...), **conclusión claramente absurda a la que llevaría este planteamiento**”<sup>(8)</sup>. Y afirma ello a pesar de que en el trabajo publicado en *Ius et Veritas* No. 23, insistentemente citado por dicha autora, señalé expresamente que el tráfico de influencias constituye “uno de los supuestos de excepción en los que se admite la punibilidad del interviniente necesario (el interesado)”<sup>(9)</sup>, habiendo además precisado en aquella oportunidad la atipicidad de

- (2) 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*. Año XII. Número 23. 2001. pp. 283-298.
- (3) SAN MARTÍN CASTRO, César y otros. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima, 2002. pp. 43-75.
- (4) RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables?* En: *Ius et Veritas*. Año XII. Número 24. 2002. pp. 264-275, especialmente, p. 275; YON RUESTA, Roger. *Tráfico de influencias. Un análisis al contenido del tipo penal*. En: *Themis*. Número 45. 2002. pp. 229-242; GARCÍA CANTIZANO, María. *Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias al amparo del principio de legalidad en materia penal*. En: *Actualidad Jurídica*. Número 102. 2002. pp. 18 y ss., trabajo también publicado en: AA.VV. *Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias*. Lima, 2003. pp. 551-566, que es tomado como referencia en las citas del presente texto.
- (5) YON RUESTA, Roger. Op. cit.; GARCÍA CANTIZANO. Op. cit.
- (6) García Cantizano. Op. cit.; p. 557.
- (7) *Ibid.*; p. 561.
- (8) *Ibid.*; p. 563.
- (9) REAÑO PESCHIERA, Jose Leandro. Op. cit.; p. 297.

la participación necesaria en aquellos preceptos que orientan su protección al interviniente necesario, lo que precisamente fue ilustrado de la mano del delito de usura, pronunciándome expresa y obviamente a favor de la impunidad de quien recibe el dinero del prestamista usurero, aunque previamente haya “instigado” o determinado su entrega, pues -como afirmé en aquella oportunidad<sup>(10)</sup>- se trata de un caso estructuralmente diverso al que se presenta en la dinámica comisiva del tráfico de influencias: el tipo penal de usura protege al receptor del préstamo (sujeto pasivo de la relación crediticia)<sup>(11)</sup>, el tipo penal de tráfico de influencias no protege al sujeto en cuyo favor se trafican las influencias. Las críticas de la profesora García Cantizano han llegado al extremo de acusarme de “quebrar toda la dogmática penal elaborada en torno a la teoría de la participación delictiva”<sup>(12)</sup>. Pero este apartado introductorio no es lugar apropiado para hacer frente a las observaciones realizadas a mi planteamiento<sup>(13)</sup>.

Los difíciles problemas interpretativos que giran en torno a la intervención del interesado en el tráfico de influencias no solo es preocupación de académicos, sino que están siendo abordados por los órganos judiciales peruanos, cuyas decisiones no deben ser soslayadas en tanto intérpretes definitivos de la ley penal. La línea jurisprudencial que en esta materia viene sentando la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia encargada de los procesos anticorrupción merece -a mi juicio- una valoración positiva. Este Tribunal se ha pronunciado ya en diversas ocasiones sobre la tipicidad del comportamiento del interesado que solicita el tráfico de influencias, considerando posible su procesamiento penal como instigador, lo que significa admitir que puede ser sancionado con la misma pena del autor conforme se establece en el artículo 24 del Código Penal.

El objetivo trazado para el presente artículo no podría cumplirse si antes no se exponen los lineamientos teóricos que en materia de autoría y participación delictiva considero correctos, pues la validez de una tesis no puede ser enjuiciada según las preferencias estéticas del lector, sino por la sólida coherencia que debe existir entre las conclusiones que se defienden y las premisas metodológicas adoptadas. Aunque no gusten las consecuencias ni se compartan los puntos de partida metodológicos, el objetivo se habrá cumplido si se reconoce dicha relación de coherencia.

## 2. Fundamentos de la teoría de la intervención delictiva.

### 2.1. El injusto de intervención y la denominada accesoriadad de la participación.

A diferencia de los ordenamientos en los que rige un concepto unitario de autor<sup>(14)</sup>, el Código Penal peruano divide a los sujetos que imputablemente intervienen en un suceso delictivo en autores y partícipes, según su protagonismo. La doctrina dominante considera que esta distinción opera en el ámbito de la tipicidad, diferenciando entre injusto de autoría e injusto de participación según se lesione una norma de la Parte Especial o una de la Parte General del Código Penal, respectivamente<sup>(15)</sup>. Esta idea se deriva del concepto restrictivo de autor<sup>(16)</sup>, según el cual los tipos de participación (complicidad e instigación) son causas que extienden la punibilidad, en principio solo prevista para los autores en los tipos de la Parte Especial. Con ello quiere decirse que los tipos penales de la Parte Especial son completados o ampliados por los preceptos de complicidad e instigación previstos en la Parte General.

(10) Ibid.

(11) Se discute en la doctrina si dicha protección es mediata o inmediata, según se postule la protección de un bien jurídico supraindividual (la confianza y la buena fe en los negocios, la intangibilidad del sistema crediticio, etcétera) o uno de naturaleza individual (el patrimonio); pero nadie niega que la protección del precepto se orienta en alguna intensidad al sujeto pasivo de la relación crediticia. Ver en JAKOBS. *Derecho Penal. Parte general*. Op. cit.; p. 840.

(12) GARCÍA CANTIZANO, María. Op. cit.; p. 564.

(13) La respuesta detallada a estas y otras críticas se encuentra en los apartados 3 y 4 del presente texto.

(14) Por ejemplo en el Derecho austriaco, donde la legislación no distingue entre autores y partícipes, sino que califica a todos los intervinientes imputables en el hecho punible como autores. Ver: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en Derecho penal*. Barcelona, 1991. pp. 47 y ss.

(15) Ver: PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Madrid, 1990. pp. 329 y ss. GÓMEZ RIVERO. *La inducción a cometer el delito*. Valencia, 1995. pp. 41 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN. *La complicidad en el delito*. Valencia, 1997. pp. 113 y ss.; RUÍZ ANTÓN. *El fundamento material de la pena en la participación*. En: *Cuadernos de Política Criminal*. Número 11. 1980. pp. 47 y ss.

(16) Ver la recepción de esta concepción en la doctrina alemana en JESCHECK. Op. cit.; pp. 892-894; y, en la doctrina española, ver MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 6ta edición. Barcelona, 2002. pp. 362-370.

La razón que justifica dicha ampliación de la punibilidad a conductas que no realizan inmediatamente el tipo especial, esto es, que no se dirigen directamente contra el interés jurídico allí tutelado, ha sido buscada insistentemente en los estudios de dogmática penal. Estos esfuerzos pueden agruparse según posiciones que defienden la idea de **acesoriedad** o dependencia del injusto de participación al injusto de autoría, y posturas que rechazan tal vinculación por entender que ambos injustos son autónomos.

Revisemos y evaluemos brevemente las tesis que intentan fundamentar el injusto del participen al hilo de un ejemplo sencillo y de una variante del mismo: para matar a su infiel novio, una mujer decepcionada del amor le pide a un amigo repostero que prepare una torta de chocolate que contenga la dosis de cianuro necesaria para quitarle la vida a una persona. El amigo repostero accede a lo solicitado, e inmediatamente, luego de entregar el postre envenenado, emprende un largo viaje al extranjero. La mujer, luego de dos días de haber recibido el pastel envenenado, invita una porción a su novio, quien rápidamente fallece a causa del cianuro. **Variante:** luego de recibir el dulce envenenado, la mujer se arrepiente de sus planes, echa a la basura el pastel y se reconcilia con su novio.

Por el lado de quienes defienden la autonomía (**no acesoriedad**) del injusto de participación respecto al injusto de autoría, se entiende que partícipes y autores realizan delitos independientes, de modo que cada uno debe responder por el injusto propio. Lo propio entonces sería hablar de “delito de partícipe” y no de “participación en el delito”, pues el comportamiento del partícipe, consistente en contribuir a la realización de un **hecho ajeno**, lesiona directamente un interés jurídico distinto del vulnerado por el autor. Si aplicamos estas ideas a nuestro ejemplo, tenemos que la mujer engañada lesiona la norma que prohíbe matar a otra persona (artículo 106 Código Penal), mientras que el amigo repostero infringe la norma que prohíbe colaborar en el hecho lesivo que realiza otra persona (artículo 25 Código Penal). Según esta concepción, defendida en Alemania por Lüderssen y en el ámbito latinoamericano por Sancinetti<sup>(17)</sup>, en la variante de

nuestro ejemplo el amigo debe responder penalmente por un delito de participación, pues con la entrega del postre envenenado acaba **su** ilícito, al haber perdido toda posibilidad segura de revocación del hecho en el que admitió colaborar.

Es indudable la coherencia que guarda este planteamiento con el **principio de responsabilidad personal**, según el cual nadie debe ser incriminado por el hecho de otro, pero al considerar punible un comportamiento anterior a la realización del hecho típico quiebra el denominado **principio del hecho**, según el cual solo son punibles los sucesos que exteriorizan socialmente una perturbación a intereses penalmente garantizados<sup>(18)</sup>. Efectivamente, desde la perspectiva del homicidio planeado, la entrega de la torta envenenada al potencial autor no comporta el inicio de la ejecución del delito (tentativa), sino que tan solo constituye un acto preparatorio dentro del *iter criminis*, de modo que si el potencial autor se abstiene de continuar el plan ideado no existe fundamento para sancionar a su colaborador. Quien dude de ello, y piense que colaborar con un sujeto dispuesto a cometer un delito, realizando aportes peligrosos e idóneos para lesionar bienes jurídicos, es ya un acto punible con independencia de lo que haga el potencial autor, imagine que la mujer de nuestro ejemplo decide prescindir de su amigo repostero, y luego de haber preparado ella misma el dulce envenenado se arrepiente de sus planes y lo echa a la basura, ¿alguien se atrevería a afirmar la responsabilidad penal de esta novia desechada y mal intencionada, cuyos actos nunca exteriorizaron si quiera un peligro abstracto para la vida de su novio?; ¿por qué este mismo comportamiento debe ser reprimido cuando es realizado por una persona distinta al potencial autor? Simplemente inexplicable desde la perspectiva del **principio del hecho**. Lleva razón Jakobs cuando afirma que el subjetivismo radical confunde **injusto** (hecho antijurídico) con **pecado**.

Por otro lado, la doctrina dominante defiende la tesis de la dependencia (**acesoriedad**) del injusto de participación al injusto de autoría, afirmando que la razón por la que se castiga al partícipe reside en haber co-causado el hecho principal, sea determinando al autor para que lo realice

(17) SANCINETTI. *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

(18) LESCH. *¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?* Traducido por GONZÁLEZ RIVERO, Pilar. En: *Revista del Poder Judicial*. Número 57. 2000. pp. 83-84.

(instigación) o favoreciendo al autor su realización (complicidad). Nótese que para esta concepción la relación entre el suceso principal y los partícipes se encuentra mediatizada por el autor, de modo que el partícipe solo accede indirectamente al tipo de la Parte Especial. La accesoriedad constituye -para esta tesis- la esencia de la participación, de modo que la punición del partícipe depende necesariamente del hecho del autor<sup>(19)</sup>. En la versión original de nuestro ejemplo, la muerte del novio infiel únicamente le pertenecería a la mujer defraudada, y el castigo del repostero se justificaría por haber colaborado dolosamente para que su amiga realice su hecho. La preparación de la torta envenenada constituye el aporte que fundamenta la imputación indirecta de la muerte del novio infiel al repostero. En la variante del ejemplo, el repostero no responde por complicidad en homicidio, pues el fundamento de su castigo dependería de lo que hiciera su decepcionada amiga.

Esta solución, de modo inverso a lo que ocurre con la tesis de la autonomía (**no accesoriedad**) de la participación, respeta el principio del hecho al dejar impune un suceso que no comporta perturbación social para el interés garantizado en el tipo de homicidio (vida), pero vulnera seriamente el **principio de responsabilidad personal** en tanto hace depender la responsabilidad del partícipe de un hecho ajeno, cuya realización solo puede controlar el autor. Si el hecho propio del repostero termina cuando entrega la torta a su amiga, y lo que ocurra a partir de ese momento será algo ajeno, se advierte claramente que el cómplice pone su destino en manos del autor, y que finalmente -en caso que éste decida ejecutar su plan- aquel responderá por un hecho que no le pertenece. Esta consecuencia no puede admitirse en el Derecho Penal de un Estado de libertades<sup>(20)</sup>, en el que la teoría de la imputación

se construye sobre la base del principio de **autorresponsabilidad**, según el cual cada persona es responsable por su propia conducta, de modo que no se puede atribuir a un sujeto lo que hace otra persona responsable<sup>(21)</sup>.

Hemos visto que las teorías que defienden un fundamento autónomo del castigo de la participación, desvinculado del injusto del autor, son impracticables en tanto justifican la sanción de hechos atípicos, que no comportan una perturbación social intolerable, y que las teorías que derivan el fundamento del injusto del partícipe del injusto del autor no pueden compatibilizar sus soluciones con el principio de autorresponsabilidad, pues en definitiva terminan por adscribir al partícipe hechos realizados por otras personas (autores).

Como demuestran los estudios recientes en materia de intervención delictiva, las teorías que dominan la discusión actual sobre el fundamento del injusto de la participación yerran en el punto de partida, según el cual la distinción entre autoría y participación reside en un injusto diferente<sup>(22)</sup>. La respuesta a la pregunta ¿por qué debe castigarse la participación en un delito? debe desligarse de la noción de **accesoriedad** que la concibe como dependencia de la participación al hecho del autor, y entenderla como el nexo que debe existir entre el suceso y todos los intervinientes. La construcción de la teoría de la intervención en el delito debe partir de la siguiente premisa: el hecho principal le pertenece tanto autores como a partícipes, aunque en distinto grado.

El Código Penal peruano no aporta elementos para definir la **accesoriedad** como dependencia de la sanción del partícipe al hecho del autor, por lo que no hay inconveniente para reformularla e interpretarla como “aquella relación mínima necesaria que debe concurrir entre todo

(19) En la doctrina peruana, definen la complicidad como intervención en un hecho ajeno, RODRÍGUEZ DELGADO. Op. cit.; p. 268, y YON RUESTA, Roger, Op. cit.; p. 50, el primero siguiendo a Mir Puig, Santiago y el último a Cobo del Rosal.

(20) A favor de la existencia de una relación de pertenencia entre el suceso delictivo y la totalidad de intervinientes punibles, entre otros, Ver: PEÑARANDA RAMOS. Op. cit.; p. 336, afirmando de modo contundente que “nadie puede ser hecho responsable del injusto de otro”. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general*. Op. cit.; pp. 796-798; y, JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. pp. 78-83; LESCH. Op. cit.; pp. 52-57; ROBLES PLANAS. *La participación en el delito: fundamento y límite*. Madrid/Barcelona, 2003. pp. 143-180; 153-161. En un trabajo anterior ya me había pronunciado sobre la necesidad de considerar que el suceso también pertenece a los partícipes y no solo a los autores. Cfr. REAÑO PESCHIERA. *Límites a la atribución de responsabilidad penal por defraudaciones tributarias cometidas en el ámbito empresarial*. En: *Ius et Veritas*. Número 26. 2003. pp. 293-308.

(21) REYES ALVARADO. *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992. p. 934. Destaca como aporte crucial al Derecho la afirmación hegeliana de que a una persona sólo le puede ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o del destino.

(22) ROBLES PLANAS. Op. cit.; pp. 117-139.

**interviniente y hecho** para poder atribuir responsabilidad penal”<sup>(23)</sup>. La relación de **accesoriedad** no debe mediatizar la vinculación del partícipe con el hecho principal, interponiendo al autor entre ellos, sino que debe vincular directamente a cada interviniente (autor o partícipe) con el suceso lesivo.

Para compatibilizar **accesoriedad** y **autorresponsabilidad** debe desterrarse la idea de que el partícipe contribuye a realizar un hecho ajeno, exclusivo del autor, pues el suceso lesivo pertenece a todos los intervinientes punibles, aunque en distinto grado de intensidad. Los aportes al evento delictivo no deben considerarse de modo aislado, como si cada sujeto realizara un injusto (hecho antijurídico) por separado, sino que deben valorarse conforme a una perspectiva global, que considere la existencia de un solo injusto al que acceden directamente todos los intervinientes. Por ello, debe hablarse de **injusto de intervención** y no distinguir entre **injusto de autoría** e **injusto de participación**. Por su parte, la **accesoriedad** debe entenderse como nexo que vincula directamente a los intervinientes con el injusto, de modo que cada uno **accede** al hecho principal en función a su propio aporte.

La idea de pertenencia del suceso a los intervinientes ha sido destacada en la doctrina española por el profesor Mir Puig<sup>(24)</sup>, aunque restringiéndola a la categoría de la autoría y considerando que el partícipe interviene en el hecho de otro. A mi juicio, la convivencia pacífica del principio de autorresponsabilidad con el principio del hecho en un mismo ordenamiento jurídico solo puede viabilizarse extendiendo la idea de pertenencia del hecho punible a los partícipes.

El delito debe concebirse como obra común a todos los intervinientes punibles, y la distinción entre autores y partícipes como un aspecto principalmente cuantitativo. La separación entre autores y partícipes es tan solo una ordenación en función al grado de dominio que poseen los intervinientes, pues en alguna u otra medida todos configuran y dominan el hecho antijurídico (injusto). La relación entre suceso delictivo e intervinientes punibles (autores y partícipes) es similar a la existente entre una compañía teatral y la obra que ésta estrena: la obra les pertenece a todos, aunque se distingue entre protagonistas y actores secundarios, entre guionistas

y técnicos de iluminación. Aunque en el escenario únicamente aparecen actores principales, secundarios y extras, su estreno en las salas de teatro no puede ser explicado sin los aportes de los guionistas, directores, encargados del vestuario, maquilladores, técnicos de sonido, entre otros. Solo habrá obra de teatro cuando los actores interpreten su papel frente al público, y aunque en ese momento quienes contribuyeron a su realización no se encuentren presentes en el escenario, ni siquiera en el auditorio, nadie podrá negar que dicha obra les pertenece en alguna medida. Así pues, del mismo modo en que actores y actrices ejecutan una obra común a todos los integrantes de la compañía teatral, el delito ejecutado por el autor pertenece también al resto de intervinientes que realizaron sus aportes en fase preparatoria y ejecutiva.

Este símil también nos sirve para comprender la existencia de un único injusto de intervención, y no de injustos de autoría e injustos de participación por separado, así como para graficar las exigencias del **principio del hecho**. El colectivo de miembros de la compañía teatral no produce varias obras aisladas, sino una sola. De igual modo en que no hay obra teatral si los actores se niegan a salir a escena, el hecho no será típico hasta que el autor inicie la ejecución del delito. Si no lo hace, la obra colectiva no habrá siquiera empezado y, consiguientemente, no habrá nada que imputar a los sujetos que intervinieron con anterioridad a la negativa de la persona llamada a ser autor.

La doctrina dominante en materia de autoría y participación yerra al identificar plenamente la aportación del autor con el hecho típicamente antijurídico. Por el contrario, debe entenderse que el comportamiento del autor es solo una de las partes del injusto, la más drástica, cuyo sentido solo se aprecia de modo completo cuando se toman en cuenta el resto de aportaciones.

Si se concibe -como se hace en estas páginas- el injusto típico como obra común a todos los intervinientes que expresa un sentido contrario a la vigencia de la norma, se entiende por qué debe permanecer impune la aportación de un sujeto que no es continuada por el siguiente interviniente hasta la exteriorización del hecho lesivo (recuérdese la variante de nuestro ejemplo, en el que la novia echa a la basura la torta envenenada). Y es que, “un hecho,

(23) Ibid.; p. 169.

(24) MIR PUIG. Op. cit.; pp. 357 y ss.

con independencia de que sea preparado por uno o varios autores, solo pasa una vez -y no por separado para cada uno de los intervinientes- del estadio preparatorio al estadio del comienzo de la tentativa acabada; y es que se trata de un solo injusto, aunque sea propio de varias personas”<sup>(25)</sup>.

A modo de conclusión, interesa resaltar que el único injusto típico existente en un suceso delictivo le pertenece tanto a autores como a partícipes; aunque estos últimos no hayan ejecutado de propia mano (en el plano físico-natural) el comportamiento descrito en el tipo penal de la Parte Especial del Código Penal, su realización le es imputada normativamente como propia, pues sin sus aportaciones el hecho no podría ser explicado de modo completo. Autores y partícipes únicamente se diferencian por su proximidad al injusto típico objetivo; mientras que el autor aparece como el responsable más inmediato, el partícipe es visto de modo más lejano.

En la versión original de nuestro ejemplo, debemos concluir que tanto el cómplice repostero como la mujer engañada matan al novio infiel. Dicha muerte no se explica si prescindimos de los aportes de ambos intervinientes, de modo que no podemos decir que sólo la mujer decepcionada mató a su pareja, ni que sólo fue el amigo repostero quien lo hizo; ni una ni otro mataron por separado al enamorado infiel, fueron ambos. Los tipos penales de la Parte Especial sancionan supuestos de hecho, cuya configuración puede presentar distintas estructuras según los aportes de los intervinientes en el suceso. La valoración jurídico-penal de dichos aportes no se encuentra en los tipos de la Parte Especial, sino que es asignada por la teoría general de la imputación que ha construido la dogmática penal, cuyos lineamientos generales mínimos se encuentran plasmados en la Parte General del Código Penal<sup>(26)</sup>.

## 2.2. La atribución del suceso a los intervinientes.

En términos analíticos, la imputación del suceso a los intervinientes se realiza en dos niveles. En el primero se trata de determinar qué aportes suponen la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por el tipo penal correspondiente, y para ello debe aplicarse los criterios desarrollados por la teoría de la imputación objetiva de la conducta. En el segundo nivel de imputación se califica la conducta de los intervinientes como aportes de autoría o de participación<sup>(27)</sup>.

### 2.2.1. Primer nivel: La integración de la teoría de la imputación objetiva en la teoría de la intervención delictiva.

Quien contribuye a la realización de un suceso delictivo responde penalmente solo cuando su propia conducta suponga una intromisión típica en una esfera organizativa ajena, tutelada por una norma penal<sup>(28)</sup>. A su vez, ello ocurrirá cuando el comportamiento del interviniente supere el riesgo jurídicamente permitido en las interacciones sociales, de modo que su aporte tenga un sentido inequívoco de lesión a intereses penalmente garantizados. Pero, ¿cómo se determina este sentido inequívoco que necesariamente deben expresar los aportes de los intervinientes para ser considerados penalmente imputables? Para ello es necesario integrar la teoría de la imputación objetiva de la conducta con la teoría de la intervención en el delito<sup>(29)</sup>.

Para asignar sentido jurídico a los comportamientos humanos, la dogmática penal ha desarrollado la **teoría de la imputación objetiva de la conducta**, en cuya configuración actual han influido decisivamente los trabajos de Günther Jakobs<sup>(30)</sup> y Wolfgang Frisch<sup>(31)</sup>. Esta construcción teórica es un mecanismo que permite la concreción del principio de autorresponsabilidad en el análisis

(25) JAKOBS. Op. cit.; pp. 82 y 83.

(26) SANCINETTI. *Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales. El funcionalismo en Derecho penal*. En: *Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 133-186.

(27) Realizan esta distinción: LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J. Bogotá, 1995. ROBLES PLANAS. Op. cit.

(28) ROBLES PLANAS. Op. cit.; p. 177.

(29) MIR PUIG. Op. cit.; pp. 252-253; y, ROBLES PLANAS. Op. cit.; p. 219.

(30) JAKOBS. Op. cit.

(31) FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y otros. Madrid, 1995. Él mismo, *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*. Traducido por ROBLES PLANAS, Ricardo. En: ROXIN y otros. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid, 2000. pp. 19 y 67.

de la relevancia jurídico-penal de las conductas humanas, a través de sus conocidos sub-institutos: (i) el riesgo permitido; (ii) la prohibición de regreso; (iii) el principio de confianza; y, (iv) la competencia de la víctima<sup>(32)</sup>.

La función de la teoría de la imputación objetiva es determinar el significado del comportamiento para la validez de la norma penal, definiendo si tiene el sentido de defraudar las expectativas institucionalizadas en la norma o si más bien constituyen acciones neutrales al hecho. Para ello se recurre a un esquema de interpretación tomado de la realidad social. Así, el destinatario de la imputación no es la persona concebida en su naturaleza psico-física, sino la persona en cuanto construcción normativa a la que se le adjudica la administración de un ámbito de competencias de acuerdo al rol que desempeña en determinado contexto de interacción social. El criterio del **rol social** permite reducir la complejidad consustancial a las interrelaciones personales y fijar los concretos ámbitos de competencia que poseen los sujetos. La base de la responsabilidad penal reside en los ámbitos de competencia de cada persona, ya que únicamente puede reprochársele a un sujeto la producción de cursos lesivos que **debía** haber evitado.

La definición de rol más difundida en los estudios sociológicos es la de Dahrendorf, quien lo entiende como un “constructo que aglutina un haz de expectativas sociales que se vinculan en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones”<sup>(33)</sup>. El concepto de rol (papel) puede ser entendido asociándolo a la acepción que tiene en la dramaturgia: el actor que representa su guión en el escenario teatral equivale a la persona que debe comportarse en la vida social (escenario) de acuerdo a un cúmulo de expectativas (guión a representar) que le son dirigidas en función al estatus que ocupa<sup>(34)</sup>.

En una sociedad donde se privilegian los contactos anónimos y las interacciones presentan un alto grado de complejidad y estandarización, el rol social como criterio de imputación reduce la complejidad de los contactos interpersonales. Así,

cuando vamos a una farmacia y preguntamos al químico-farmacéutico qué medicamento alivia los síntomas del resfrío sin que produzca fuerte estado de somnolencia, indicándole que debemos conducir, no sabemos si la persona que nos atiende es propensa al riesgo, en cuyo caso probablemente nos recomendará un medicamento cuya composición puede producir estados de somnolencia, aunque él confíe en que ello no será así, o si se trata de una persona con gran aversión al riesgo, en cuyo caso probablemente siquiera se atreva a formularnos recomendación alguna por considerar que todos los antigripales causan aletargamiento. En cualquier caso, su afición o aversión al riesgo nos es desconocida, y por lo tanto debe ser irrelevante para determinar la imputación al farmacéutico si producto de la ingestión del medicamento nos quedamos dormidos mientras conducimos, ocasionando un accidente con lesiones a terceros. El farmacéutico debe responder penalmente por las lesiones causadas si nos recetó un medicamento que produce adormecimiento, aunque en su psique haya estado seguro que los efectos de los componentes químicos eran inocuos para la contextura física del cliente-paciente.

La imputación penal se fundamenta en la defraudación de las expectativas sociales que se asocian a la posición jurídica o estatus que ocupa el sujeto en determinado contexto de interacción, pues en los contactos sociales no nos relacionamos con **individuos**, sino con **personas** portadoras de roles. El **individuo** no está vinculado a nada y se motiva según sus apetencias e inapetencias, se trata de un animal inteligente que se relaciona con otros en el mundo de la experiencia y de la naturaleza (*homo phaenomenon*). Por su parte, la *persona* es un producto social que se constituye a través de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y opera en función al único código que conoce, el del **deber/derecho** (*homo noumenon*)<sup>(35)</sup>.

Si bien puede pensarse en infinidad de roles (padre, contribuyente, médico, camarero, profesor universitario, alumno, etcétera), para el Derecho penal todos ellos se reconducen a dos clases: el **rol general de ciudadano** (rol de persona) y los **roles**

(32) Sobre los sub-institutos de la imputación objetiva, ver: JAKOBS. Op. cit.; pp. 45-101.

(33) PIÑA ROCHEFORT. *Rol social y sistema de imputación*. Tesis Doctoral. Universidad de Navarra, 2002. p. 136.

(34) *Ibid.*; p. 137. Nota al pie número 421.

(35) Ver: JAKOBS. *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid, 2003. pp. 15-25.

**especiales.** Según una asentada tradición iusfilosófica, en una sociedad las personas se hallan vinculadas por dos clases de instituciones<sup>(36)</sup>: (i) una negativa, común a todos sus miembros, en cuya virtud se impone la obligación de administrar la propia esfera de organización de forma tal que no surjan *outputs* o cursos lesivos para bienes ajenos<sup>(37)</sup>; y (ii) algunas de carácter positivo, que -además de la obligación de no dañar esferas organizativas- imponen la obligación de mejorar bienes ajenos. Ejemplo de éstas últimas lo constituyen la relación paterno-filial y la que vincula a los funcionarios públicos con la Administración Estatal a la que sirven. Un Derecho penal orientado a la protección de la identidad normativa de la sociedad, necesariamente ha de estructurar su sistema de imputación en función al modo en que se encuentran vinculados los destinatarios de sus expectativas, sea simplemente como **ciudadanos** o como titulares de un **rol especial**.

Para la imputación penal no es decisivo quién causó o produjo en términos naturalistas o fenomenológicos el riesgo prohibido por la norma, sino que interesa a quién le es imputable dicha lesión (a quién le compete o incumbe). “Al Derecho penal le interesa un curso causal no en sí mismo, sino solo en cuanto pueda ser interpretado como autoorganización defectuosa”<sup>(38)</sup>. En este sentido, la pregunta es quién **debía** evitar la producción del riesgo realizado en el resultado, y no quién **podía** haberlo evitado. Jakobs se ha referido a esta cuestión con una frase sencilla pero contundente: “no todo atañe a todos”<sup>(39)</sup>. Obviamente no se imputará penalmente a quien debía evitar el resultado pero se encontraba en la imposibilidad de hacerlo, pero tampoco se imputará a quien podía haberlo evitado pero no tenía el deber de hacerlo.

Aquellos aportes que no excedan el rol o posición jurídica que ocupa el interviniente deberán

ser considerados neutrales y no fundamentarán la relación de pertenencia al hecho, por encontrarse dentro del riesgo social y jurídicamente permitido, mientras que sí deberá fundamentarse la relación de imputación cuando el aporte del interviniente supere el umbral de riesgo permitido, defraudando las expectativas asociadas al rol socio-jurídico que desempeña.

Cuando el aporte del interviniente no excede su rol socio-jurídico opera el sub-instituto liberador de la imputación objetiva denominado **prohibición de regreso**<sup>(40)</sup>, especie de filtro por el que pasan todos los aportes al hecho típico y que solo selecciona como penalmente relevantes a aquellos riesgos lesivos provenientes de la esfera de competencia del interviniente. La vigencia de una **prohibición de regreso** como límite de la intervención delictiva tiene el efecto de circunscribir el ámbito de punición a los sujetos que hallan configurado o reorganizado su comportamiento en función al hecho delictivo, liberando de responsabilidad a aquellos cuyos aportes se hayan enmarcado dentro de los límites del **rol** que desempeñan, aunque dicha contribución produzca causalmente -en términos naturalistas y fenomenológicos- el resultado lesivo y haya sido realizada a conciencia de ello.

Aplicando los postulados de la teoría de la imputación objetiva de la conducta a la teoría de la intervención delictiva, debe concluirse que solo constituyen riesgos penalmente relevantes aquellos aportes que tengan el sentido de quebrantar las expectativas inherentes al **rol** que detente el interviniente en el contexto socio-normativo en el que interactúa. Ciertamente, en algunas ocasiones será difícil determinar dicho sentido, pues -como afirma Jakobs- “las soluciones de exactitud matemática solo pueden estar basadas en premisas erróneas. Quien no soporte esto, que se limite al

- (36) Sobre las bases filosóficas de ambas clases de instituciones, Ver: JAKOBS. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. Traducción de CANCIO MELIÁ, M. Bogotá, 1999.
- (37) Se trata del mandato *neminem laede*, obligación originaria que vincula a todas las personas en Derecho. Hegel se refiere a este rol mínimo de persona cuando afirma en el trigésimo sexto de sus *Principios de la Filosofía del Derecho*: el precepto del Derecho es, por lo tanto: sé una persona y respeta a los demás como persona. Cfr. HEGEL. *Principios de la Filosofía del Derecho*. Traducción de VERMÁL, Juan Luis. 2da. edición. Barcelona: Edhasa, 1999. pp. 119 y 120.
- (38) REY SANFIZ. *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*. Madrid, 2001. p. 98.
- (39) JAKOBS. *La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, 1997. p. 266.
- (40) Para una panorámica esclarecedora sobre la evolución de la “prohibición de regreso” en la dogmática penal, y sobre su actual alcance en la teoría del delito, ver: CARO, John. *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Lima, 2003. pp. 67 y ss.

Derecho de la circulación, y probablemente fracase también allí”<sup>(41)</sup>, añadiendo que “aquello que determina el sentido de un comportamiento no solo depende de la configuración del comportamiento, sino también del contexto en el que éste se enmarca. Especialmente, puede que un contexto drásticamente delictivo repercuta en un comportamiento de por sí estereotipado-socialmente adecuado”<sup>(42)</sup>.

Así por ejemplo, en el tráfico de influencias, puede resultar complejo determinar el sentido del aporte del intermediario que contacta al interesado con el traficante y que no presencia la conversación en la que se produce el acuerdo de intercesión. Aquí, la necesidad de contextualizar el aporte del intermediario para determinar si tuvo el sentido de adaptación inequívoca al hecho punible (tráfico de influencias) se hace patente.

### 2.2.2. Segundo nivel: La calificación de la intervención.

La opinión dominante en la dogmática alemana actual considera que la teoría del dominio del hecho aporta el criterio diferenciador entre autores y partícipes, afirmándose que solo son autores los intervinientes que controlan el curso del acontecer delictivo. Como ha demostrado Jakobs, tal opinión parte de una premisa equivocada, según la cual se puede ser responsable de un hecho sin haberlo dominado<sup>(43)</sup>. Por el contrario, es sencillo constatar que todos los intervinientes punibles dominan en alguna medida el hecho típico, pudiendo frustrarlo con una conducta que se desvíe del plan. Por ejemplo, el cómplice secundario que tiene la función de transportar a los miembros de la banda al Banco donde se realizará el asalto, puede provocar conscientemente una fuerte colisión a fin de frustrar el hecho, o incluso una vez que los asaltantes se encuentran dentro del banco puede avisar a la policía. La diferencia entre autores y partícipes únicamente reside en el grado de dominio que poseen los distintos concurrentes en el suceso.

Ahora bien, debe precisarse lo que se entiende por **dominio del hecho**.

La tesis del dominio del hecho tiene origen en el finalismo, específicamente en los trabajos de Welzel<sup>(44)</sup>. Los representantes de esta escuela jurídico-metodológica consideran como axioma o verdad pre-jurídica que la acción humana siempre se dirige intencionalmente a una meta previamente elegida. Así, autor de un delito doloso será quien domine finalmente la ejecución del suceso. Dentro de los trabajos de autores finalistas, destaca la definición aportada por Maurach: dominar el hecho es “tener entre manos, abarcado por el dolo, el curso típico de los acontecimientos”, y lo detenta quien “puede, al arbitrio de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global”<sup>(45)</sup>.

Actualmente, la concepción subjetiva del dominio del hecho se encuentra inmersa en un proceso de objetivación (o si se quiere, de des-subjetivación). En esta línea son fundamentales las aportaciones de Roxin, quien impuso la concepción **objetivo-subjetiva** que exige: (i) un control final (subjetivo) del hecho; y (ii) una posición objetiva que determine el efectivo dominio del hecho. Más reciente, y a mi juicio también más convincente, es el planteamiento de Jakobs en la búsqueda del criterio material que diferencie autores de partícipes<sup>(46)</sup>. El mérito de este autor es haber puesto de relieve que el criterio del dominio del hecho no ofrece una respuesta a la cuestión cualitativa de ¿quién responde penalmente por el hecho?, sino que únicamente refiere a la distinción entre autores y partícipes en cuanto baremo o medida cuantitativa.

Ahora bien, el *quantum* del aporte del interviniente no está asociado a lo mucho o poco que haga el sujeto en términos naturalistas o fácticos, sino que va referido a los aspectos que normativamente configuran del suceso. Así por ejemplo, autor del delito tributario siempre será el sujeto que ostente la condición de contribuyente,

(41) JAKOBS. *La imputación objetiva en...*; p. 92.

(42) *Ibid.*

(43) JAKOBS. *La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación*. En: AA.VV. *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. pp. 621 y ss.

(44) WELZEL. *Derecho penal alemán. Parte General*. 11va. Edición. Traducción de BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Sergio YAÑEZ PÉREZ. Santiago, 1993. pp. 120-121.

(45) Citado por JAKOBS. *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*. Traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte General del Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 64.

(46) JAKOBS. *La normativización del Derecho Penal...*; pp. 619-642.

aunque en realidad solo haya dado la orden para realizar una defraudación muy compleja, cuyo diseño y elaboración estuvo a cargo de un equipo profesional experto en finanzas. Los integrantes de este equipo siempre serán partícipes, aunque hayan trabajado mucho, pues lo característico o esencial del delito fiscal (la infracción de deberes que dimanen de la relación jurídico-tributaria) solo puede ser configurado por quien ocupa la posición de parte pasiva de dicha relación jurídica.

A modo de conclusión, puede decirse que son **autores** todos aquellos intervinientes que dominan lo característico del suceso, mientras que **partícipes** son todos aquellos que controlan los aspectos no esenciales del injusto típico. Nuestro Código Penal considera como aportes de participación: (i) la determinación dolosa a cometer el delito (instigación, artículo 24 Código Penal); (ii) el auxilio doloso al hecho punible, que dependiendo su utilidad para el autor puede ser complicidad primaria o secundaria (artículo 25 Código Penal). En las líneas siguientes, las ideas esbozadas son concretadas en el ámbito de la intervención en el delito de tráfico de influencias<sup>(47)</sup>.

### 3. La Responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias.

#### 3.1. Prolegómenos.

El artículo 400 del Código Penal<sup>(48)</sup> sanciona la conclusión de un acuerdo bilateral, cuyo objeto es una promesa de intercesión en un proceso judicial o administrativo, que formula el **traficante de influencias al interesado** en que dicha interferencia se produzca. Para que dicho acuerdo tenga efectos penales, el interesado debe entregar o al menos prometer como contraprestación una ventaja a favor del traficante o de un tercero, la que no necesariamente ha de tener connotación económica, sino que puede tratarse de un favor político o de otra índole. La conclusión gratuita del acuerdo de intercesión no es punible en nuestro ordenamiento jurídico.

La consumación del injusto típico está desvinculada del cumplimiento de la promesa de intercesión por parte del traficante. Si ello ocurriera podría configurarse un delito de cohecho, subsumible en los artículos 393, 394 o 399 del Código Penal, si es que se hace entrega o se promete alguna ventaja al funcionario que conoce el proceso judicial o administrativo objeto del acuerdo de intercesión, en cuyo caso debería apreciarse un concurso real de delitos (artículo 50 Código Penal) respecto del traficante de influencias, y siempre que no haya sido contactado por el interesado para realizar dicho soborno, pues en tal caso no se configuraría un tráfico de influencias, sino únicamente un delito de cohecho activo imputable al **traficante** (*sit venia verbo*) como autor y al interesado como instigador.

Respecto al momento en que se produce la consumación del tráfico de influencias, y a la posibilidad de formas imperfectas de ejecución, debemos aclarar algunos puntos vinculados a la clasificación de los delitos como de mera actividad o de resultado. Las confusiones en este ámbito surgen de la divergencia entre la acepción de **resultado en sentido jurídico** y de **resultado en sentido material**. La primera de ellas refiere a un concepto ideal, relativo a la objetivación de la negación de la norma, o -en términos tradicionales- a la afectación del bien jurídico. La vigencia del principio de lesividad exige que la sanción de todo hecho como delito presuponga la presencia de un **resultado jurídico**. La segunda acepción, **resultado en sentido material**, refiere a un concepto naturalista vinculado a la modificación del mundo exterior producida por un movimiento causal, en los términos concebidos por Von Liszt. Es en éste último sentido que se habla de **delitos de resultado material** (por ejemplo homicidio, lesiones), **delitos de mera actividad** (por ejemplo, conducción bajo efectos de drogas o alcohol) y **delitos de medios determinados** (por ejemplo, estafa).

El **resultado en sentido jurídico** se corresponde con una concepción intelectual de

(47) El estudio de la Parte Especial no es más que la concreción de las reglas generales de imputación a problemas específicos. Ello es resaltado por CARO CORIA: prólogo a REAÑO PESCHIERA. *Derecho penal bursátil. El delito de abuso de información privilegiada*. Lima, 2002, pp. 17-21, criticando la tendencia a la simple glosa o exégesis de la ley penal seguida por la mayoría de Manuales nacionales dedicados a la Parte Especial del Derecho penal.

(48) "Artículo 400. El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor dos ni mayor de cuatro años".

injusto típico, que lo entiende como daño comunicativo a la vigencia de la norma; mientras que el **resultado en sentido material** está relacionado con la noción mecanicista de injusto típico, que lo concibe como posibilidad de destrucción material de objetos socialmente valiosos.

Desde la perspectiva aquí adoptada -concepción intelectual de injusto típico-, no existe diferencia cualitativa entre tentativa y consumación, pues en ambos casos la infracción de la norma es completa; siendo más bien su diferencia de carácter cuantitativo, ya que la consumación comporta una mayor objetivación del quebrantamiento de la norma que la que ocurre en la tentativa<sup>(49)</sup>. Por ello, el tráfico de influencias debe considerarse consumado en el momento de conclusión del acuerdo de intercesión, esto es, cuando el interesado acepta el ofrecimiento del traficante y entrega la ventaja pactada como contraprestación, o bien promete entregársela, pues en dicho instante se defraudan las expectativas institucionalizadas en el precepto normativo.

De adoptarse una perspectiva mecanicista de injusto típico, habría que cifrar la consumación en un momento posterior al perfeccionamiento del acuerdo de intercesión, pues la credibilidad de la sociedad en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública sólo se lesionaría -en términos materiales- a partir de que el hecho es difundido o conocido por alguna persona distinta a los intervinientes en el delito.

Al cometerse en el ámbito privado, los sujetos del tráfico de influencias (traficante e interesado) siempre interactúan desempeñando el rol básico de ciudadano, de modo que no ostentan un deber positivo de fomentar la correcta Administración Pública, sino que únicamente infringen el deber de abstenerse de lesionar la credibilidad que la sociedad tiene -a menos a nivel normativo- en la imparcialidad y objetividad de la Administración. Por ello, el tráfico de influencias sólo podrá ser imputado al interesado que haya celebrado el acuerdo de intercesión, directamente o a través de otra persona. Pero no deberá serle imputado cuando la persona que pacta con el traficante lo hace por cuenta propia, pues como ciudadano no existe el

deber de evitar que otros intervengan en actos de tráfico de influencias.

Aunque el traficante tenga la condición de funcionario público siempre actuará en el ámbito privado, pues la intercesión prometida está referida a una función que él no ejerce. De otro modo, en caso sea el propio funcionario encargado de resolver el caso judicial o administrativo quien llegue a un acuerdo con el interesado, se trataría de un delito de cohecho y no de un tráfico de influencias.

La configuración de la conducta típica de intervención de tráfico de influencias necesariamente requiere el aporte del interesado, y puede además integrarse con contribuciones de terceros que coadyuvan a su realización, sea instigando o prestando auxilio a la realización del injusto típico. En lo que sigue del presente apartado, se exponen los fundamentos por los que debe considerarse punible el aporte del interesado que se limita a cerrar el trato con el traficante (3.2.), así como las razones por las que se considera plausible su calificación como instigador cuando es él quien solicita la intercesión del traficante (3.3.). Asimismo, se resuelven los supuestos de concurrencia de títulos de intervención en el interesado (3.4.), y finalmente se exponen las razones por las que el interesado defraudado por el traficante nunca puede ser considerado víctima de un delito patrimonial (3.5.).

### 3.2. El interesado que acepta la propuesta del traficante es punible como cómplice.

Ya en un trabajo anterior me pronuncié a favor de la punición del interesado que acepta el ofrecimiento de intercesión formulado por el traficante, entregándole o prometiéndole una ventaja como contraprestación a su futura gestión ante el funcionario que conoce un caso judicial o administrativo<sup>(50)</sup>. En esta oportunidad reafirmaré mi tesis sobre la base de la teoría de la intervención delictiva expuesta y al hilo de las críticas que han sido formuladas en su contra, sintetizable en el siguiente argumento que a continuación refutaremos.

**Argumento.** La intervención del interesado que se limita a comprar influencias siempre es impune porque el tipo penal sólo incorpora como sujeto activo al que ofrece influencias, no a quien las solicita<sup>(51)</sup>, esto es, se trata de un tipo penal

(49) REY SANFIZ. Op. cit.; p. 95.

(50) REAÑO PESCHIERA. *Los delitos de corrupción de funcionarios*. pp. 296 y ss.

(51) RODRÍGUEZ DELGADO. Op. cit.; p. 271; GARCÍA CANTIZANO. Op. cit.; p. 563; YON RUESTA. Op. cit.; pp. 241-242.

**monosubjetivo**<sup>(52)</sup>. “Las reglas de participación de la parte general sólo pueden ser aplicadas a quienes su participación no está prevista en el tipo penal”<sup>(53)</sup>. “El acto de ofrecer la promesa no constituye un acto de ayuda o colaboración con el delito, dado que forma parte de su misma definición”<sup>(54)</sup>. Según esta posición, sólo podría sostenerse la punición del interesado si expresamente la estableciera algún precepto de la Parte Especial, sea el propio artículo 400 u otro del Código Penal<sup>(55)</sup>.

De entrada, debe aclararse que la punición de sujetos distintos al traficante de influencias, que intervengan instigando (artículo 24 Código Penal) o favoreciendo dolosamente (artículo 25 Código Penal) la conclusión del acuerdo de intercesión, debe ser aceptada sin recelo. Negarla por considerar que el artículo 400 sólo sanciona al traficante equivaldría a negar la sanción de quienes por ejemplo inducen o colaboran en un robo. Efectivamente, de acuerdo a este razonamiento, habría que considerar atípico el aporte de quienes suministran las armas, proporcionan información acerca del lugar donde se perpetrará el asalto, y facilitan la huida luego de la ejecución, pues el artículo 188 del Código Penal sólo sanciona a quien se apodera de un bien mueble mediante sustracción y con violencia. Por ello, acertadamente, algunos de los autores que han criticado la tesis de la intervención punible del interesado admiten la posibilidad de sancionar a **terceros** que intervienen en el suceso como cómplices<sup>(56)</sup> e instigadores<sup>(57)</sup> de tráfico de influencias. Empero, como hemos reseñado, consideran que la aceptación del propio interesado no puede valorarse como aporte de complicidad punible porque el tipo penal que la describe no la sanciona.

Como hemos anotado, los tipos de la Parte Especial criminalizan supuestos de hecho cuya configuración dependerá de las aportaciones de los

intervinientes en un caso concreto. La valoración jurídico-penal de dichas contribuciones se realiza de acuerdo a la teoría general de la imputación, cuya aplicación tiene como límite la definición de autor y partícipe que ofrece la Parte General (artículos 23 al 25 Código Penal).

Los autores que defienden la tesis de la **no complicidad** del interesado consideran que la condición de **interviniente necesario** equivale a una suerte de blindaje que confiere inmunidad respecto a la aplicación de los preceptos normativos previstos por el legislador penal en materia de participación criminal. Sin embargo, la clasificación de un determinado tipo penal como **delito de participación necesaria** únicamente grafica la inclusión de un sujeto distinto al autor en su estructura comisiva. Ser **concurrente necesario** sólo significa que sin el aporte de esta persona no es posible configurar el tipo, pero no dice nada acerca de su punibilidad o impunidad. Para determinarla debemos interpretar el tipo específico de la Parte Especial.

En este sentido, hay que conferirles razón a Mir Puig y Muñoz Conde cuando afirman que “realmente, de la sola falta de mención legal del partícipe necesario lo único que cabe deducir, inequívocamente, es que el mismo no puede ser autor del delito, y no necesariamente que no pueda ser castigado como partícipe. Esta última conclusión depende obviamente del significado de la participación necesaria en relación con la naturaleza del tipo de que se trate”<sup>(58)</sup>.

Curiosamente, García Cantizano y Yon Ruesta se apoyan en los citados autores españoles para sustentar la impunidad del interviniente necesario. Así, según Yon Ruesta, “Mir Puig señala que en los casos de participación necesaria (terminología impropia y confusa, a decir de Fernando Velásquez): si la intervención del sujeto pasivo (entiéndase

(52) YON RUESTA. Op. cit.; p. 242.

(53) Ibid.; p. 242.

(54) GARCÍA CANTIZANO. Op. cit.; p. 566.

(55) En este sentido, Cfr. ABANTO VÁSQUEZ. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, 2001, p. 472. Afirma: “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”.

(56) YON RUESTA admite la complicidad punible de ‘aquél que presta apoyo al agente (traficante de influencias) para ofrecer al concurrente necesario (interesado) intervenir favorablemente en la Administración Pública; o lo ayuda a recibir, hacer dar o hacer prometer del concurrente necesario una determinada ventaja patrimonial”. Op. cit.; p. 242.

(57) YON RUESTA. Op. cit.; 241; RODRÍGUEZ DELGADO. Op. cit.; p. 275, concluye que el interesado puede llegar a ser instigador del tráfico de influencias si excede los términos de su participación necesaria.

(58) MIR PUIG y MUÑOZ CONDE. *Adiciones de Derecho español*. En: JESCHECK. Op. cit.; p. 979.

concurrente necesario), no sobrepasa la participación que requiere el tipo, permanecerá impune<sup>(59)</sup>. La lectura que Yon Ruesta hace del Tratado de Mir Puig es errónea, atribuyéndole una idea que este profesor español no comparte. Efectivamente, en dicha obra se señala que el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana (*Bundesgerichtshof*) sólo acepta la punición del partícipe necesario cuando su contribución al hecho sobrepasa la intervención prevista en el tipo. Y luego de glosar la posición del *Bundesgerichtshof*, Mir Puig se sitúa al lado de la doctrina que se aleja de esta formulación, considerando que respecto de los tipos de participación necesaria solo puede concluirse que “si el sujeto pasivo constituye siempre el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar *en todo caso impune*”<sup>(60)</sup>.

En las ya seis ediciones de su Tratado, el profesor Mir Puig no ha cambiado la postura que sobre la *participación necesaria* fijó en las Adiciones al *Lehrbuch* de Jescheck. En aquella oportunidad, junto a Muñoz Conde, expresó su coincidencia con el planteamiento de Rodríguez Devesa en materia de participación necesaria: “en los delitos de encuentro queda fuera del círculo de los posibles autores el partícipe necesario en cuyo beneficio se establece el tipo penal; en los demás casos la impunidad o punición de partícipe necesario depende, a su juicio, de la interpretación del tipo de que se trate”<sup>(61)</sup>.

Pero ésta no es la única incongruencia en la que incurren quienes intentan reforzar la tesis de la impunidad del interesado en el tráfico de influencias a través de la tergiversación de citas de autores extranjeros, atribuyéndoles posiciones que no defienden o asignando a sus frases un sentido distinto del que se desprende la lectura completa del texto. Así por ejemplo, Yon Ruesta se apoya en Maurach para negar la punición del concurrente necesario cuando su aporte se ajusta a la contribución prevista en el tipo de la Parte Especial, y transcribiendo la siguiente cita: “para Maurach el único supuesto en que se puede sancionar al concurrente necesario, sin duda alguna, lo constituye el caso en que la ley determina la punibilidad de todos los colaboradores en forma

expresa”<sup>(62)</sup>. De esta frase sólo se deduce que para este jurista alemán la sanción del interviniente necesario no ofrece duda cuando el propio precepto especial dispone su punibilidad. Ello es evidente y por tanto no constituye lo trascendente de la frase de Maurach, sino que su relevancia reside en no negar ni afirmar *prima facie* la punición del concurrente necesario en aquellos supuestos en los que el precepto de la Parte Especial no disponga expresamente su sanción. En aquellos casos, su punibilidad o impunidad habrá que determinarla atendiendo a las particularidades del precepto específico, no siendo posible una solución apriorística y general para todos los casos de intervención necesaria que no se sancionen taxativamente en la Parte Especial.

El único camino en estos supuestos es ser distintivos, y a ello se refiere el propio Reinhart Maurach: “frecuentemente, sin embargo, la ley castiga expresamente tan sólo a uno de los partícipes necesarios, sin referirse al otro. Depende aquí de la interpretación teleológica de la ley, el que el partícipe no mencionado deba también ser castigado, no lo deba ser en caso alguno, o tan sólo bajo determinados supuestos”. Y cuando se refiere a la corriente doctrinal que considera siempre impune al partícipe necesario que se limita estrictamente al papel que le ha sido atribuido en la estructura del tipo respectivo, concluye que “no cabe dar a esta cuestión una respuesta uniforme. La solución depende tanto de la esfera de bienes jurídicos protegidos en los respectivos tipos, como de la situación psicológica del partícipe necesario”<sup>(63)</sup>.

Por ello, yerran gravemente quienes defienden la impunidad del interesado en el tráfico de influencias a partir de una premisa falsa a la que le otorgan validez general, y cuyo tenor rezaría: la intervención necesaria no sancionada expresamente en el precepto de la Parte Especial siempre es impune. En realidad, las únicas soluciones generalizables en materia de participación necesaria se refieren a los siguientes dos supuestos: (i) cuando la responsabilidad penal del interviniente necesario haya sido recogida expresamente en un tipo de la Parte Especial, no habrá duda alguna sobre su

(59) YON RUESTA. Op. cit.; p. 239.

(60) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. 5ta. Edición. Barcelona: 1998. p. 208, ésta es la edición citada por YON RUESTA.

(61) MIR PUIG y MUÑOZ CONDE. Op. cit.; p. 979.

(62) YON RUESTA. Op. cit.; p. 240.

(63) MAURACH. Op. cit.; pp. 352-353.

punición. Ello es una obviedad, y puede ilustrarse con la tipificación del cohecho en nuestro ordenamiento. En este tipo de participación necesaria, el legislador ha optado por la sanción expresa de quien ofrece o entrega la ventaja como de quien la solicita o recibe; y, (ii) cuando no se mencione la responsabilidad penal del interviniente necesario en un tipo de la Parte Especial, y el tipo en el que interviene se orienta a su protección, entonces habrá que optar siempre por su impunidad. Ello también interviniente necesario nunca podrán fundamentar responsabilidad penal cuando las expectativas normativas garantizadas en el precepto penal se orienten a su protección, como ocurre por ejemplo en el delito de estafa o en el de usura, pues el Derecho penal sólo sanciona lesiones a esferas organizativas ajenas. El estafado y el sujeto pasivo de la relación crediticia usuraria son concurrentes necesarios en los correspondientes tipos penales, pues sin su intervención dichos delitos no podrían consumarse, pero nunca responden penalmente por sus aportes al hecho, aunque hayan determinado al estafador para que reciba el bien o al prestamista para que le otorgue el dinero a una elevada tasa de interés, ya que las expectativas normativas que lesiona el estafador y el usurero se orientan a la protección del estafado y del sujeto pasivo de la relación crediticia.

En el resto de supuestos que presenten una estructura de intervención necesaria, en los que no se haya previsto expresamente la punición del concurrente ni se encuentren orientados a su protección, las soluciones apriorísticas no tienen cabida. Como se ha mencionado, la única manera de determinar la punición o impunidad del interviniente necesario en los supuestos en los que no cabe aplicar las reglas anteriores es interpretando el tipo penal concreto. Éste es el contexto en que debe citarse la conocida expresión de Jakobs: “no hay un principio con validez general del tenor de que mantenerse dentro del papel mínimo preserve de punición”<sup>(64)</sup>. Cuando el aporte del partícipe necesario se considere penalmente relevante, su punición deberá encauzarse por el precepto que sanciona la complicidad (artículo 25 Código Penal), aplicable conforme a las reglas generales de imputación en materia de intervención delictiva.

---

Como se ha mencionado, la única manera de determinar la punición o impunidad del interviniente necesario en los supuestos en los que no cabe aplicar las reglas anteriores es interpretando el tipo penal concreto.

---

Analícemos, entonces, si en el tipo de tráfico de influencias la intervención necesaria del interesado supera el riesgo jurídicamente tolerado por el ordenamiento jurídico, o más bien su aporte debe estimarse inocuo (neutral) para los intereses garantizados en el precepto legal.

Las expectativas garantizadas en el artículo 400 del Código Penal se orientan a la tutela de intereses de la Administración Pública, específicamente referidos a la credibilidad en su imparcialidad y objetividad<sup>(65)</sup>. El hecho que el interesado no pueda quebrantar solitariamente las expectativas normativas garantizadas en tipo de tráfico de influencias no debe llevar a pensar que no es destinatario de ellas, pues el traficante tampoco puede hacerlo por sí mismo. El perfeccionamiento de la conducta típica de intervención requiere necesariamente la conjunción de ambos aportes, y del hecho de que el traficante sea quien configure lo esencial del injusto típico no puede deducirse que le pertenece exclusivamente a él, pues su configuración total no puede ser explicada si se prescinde de la aceptación del interesado.

A mi juicio, la aceptación que expresa el interesado ante el ofrecimiento del traficante de influencias constituye un riesgo jurídicamente relevante e idóneo para lesionar los intereses garantizados en el precepto penal, vinculados a la credibilidad en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública. Si bien dicho aporte no puede dar lugar a una autoría, pues lo característico o esencial del injusto típico sólo puede ser configurado por el traficante de influencias, sí debe dar lugar a una complicidad punible en el sentido que describe el artículo 25 del Código Penal.

(64) JAKOBS. *Derecho penal. Parte general*. Op. cit.; p. 842. Nota al pie 13.

(65) Cfr. SAN MARTÍN CASTRO y otros. Op. cit.; pp. 24-43.

Lo mismo puede decirse de otros tipos penales que presentan la estructura de una participación necesaria y que no se encuentran orientados a la protección del interviniente necesario. Así, por ejemplo, en materia de matrimonios ilegales nuestro Código Penal prevé sanción expresa en la Parte Especial tanto al cónyuge bigamo (artículo 139) como para aquél que a sabiendas contrae matrimonio con una persona casada (artículo 140). Sin embargo, el aporte que presta al suceso la persona soltera que conscientemente contrae matrimonio con otra casada sería igualmente punible si no se encontrara expresamente sancionado en el artículo 140, y ello por aplicación del artículo 25 del Código Penal. Ciertamente este concurrente necesario no sería sancionado bajo el título de autor, pero sí como cómplice primario. Prueba de ello es la valoración que merece el funcionario que conscientemente celebra el matrimonio del bigamo, quien también es un interviniente necesario. No existe dentro del Capítulo de Delitos contra la Familia un tipo penal que recoja su contribución, sin embargo no podemos negar que su aporte debe ser calificado como complicidad delictiva. El injusto típico de bigamia presenta una estructura trilateral y no podría explicarse sin la intervención dolosa del funcionario de nuestro ejemplo, quien con su aporte también lesiona -en alguna medida- la institución jurídico-familiar del matrimonio y por lo tanto debe ser merecedor de sanción penal. Al igual que el interesado en el tráfico de influencias, el funcionario que conscientemente celebra el matrimonio ilegal es un interviniente necesario punible a título de cómplice primario. Obviamente el funcionario que celebra el matrimonio del bigamo no será punible cuando actúe sin conocimiento de tal impedimento, esto es, cuando su comportamiento no sea subjetivamente imputable por ausencia de dolo.

Por su parte, la punición de la intervención necesaria de *extraneus* en delitos de infracción de deber exige la realización de un aporte de mayor intensidad que el requerido para apreciar la intervención punible del partícipe necesario en delitos de organización. Ello se explica porque en los delitos de infracción de deber el acceso del *extranei* al injusto típico está mediatizado por la vinculación institucional del *intranei*, de modo que para imputarle el suceso su

aporte debe expresar sentido de adhesión a la lesión de deber del obligado institucional. Por ello, la sanción del beneficiario de los caudales públicos como cómplice de peculado requiere que éste haya propiciado en alguna medida dicha entrega<sup>(66)</sup>. Este *plus* en el aporte de los intervinientes necesarios en delitos de infracción de deber no se exige en el caso del tráfico de influencias, pues al tratarse de un delito de organización, los intervinientes acceden directamente al injusto típico.

### 3.3. El interesado que solicita el acuerdo de intercesión es punible como instigador.

La conducta del interesado también será objetivamente imputable cuando su intervención exceda la aceptación de la oferta de intercesión formulada por el traficante, y sea aquél quien determine eficazmente la comisión del delito. Nos referimos a la siguiente estructura comisiva: (i) solicitud formulada por el interesado a fin de que el traficante interceda a su favor en un caso, mostrándose dispuesto a entregarle una ventaja por sus servicios; (ii) invocación de influencias por parte del traficante, que bien puede realizarse a través de actos concluyentes; (iii) propuesta de intercesión formulada o reformulada por el traficante; y, (iv) aceptación del interesado.

El injusto típico que se configura en estos términos sólo puede explicarse de modo completo si se toma en cuenta el aporte de instigación inicial. Ahora bien, como es sabido, no toda proposición para cometer un delito debe ser considerada una instigación penalmente relevante. Instigar es influir psíquicamente en el autor, de modo que opte por la comisión del delito.

Para que el aporte del instigador sea objetivamente imputable debe haber sido eficaz, pero no importa si tuvo que emplear muchas energías en persuadir al traficante, o si fue algo sencillo debido a la propensión del instigado a los actos de corrupción. No debe confundirse al sujeto proclive a la comisión de actos de tráfico de influencias con aquel traficante que previamente a la solicitud del interesado había decidido irremisiblemente cometer el delito. Sólo a este último debe considerársele un *omnimodo facturus*, de modo que no es posible instigarlo, más no a aquél sujeto sin reparos para traficar influencias pero que

(66) Ver: Supra, Capítulo I: “la administración de caudales públicos por delegación de competencias funcionariales y su entrega indebida a particulares”.

en el caso concreto no había decidido realizar el delito sin antes escuchar la solicitud del interesado. Éste sí necesita del influjo psíquico característico de la instigación.

Cuando el interesado es quien determina la invocación de influencias por parte del traficante, solicitando su intercesión en un proceso judicial o administrativo y mostrándose dispuesto a remunerar sus servicios, deberá ser tratado como cualquier instigador y no propiamente como un interesado, pues abandona su papel típico, circunscrito a la aceptación de la intercesión ofrecida por el traficante.

Incluso quienes defienden la tesis de la impunidad de la participación del interesado admiten que la instigación al tráfico de influencias es posible en el ordenamiento jurídico vigente. Así, para Yon Ruesta, “será instigador aquél que determine a una persona a invocar influencias a un tercero con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario público”<sup>(67)</sup>, pero se decanta por la impunidad de quien solicita y determina la realización de un acto de tráfico de influencias a su favor<sup>(68)</sup>.

A mi juicio, ambos supuestos son estructuralmente idénticos y no existen razones legales ni dogmáticas que avalen un tratamiento diferenciado. Veamos porque razones no convencen los argumentos que plantea el profesor Yon Ruesta para defender la tesis de la impunidad de quien determina la realización de un tráfico de influencias en interés propio.

**Primer argumento.** El interesado en el tráfico de influencias nunca debe responder penalmente, aunque instigue la invocación de influencias a su favor, porque al tratarse de un concurrente o interviniente necesario su comportamiento ya está previsto en el tipo penal de la Parte Especial, de modo que las reglas de la participación delictiva que amplían la punibilidad no le son aplicables en ningún caso<sup>(69)</sup>.

Según lo ya expuesto, de la configuración del injusto típico de tráfico de influencias como delito de participación necesaria no puede derivarse la impunidad del interesado, pues el precepto no se orienta a su protección, sino que, por el contrario, su aporte al hecho expresa un sentido contrario a los intereses jurídicamente garantizados en el tipo penal. Adicionalmente, el artículo 24 del Código Penal<sup>(70)</sup> no supedita la punición a la inactividad posterior del instigador, de modo que su ulterior intervención en el *iter criminis* no debe afectar la valoración que merece su aporte de determinación a la comisión del hecho.

**Segundo argumento.** Según la redacción del artículo 400 del Código Penal, el interesado en el tráfico de influencias realiza su aporte durante la realización del injusto, mientras que la actuación del instigador siempre tiene lugar en un momento anterior a la comisión del delito<sup>(71)</sup>.

Este argumento no ataca la tesis aquí defendida, pues la consideración del interesado como instigador no se fundamenta en su posterior aceptación frente a la oferta de intercesión del traficante, sino que viene dada por la solicitud inicial de intercesión que formula el propio interesado y que finalmente determina la realización del hecho. En tal caso, su aporte no se restringe a la ejecución del tipo, sino que acaece en fase previa al inicio de la ejecución del delito, de modo que no sólo ocupa el *status* de interesado en el hecho sino también el de instigador. La solución a esta concurrencia de títulos de intervención en el interesado merece mención aparte y se aborda en el epígrafe 3.4.

**Tercer argumento.** Según la redacción del precepto legal, el ofrecimiento de influencias por parte del traficante es posterior a su invocación, de modo que si es el interesado quien solicita que se utilicen las influencias del traficante a su favor, estaremos ante una figura delictiva distinta a la del tráfico de influencias<sup>(72)</sup>.

Este argumento no afecta al planteamiento aquí defendido, pues no se afirma que el interesado que

(67) YON RUESTA. Op. cit.; p. 241.

(68) Ibid. p. 241. Específicamente señala Yon Ruesta: “si se acepta que el tercero concurrente (se refiere al interesado en la intercesión) puede tener la calidad de instigador en el delito bajo análisis, estaríamos afirmando que éste busca determinar a una persona para que le invoque influencias a sí mismo, lo que carece de todo sentido, y más aún, de relevancia penal”.

(69) Ibid.

(70) “Artículo 24. El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

(71) Ibid.

(72) YON RUESTA. Op. cit.; p. 241.

solicita el tráfico de influencias deba ser reputado autor del mismo, sino instigador. Discrepo que para aceptar la punición del interesado como instigador deba modificarse la legislación vigente, creándose en la Parte Especial un tipo penal que sancione específicamente el supuesto de solicitud de intercesión por parte del interesado en un tráfico de influencias, ya que dicho supuesto es abarcado *de lege lata* una vez integrados los preceptos de la participación en el actual artículo 400 del Código Penal. A mi juicio, sería contraproducente crear un nuevo tipo penal en el que se recoja el comportamiento del interesado que solicita la venta de influencias, pues ello implicaría romper la unidad del suceso lesivo e impediría la valoración global del mismo conforme a las exigencias del principio de unidad del título de imputación.

### 3.4. Concurrencia de títulos participación en el interesado.

Cuando el interesado sea quien solicite el acuerdo de intercesión, concurrirán en él dos títulos de intervención. Como hemos visto, su aporte en fase preparatoria tiene el valor de una instigación y la posterior aceptación de la intercesión ofrecida constituye un acto de complicidad punible. En tales casos, las exigencias del principio *ne bis in idem* proscriben la posibilidad de sancionar al interesado por ambos títulos de intervención, debiéndose solventar este concurso de leyes de acuerdo al principio de subsidiariedad, en cuya virtud las formas de intervención más débiles ceden a favor de las más intensas<sup>(73)</sup>. Deberá optarse entonces por calificar el aporte del interesado como instigación, pues ésta forma de intervenir supone una mayor configuración del suceso que la que se aporta con la complicidad.

La posibilidad de concurrencia de diferentes formas de participación (instigación y complicidad) en una misma persona y en relación a un mismo hecho delictivo ha sido negada enfáticamente por algunos autores nacionales que han criticado mi posición sobre el interesado en el tráfico de influencias. Así, Rodríguez Delgado afirma que

“una persona no puede tener dos títulos de imputación por el mismo hecho, en definitiva o es autor, cómplice o inductor”<sup>(74)</sup>, calificando de poco racional la consideración de dos títulos de imputación en una misma persona<sup>(75)</sup>. Por su parte, refiriéndose también a mi planteamiento, García Cantizano ha señalado: “Así, en la figura del interesado, esto es, en una misma persona y respecto a un mismo hecho delictivo, concurrirían dos formas de participación que, por definición, son incompatibles entre sí, quebrando así con esta afirmación toda la dogmática penal elaborada en torno a la teoría de la participación delictiva”<sup>(76)</sup>.

Pues bien, al referirse al concurso de varias formas de intervención, uno de los más destacados representantes de la dogmática penal del siglo XX afirma: “cuando concurre en una persona autoría y participación, o inducción y complicidad en el mismo hecho (el autor, por ejemplo, instiga a otro a la coautoría o a la complicidad, o bien induce y presta además ayuda hecho principal), las formas más débiles de intervención retroceden ante las más poderosas, esto es, la inducción tiene preferencia sobre la complicidad y la coautoría sobre la inducción y la complicidad (subsidiariedad)”<sup>(77)</sup>. A esta salida planteada por Jescheck para superar la concurrencia de varias formas de participación en una misma persona y respecto a un mismo hecho, Mir Puig y Muñoz Conde añaden “es aplicable a nuestro Derecho (el español) la solución del concurso de leyes con arreglo al principio de subsidiariedad que se defiende en el texto con relación a los casos de **concurrencia de actos de autoría y participación**”<sup>(78)</sup>.

Asimismo, Stratenwerth, Velásquez Velásquez y Zaffaroni admiten la concurrencia de formas de participación y su solución de acuerdo al principio de subsidiariedad. Afirma el primero de los autores citados, “si una persona colabora de *varias* formas en la comisión de un hecho, el rol menos intenso retrocederá frente al más intenso: el que instiga y además presta ayuda responde solo como instigador”<sup>(79)</sup>. En la doctrina latinoamericana

(73) En este mismo sentido me pronuncié en un trabajo anterior. Cfr. REAÑO PESCHIERA. Op. cit.: p. 298.

(74) RODRÍGUEZ DELGADO. Op. cit.: p. 270.

(75) Ibid.

(76) GARCÍA CANTIZANO. Op. cit.: p. 564.

(77) JESCHECK. Op. cit.: p. 968.

(78) MIR PUIG y MUÑOZ CONDE. Op. cit.: p. 978.

(79) STRATENWERTH. *Derecho Penal. Parte General. El Hecho Punible*. 2da. edición. Tomo I. Traducido por Gladis Romero. Madrid, 1982. pp. 287-288.

Velásquez Velásquez señala que en materia de concurrencia de formas de participación “rige el postulado del retroceso, en virtud del cual cuando un concurrente realiza al mismo tiempo actos constitutivos de diversas formas de concurso, la forma menos intensa cede ante la más intensa”<sup>(80)</sup>. Por su parte, Zaffaroni concluye que “pueden concurrir distintas formas de participación: el que instiga puede también cooperar a la realización. Cuando se da esta concurrencia, la forma más grave de participación absorberá a la más leve: la instigación y la complicidad primaria absorberán a la complicidad secundaria<sup>(81)</sup>, “quien interviene como coautor y como partícipe, será penado solo como autor y el que interviene como instigador y cómplice será penado solo como instigador, en función al principio de subsidiariedad”<sup>(82)</sup>.

La lista de autores que consideran posible que una misma persona realice un aporte de instigación y luego uno de complicidad respecto al mismo hecho continúa, pero no se trata de apoyarse exclusivamente en argumentos de autoridad para defender una posición. Únicamente se ha querido evidenciar el grave error en el que incurren los autores nacionales antes citados. Así, en contra de lo afirmado por la profesora García Cantizano debe aclararse que la complicidad y la instigación como formas de intervención en el delito no son incompatibles entre sí y su concurso es aceptado mayoritariamente por la doctrina más influyente; y contra lo dicho por el profesor Rodríguez Delgado, debe admitirse que lo irracional es negar la posibilidad de atribuir dos títulos de intervención a una misma persona que interviene en distintas fases del *iter criminis*. Obviamente, como lo expuse en el trabajo criticado por estos autores<sup>(83)</sup>, en tales

casos sólo podrá sancionarse por uno de los títulos concurrentes conforme a las exigencias de los principios de *ne bis in idem* y de subsidiariedad.

### 3.5. El interesado nunca puede ser considerado víctima del tráfico de influencias en el que interviene.

Detengámonos ahora brevemente en la siguiente cuestión: ¿es víctima de una estafa el interesado que entrega la contraprestación al traficante de influencias y no obtiene a cambio la gestión prometida? Aunque a primera vista resulte grotesca esta insinuación, merece comentario la posición jurídica del interesado que es defraudado por el traficante de influencias, pues algún autor nacional ha llevado la tesis de la impunidad del interesado al extremo de “poder considerarlo una víctima del tráfico de influencias, antes que un partícipe del hecho antijurídico”<sup>(84)</sup>.

En la doctrina italiana se ha acuñado la expresión “venta de humo” (*vendita di fumo*)<sup>(85)</sup> para el supuesto en que el traficante de influencias engaña al interesado en la intercesión, simulando influencias y prometiéndole una gestión que no realizará. La expresión *vendita di fumo* para designar este supuesto de tráfico de influencias se remonta al Imperio Romano, específicamente se asocia a la pena que recibió un súbdito del emperador Alejandro Severo que vendía influencias y privilegios. En la hoguera en que fue quemado vivo se colocó la inscripción: *fumo punitur qui fumum vendidit*<sup>(86)</sup>.

La propia “fragmentariedad” que caracteriza al Derecho penal impide considerar al interesado como víctima de un delito patrimonial. Si en los supuestos de negocios jurídicos con causa u objeto

(80) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Derecho Penal. Parte General*. 3era. Edición. Bogotá, 1997. p. 634.

(81) ZAFFARONI. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Lima. p. 747.

(82) *Ibid.*; p. 766.

(83) Cfr. REAÑO PESCHIERA. *Op. cit.*; p. 298.

(84) RODRÍGUEZ DELGADO. *Op. cit.*; p. 271.

(85) El Código Penal italiano sólo criminaliza -como tipo autónomo- la venta “simulada” de influencias. Específicamente, en su artículo 346, ubicado dentro del Capítulo II (De los delitos de los particulares contra la administración pública) del Título Segundo (De los delitos contra la administración pública), se señala: “(e)l 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 mil a veinte mil liras. La pena será 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”. Cfr. MAGGIORE. *Derecho penal. Parte especial*. Volumen V. Bogotá: Temis, 1972. p. 399.

(86) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ. *Op. cit.*; pp. 460-461; y con, ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. 2da. edición. Lima, 2001. p. 433.

delictivo el ordenamiento privado (Derecho civil) no admite una acción para recobrar lo entregado, *a fortiori* el Derecho penal no puede proteger una expectativa carente de reconocimiento jurídico<sup>(87)</sup>. En efecto, conforme al carácter secundario o subsidiario del Derecho penal, no pueden protegerse relaciones que, de plano, carecen de tutela a través de medios menos violentos, pues el acuerdo entre el traficante y el comprador de humo no constituye una relación jurídica exigible conforme al Derecho privado.

En este contexto, es comprensible la unanimidad de la doctrina italiana sobre la impunidad del interesado que compra influencias, pues en verdad se refieren al único supuesto de tráfico de influencias que prevé su legislación: la venta de influencias inexistentes. Incluso en tales casos puede defenderse la impunidad del propio traficante a partir de consideraciones de lesividad, conforme se explica en el apartado siguiente. Pero no es correcto generalizar la solución que defiende la doctrina italiana para este supuesto específico a los casos de compraventa de influencias reales que prevé el Código Penal peruano, pues en ellos no puede afirmarse que “el traficante vende humo, el interesado compra asado”<sup>(88)</sup>.

#### 4. Tráfico real e irreal de influencias.

Expuestas las razones por las que debe admitirse la punición del interesado que solicita el tráfico de influencias, quisiera aclarar por qué -a mi juicio- únicamente deben sancionarse los supuestos en los que las influencias invocadas por el traficante son reales, quedando fuera de la órbita de la conducta típica de intervención aquellos casos en los que el traficante -*ex ante*- no es capaz de influenciar al funcionario a cargo del proceso judicial o administrativo objeto del acuerdo. Esta consecuencia, derivada de un concepto material de

injusto típico como lesividad comunicativa de intereses jurídicos, la defendí en el trabajo publicado en *Ius et Veritas No. 23* y no fue discutida en la réplica del profesor Rodríguez Delgado, publicada en la edición siguiente de esta prestigiosa Revista, sino más bien fue compartida<sup>(89)</sup>.

Sin embargo, otros autores han afirmado que tal interpretación “no guarda relación con el principio de legalidad, puesto que se interpreta sólo una parte del tipo penal, cuando la literalidad del delito sanciona tanto el ejercicio de las influencias reales cuanto el de las simuladas, atribuyéndole a ambas la misma sanción penal”<sup>(90)</sup>, y que “resulta totalmente absurda esta posición, donde se diferencia artificialmente entre tráfico irreal y real de influencias, para definir qué conducta encaja o no baja la descripción legal del artículo 400 Código Penal, entre otras cosas, porque el mismo legislador, a la hora de definir la conducta típica, equipara ambos supuestos”<sup>(91)</sup>.

Las críticas glosadas solo pueden comprenderse desde una concepción formalista de delito, apegada a la literalidad del precepto penal, y a la que subyace una formulación positivista del principio de legalidad. Por el contrario, mi planteamiento parte de un concepto material de delito, entendido como riesgo idóneo para lesión de intereses jurídicos, que vincula el principio de legalidad con el fin de protección de la norma, y que considera legítima la interpretación teleológica en materia penal.

Actualmente existe consenso respecto de la imposibilidad de aplicar asépticamente el Derecho a través de silogismos formales y neutros, reconociéndose que toda interacción entre el intérprete y la norma implica siempre una transformación del Derecho. Ello no fue siempre así. El positivismo jurídico de principios del siglo XIX siguió aferrado a la idea de “Juez como boca de la Ley”, y negándole validez y reconocimiento a

(87) Sobre estafa y negocios ilícitos, vid. el interesante trabajo de PASTOR MUÑOZ. *Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997*. En: *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Número 2. 2002. pp. 367-399, especialmente pp. 384-396.

(88) Expresión de MANZINI, citada por ROJAS VARGAS. Op. cit.; p. 439. Este autor nacional defiende la tesis de la impunidad del interesado que acepta la intercesión ofrecida por el traficante apoyándose exclusivamente en la doctrina italiana; específicamente, en Manzini y Antolisei.

(89) RODRÍGUEZ DELGADO. Op. cit.; pp. 266 y 267, afirma que “el sujeto activo debe tener algunos vínculos reales con los citados funcionarios públicos, que le permitan tener las influencias o la capacidad de simularlas”.

(90) YON RUESTA. Op. cit.; p. 233.

(91) GARCÍA CANTIZANO. Op. cit.; p. 557.

la interpretación teleológica consideró que “la ley es válida por sí misma, no pudiendo depender su aplicación de un juicio especial sobre su adecuación al fin o al derecho”<sup>(92)</sup>.

La pretendida proscripción de la interpretación teleológica en materia penal postulada por Feuerbach se ha mostrado irrealizable<sup>(93)</sup>, y ha cedido paso a la hermenéutica jurídica, según la cual la obtención del Derecho significa “argumentación correcta en un sistema abierto”<sup>(94)</sup>. En este contexto, la imagen de que el Derecho se desarrolla en la medida en que los tribunales lo aplican asociada a la idea de que su aplicación no se agota en la simple subsunción silogística, ha dado lugar a la teoría del desarrollo continuador del Derecho. Según ella, el intérprete (el juez) es el llamado a precisar, completar y corregir el Derecho en los puntos en los que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas, o allí donde el Derecho presenta lagunas que requieren ser colmadas<sup>(95)</sup>.

En este sentido, si bien la exclusión del tráfico de influencias irreales o inexistentes de la órbita de punición no se deriva de la literalidad del precepto, sí puede ser fundamentada con éxito a partir de una reducción teleológica del artículo 400 del Código Penal. Si a través de dicho precepto se sancionan ataques a intereses de la Administración Pública, tales como la credibilidad en su imparcialidad y objetividad, los comportamientos que no configuran ni objetivan riesgos relevantes deben ser excluidos de punición. Esta interpretación restrictiva guarda coherencia con el principio de lesividad u ofensividad que consagra el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

Adicionalmente, debe advertirse que el tráfico de influencias irreales o inexistentes presenta la estructura de una tentativa inidónea (artículo 17 Código Penal), por lo que su impunidad está plenamente justificada siempre que desde una perspectiva normativa el ofrecimiento del traficante no signifique riesgo alguno para los intereses de la Administración Pública.

Interpretar teleológicamente es asignar un sentido o fin al enunciado normativo, para posteriormente reconstruir el precepto legal en términos adecuados a dicho fin. La compatibilidad de esta operación hermenéutica con el principio de legalidad es incontrovertible. Tanto el fundamento básico del principio de legalidad -la proscripción de la arbitrariedad- como su función primordial -brindar seguridad jurídica a los ciudadanos- se realizan principalmente a nivel de la relación ley-juez. Se trata de garantizar a los ciudadanos soluciones previsibles para casos estructuralmente idénticos, y ello sólo se consigue a través de la aplicación uniforme del enunciado normativo en casos concretos.

En el sistema anglosajón la seguridad jurídica se garantiza con la vinculación al precedente (*stare decisis*). En tanto sistema del caso (*case law*), los órganos jurisdiccionales están obligados a respetar las decisiones (*ratio decidendi*) que hayan recaído en casos anteriores que presenten la misma estructura<sup>(96)</sup>. Por su parte, en los sistemas de tradición europea-continental, como el peruano, en los que las soluciones sólo rigen para el caso concreto (*res iudicata*) y no vinculan el enjuiciamiento de casos futuros, la función de seguridad jurídica se pretende asegurar a través de la racionalidad argumentativa exigida por la garantía constitucional de motivación de las sentencias.

## 5. Epílogo.

A lo largo del presente trabajo se ha intentado demostrar la plausibilidad de la tesis que estima punible la intervención del interesado en el tráfico de influencias, sea como cómplice cuando se limita a aceptar el ofrecimiento de intercesión, o como instigador cuando solicita tal interferencia. Asimismo, se han refutado las críticas formuladas contra esta propuesta interpretativa, muchas de ellas sustentadas en una

(92) FEUERBACH. *Tratado de Derecho penal*. Traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemer. Buenos Aires, 1989.

p. 93. Es sintomático que GARCÍA CANTIZANO. Op. cit.; p. 552, se apoye en Feuerbach para negar la validez del método de interpretación teleológico, reivindicando una concepción formalista del principio de legalidad, hace mucho superada.

(93) BALDÓ LAVILLA. *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. En: *Libro Homenaje a Roxin* (editor SILVA SÁNCHEZ). pp. 358-359.

(94) BALDÓ LAVILLA. Op cit.; p. 359.

(95) *Ibid.*; p. 362.

(96) Cfr. BENLLOCH PETIT. *¿Prevarica el juez que se aparta de la “doctrina consolidada del Tribunal Supremo”?* En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Número 11. 2003. pp. 318-321.

concepción rígida y positivista del principio de legalidad, y otras apoyadas principalmente en el prestigio de los autores extranjeros que defienden determinadas posiciones, y no tanto en las razones que las fundamentan<sup>(97)</sup>.

Más allá de los efectos intimidatorios que en algunos sujetos produce la sanción de hechos delictivos ajenos, Hegel destacó que la pena no supone la ausencia irracional de un mal frente al otro mal que comporta el delito, sino que aquella tiene un contenido simbólico que comunica la reafirmación del Derecho, en tanto marginalización del significado del hecho punible. Autores y partícipes esbozan con su hecho un proyecto de mundo contrario al normativamente configurado, y a través de la pena el Derecho niega la validez de tal mundo alternativo, reafirmandose a sí mismo<sup>(98)</sup>.

Los actos de tráfico de influencias cometidos durante la década pasada desestabilizaron la confianza de la sociedad peruana en el aparato judicial y en la Administración estatal, y más allá

de los futuros e inciertos efectos preventivos que se puedan generar en ciertas personas, la sanción de dichos sucesos es necesaria para reafirmar y reestabilizar en el plano normativo la confianza de la sociedad en las instituciones públicas.

De acuerdo a los avances en la tramitación de los procesos anticorrupción, será la Sala Penal de la Corte Suprema la que en corto plazo deberá adoptar una u otra posición sobre la responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias. La historia entonces tendrá un final, aunque quizá tardío en aquellos casos en los que se declare prescrita la acción penal por el transcurso del tiempo. Aunque la justicia tardía no cumple la función de pacificación social inherente al Derecho penal, es innegable que la prescripción constituye una institución jurídica irrenunciable en un Estado de Derecho, pues no puede someterse eternamente a los ciudadanos al poder coercitivo. Nos guste o no, al menos en el proceso penal, todo tiene su final, nada dura para siempre. ~~AE~~

(97) Sólo como muestra, ver: YON RUESTA. Op. cit.; p. 236, quien respecto al interesado que es coaccionado a aceptar el ofrecimiento del traficante, apunta que "(e)llo ha llevado a autores de la talla de Muñoz Conde y Bustos Ramírez a afirmar que el concurrente necesario en el delito de tráfico de influencias puede ser víctima de concusión".

(98) Cfr. LESCH. *La función de la pena*. Traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Quien plantea una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, que combina una dimensión dialéctico-hegeliana y una práctico-utilitarista. Por un lado, la función del Derecho penal es absoluta (raigambre hegeliana) porque se pena *quia peccatum est* y no *ne peccetur*; pero, por otro lado, también es relativa (dimensión práctico-utilitarista), porque la pena no es un fin en sí misma no es *absoluta ab effectu*- sino que tiene una función: el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad.