

El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables? (*)

Julio A. Rodríguez Delgado

Abogado. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Academia de la Magistratura y la Maestría de Derecho Penal de la Universidad San Simón en Bolivia.

1 Introducción.

En este último año, a raíz de la persecución de la criminalidad vinculada a la red de corrupción del ex-asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos Torres, se han presentado una serie de problemas dogmáticos en el análisis e interpretación de diversos tipos penales. Esto último, incluso ha llevado a algunos abogados de los procesados a solicitar la opinión de juristas nacionales y extranjeros.

La problemática en la interpretación de algunos tipos penales obedece, en algunas oportunidades, a la conflictividad propia de algunos delitos en la dogmática penal, en otros casos, responde a un interés cegado en el castigo y la persecución que vulnera algunos principios en los que descansa el Derecho Penal de un Estado Democrático de Derecho.

Esta búsqueda de castigo es muchas veces alimentada por los medios de comunicación social, que recogen las versiones de las personas vinculadas a los poderes del Estado, con lo cual se genera una influencia en la decisión de los magistrados⁽¹⁾. No obstante ello, los magistrados deben actuar con plena independencia, desligados de influencia externa, dentro del respeto a los principios de imparcialidad y legalidad.

El Derecho Penal de este inicio de milenio (denominado Derecho Penal de la Globalización) tiene algunas características propias, que Silva Sánchez⁽²⁾ destaca, como el ser una criminalidad de los poderosos, internacional y organizada. Pero estos rasgos genéricos acarrearán unas características propias que se pueden percibir, no tanto en la tipificación de los delitos funcionales, pero sobretodo en la interpretación que de ellos han hecho algunas de las personas encargadas de la persecución. Dentro de estas características particulares está la presencia de tipos penales de peligro (mayormente de peligro abstracto), la tipificación a través de normas penales en blanco, la flexibilización de las reglas de imputación, en buena cuenta un Derecho Penal menos garantista⁽³⁾.

Pero ello, escapa a la finalidad que tiene el Derecho Penal, que es la tutela de bienes jurídicos, pero “en su lado oscuro, también puede ser una importante arma de poder, cuando en su aplicación se vulneran principios tan elementales y básicos dentro de un sistema jurídico que se dice perteneciente a un Estado de Derecho⁽⁴⁾”.

Si bien es cierto que la actual coyuntura política del país obliga a combatir la corrupción, también lo es que, en aras de erradicar la organización criminal montada por Montesinos Torres, no se pueden vulnerar principios

(*) Este artículo es respuesta a uno publicado por el Doctor José Reaño Peschiera en la Revista *Ius et Veritas* No. 23, aun cuando los argumentos recogidos en ese artículo fueron previamente a su publicación presentados de forma idéntica como argumentos de la defensa de los intereses del Estado que hace la Procuraduría *Ad-Hoc* en el caso Montesinos Torres a cargo del Procurador Vargas Valdivia. Espero que con este artículo se genere el debate académico necesario para un intercambio alturado de puntos de vista, y además permita que cada vez más se aprecie la consolidación de la aún joven escuela de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, formada por el joven autor antes mencionado, entre otros.

(1) En el mismo sentido se puede ver la Resolución de la Doctora Jimena Cayo Rivera-Schreiber, Juez del Primer Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, expedida en el Expediente No. 41-2001 (caso Luchetti).

(2) Para mayor detalle ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

(3) Tomado de: *Ibid.*; pp. 63 y 64.

(4) GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Algunas Consideraciones en torno al Delito de Tráfico de Influencias (artículo 400 del Código Penal)*. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 88, marzo 2001. p. 59.

fundamentales sobre los que descansa nuestra sociedad. Las garantías previstas en la Constitución Política del Estado no pueden dejarse de lado, pues es el límite natural al *ius puniendi* del Estado, es el único mecanismo de protección que tienen los ciudadanos frente a la arbitrariedad en el ejercicio del poder del gobierno de turno y de sus autoridades.

Además, la persecución de la criminalidad organizada de los aparatos del Estado resulta muy compleja. En estos casos hay que tener extremo cuidado con la forma de persecución, la estrategia de investigación, la tramitación de las extradiciones, entre otros, pues los procesos de corrupción enquistada dentro de los sectores estatales por períodos tan largos son difíciles de desarticular, dentro del respeto de las garantías previstas en el sistema de justicia penal.

La idea de un Derecho Penal garantista es la aspiración de todo Estado postmoderno. En un Estado que aspira a reforzar sus garantías, “el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena⁽⁵⁾”. Ello lleva a recordar que existe una línea divisoria muy clara entre lo que le interesa al Derecho Penal y lo que es materia de la moral, sobretodo si se tiene en cuenta que las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos, y la persecución de las mismas puede ser muy nociva para la capacidad funcional del sistema social⁽⁶⁾. Ambos no pueden ser confundidos, pues ello -además- llevaría, irremediabilmente, al órgano de justicia a cometer arbitrariedades y abusos.

No se puede negar la especial sensibilidad que han generado los temas vinculados al aparato de corrupción de Montesinos Torres, de características muy similares al denominado *Tangentopoli*⁽⁷⁾ en Italia, pues también se generó el derrumbe de toda una clase política y el final de toda una etapa en la historia italiana. Es evidente que espero que el resultado final tenga las mismas

características que el caso italiano, aunque en el estado incipiente y de la forma en que se manejan estos procesos no puedo ser del todo optimista. No obstante, aun en esas circunstancias no se puede renunciar al respeto de los principios garantistas que deben primar en el Estado Democrático de Derecho.

Debemos aprender de los errores y experiencias sufridas por otros Estados, para así reducir las arbitrariedades que un proceso de esta naturaleza normalmente conlleva, sobre todo por el alto interés social que sobre la tramitación de dichos procesos existe, y debido a la necesidad impostergable de responsabilizar a los culpables de los delitos cometidos.

2 Generalidades.

2.1 Ubicación sistemática.

El artículo 400 del Código Penal, que prevé el tipo penal de Tráfico de Influencias se ubica en la sección IV, Capítulo I, del Título XVIII del citado cuerpo normativo, dentro de los llamados Delitos contra la Administración Pública. Ello ya es un indicativo de la naturaleza que se le buscó dar a este delito y del bien jurídico que busca proteger. El tipo penal en mención tiene que ser analizado al detalle, pues de su literalidad⁽⁸⁾ se establecen los parámetros de interpretación.

2.2 Bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado por este tipo penal es la Administración Pública, específicamente el prestigio y correcto funcionamiento que los poderes públicos han de rendir a la comunidad⁽⁹⁾, esto visto desde una perspectiva claramente funcional, porque hay que tutelar la función administrativa pública por ser ésta esencial para la resolución y disminución de los conflictos sociales⁽¹⁰⁾. El objeto de protección del presente tipo penal está constituido por el ejercicio legítimo jurídicamente exigible de la función pública⁽¹¹⁾, lo que implica que ningún funcionario público podrá actuar

(5) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. pp. 34 y 35.

(6) Tomado de: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Madrid: Civitas, p. 56.

(7) El *Tangentopoli* es la denominación que se le dio al sistema de corrupción que se enquistó en Italia. Más detalle se puede encontrar en: FERRAJOLI, Luigi. *Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de crisis italiana y el rol de la magistratura*. En: *Pena y Estado*. No. 1, Buenos Aires: Del Puerto, 1995. pp 113 y ss.

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

(9) VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal: Parte Especial*. Tercera edición. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 736.

(10) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. 2a. edición. Barcelona: 1991. p. 366.

(11) CARMONA SALGADO, C.; GONZÁLEZ RUS, J.J.; MORILLAS CUEVA, L.; POLAINO NAVARRETE, M. y PORTILLA CONTRERAS, G. *Curso de Derecho Penal Español: Parte Especial*. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 324.

fuera de las facultades o límites que le imponga la propia naturaleza de su cargo, debiendo respetar los principios y las normas generales de probidad e imparcialidad. Incluso se señala que lo que se busca proteger es el prestigio y el regular funcionamiento de la Administración Pública⁽¹²⁾.

Sin embargo, lo que no puede dejarse pasar por alto es que un bien jurídico construido así resulta muy gaseoso y etéreo⁽¹³⁾. Debido a que, en los supuestos de influencias irreales o en el caso de que el traficante no emplee las influencias que tiene, no habría en juego otra cosa que no sea el buen nombre de la Administración Pública, y jamás entraría en peligro la Administración Pública como tal. En estos supuestos, la actuación del solicitante de influencias tendría que ser - indiscutiblemente- atípica.

De otro lado, no resulta tan claro que en los casos de influencias reales ejercidas lo que esté en juego sea el buen nombre de la administración, en la medida en que si se llega a conseguir que el funcionario público resuelva a favor del solicitante, podría apreciarse, verbigracia, la comisión de un delito de colusión o de cohecho, y en ambos casos lo que se lesiona es el funcionamiento de la Administración Pública y no su “buen nombre”⁽¹⁴⁾.

En los casos de influencias simuladas o de influencias reales no ejercidas, se puede apreciar “cómo, en realidad, en nada se afecta a la Administración Pública; es más, ni si siquiera se exige que haya un funcionario público involucrado⁽¹⁵⁾”. En definitiva, en nada se afecta el bien jurídico penalmente tutelado. Visto así, se puede establecer que estamos ante un bien jurídico colectivo, en lo que podría entenderse como la protección de una entidad de naturaleza institucional.

Además, claramente Silva Sánchez y Joshi Jubert⁽¹⁶⁾ señalan que el bien jurídico objeto de tutela

en el presente delito es la imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad y el buen nombre y credibilidad de la Administración Pública, dentro de los parámetros generales de defensa del interés general⁽¹⁷⁾. Entendido así el bien jurídico, y concordado con el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal (Principio de Lesividad) el referente interpretativo del bien jurídico tiene que estar limitado por el interés social o general, e intentar así reducir su alto índice de vaguedad⁽¹⁸⁾. Asimismo, se desprende que el delito de Tráfico de Influencias no puede abarcar como cooperadores (necesarios o no necesarios) a los sujetos “compradores de influencias”. El tener la condición de comprador de influencias por sí sólo no fundamenta la imputación a título de participación, más aun al tratarse de un delito de peligro abstracto (tema que será abordado con más detalle posteriormente).

2.3 Clasificación del tipo penal.

Se trata de un tipo penal de mera actividad⁽¹⁹⁾, pues la conducta exige en el sujeto activo un ofrecimiento de interceder, sin comprometerse con el resultado⁽²⁰⁾. Es también un tipo alternativo en cuanto a las modalidades de cometer el delito, aunque requiere una pluralidad de elementos para que se configure la conducta típica, sin los cuales la citada conducta devendría en atípica.

Por otro lado, en cuanto al sujeto de la conducta, se trata de un delito común, pues no exige en el sujeto activo del mismo una condición especial. No obstante ello, desde el punto de vista fáctico, se debe destacar que el autor debe contar con la posibilidad de influenciar a un funcionario o servidor público en proceso administrativo o judicial, que esté conociendo o que haya conocido. Por ello, el sujeto activo debe tener algunos vínculos reales con los citados funcionarios

(12) Tomado de: ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Segunda edición. Lima: Grijley, 2001. p. 435.

(13) En el mismo sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Informe Jurídico solicitado por la defensa de los funcionarios de la Empresa Lucchetti, para ser presentado en el proceso seguido en el Tercer Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Santiago de Chile, 2001. p. 7.

(14) Opinión similar se puede encontrar en: GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit.; p. 61.

(15) Tomado de: GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit.; p. 60.

(16) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y JOSHI JUBERT, Ujala. *Informe Jurídico solicitado por el abogado de Manuel Delgado Parker para ser presentado en el proceso penal tramitado en el Primer Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Barcelona, 2001. p. 5.

(17) De forma similar opina: CASAS BARQUERO, Enrique. *Tráfico de Influencias*. En: *Estudios Penales en Memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Edición a cargo de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1989. pp. 168 y 169.

(18) En el mismo sentido, esto es, respecto a la vaguedad del bien jurídico objeto de protección en este delito, con doctrina abundante ver: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Informe Jurídico solicitado por la defensa de Manuel Delgado Parker para ser presentado en el Primer Juzgado Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Lima, 2001. pp. 21 y ss.

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

(20) Más detalle sobre los tipos de mera actividad se puede ver en: MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Quinta edición. Barcelona: P.P.U., 1998. p. 200.

públicos, que le permitan tener las influencias o la capacidad de simularlas.

De igual manera, en relación al aspecto subjetivo del tipo (tipos con elementos subjetivos⁽²¹⁾), se entiende que es un delito de tendencia, y específicamente es un tipo penal mutilado en dos actos, pues para el perfeccionamiento de la conducta ilícita se requiere de una acción ulterior. En primer lugar, es necesario que el sujeto activo que invoque las influencias reciba una ventaja o promesa de donativo del “solicitante de influencias” o interesado; y posteriormente, se requiere que se comprometa a interceder ante un funcionario o servidor público. No obstante ello, se entiende que si el interesado no sobrepasa la participación que requiere el tipo, permanece impune⁽²²⁾.

Adicionalmente, se trata de un tipo penal que ha adelantado las barreras de protección, pues se trata de un acto preparatorio punible. El legislador ha querido evitar la comisión de otros delitos funcionales como el cohecho o la colusión, por ello ha tipificado el acto preparatorio de los mismos como penalmente relevante. Además, estos actos de preparación (o actos preparatorios punibles) serán castigados en la medida en que revelen el plan delictivo del autor y simultáneamente sean comportamientos socialmente anormales⁽²³⁾. En este orden de ideas, para el castigo de un acto preparatorio no basta que dichos actos sean peligrosos, sino además debe añadirse una circunstancia perfecta y significativa (la comunicación sobre el delito que ha de tener lugar pues esto pone en tela de juicio a la propia norma) para que en un Estado de Derecho dichos actos previos puedan ser punibles⁽²⁴⁾. Más aun si se tiene en cuenta que en la gran mayoría de casos el bien jurídico ni siquiera es puesto en peligro, por ello se entiende que son conductas irrelevantes para el Derecho Penal⁽²⁵⁾.

2.4 Los juicios de imputación.

Para la comisión del delito de Tráfico de Influencias se requiere la presencia de los siguientes juicios de imputación, sin ellos no será posible que válidamente se investigue a una persona por la citada conducta ilícita.

a) La imputación objetiva de la conducta típica, que exige la presencia de los siguientes elementos:

-La creación del riesgo típicamente relevante para el bien jurídico protegido. Dicho riesgo se materializa mediante una conducta de recibir, hacer dar o hacer prometer a otro una ventaja, siempre y cuando con ello se ponga en peligro el buen funcionamiento e imparcialidad de la administración, lo que deberá excluirse cuando se trate de conductas socialmente adecuadas o toleradas, de riesgos permitidos o riesgos insignificantes.

-La conducta típica, al ser de medios determinados, deberá llevarse a cabo mediante la invocación de influencias reales o simuladas y el ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público.

-La persona que da o promete la ventaja, pues en caso contrario el delito no se consuma.

-El funcionario público sobre el cual el autor del delito aparenta un grado de influencia, pues en caso contrario estaríamos frente a un delito imposible (imposibilidad de lesionar el bien jurídico protegido), y por lo tanto impune.

b) La imputación subjetiva, que requiere de la presencia de dolo.

c) La imputación a título de autor o partícipe.

3 Los elementos del tipo penal.

3.1 Autor, cómplice e instigador.

La autoría y participación en estos delitos ofrece un grado elevado de complejidad, la casuística generada por los “procesos anticorrupción” ha hecho que exista una discusión muy rica, sobretodo en lo concerniente a la participación del “solicitante de influencias” o interesado, pues mientras algunos afirman que su participación es impune, otros señalan que debe ser castigado como cómplice o instigador.

El sujeto activo del delito de Tráfico de Influencias es la persona que “(...) invocando influencias (...) recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder (...)”⁽²⁶⁾, conducta que además deberá poner en peligro el bien jurídico protegido. Es autor quien

(21) Clasificación tomada de: ROXIN, Claus. Op. cit.: 1997. pp. 316 y 317.

(22) Esta es la posición seguida por un importante sector de la doctrina en estos delitos, y también la que el Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania mantiene, más información se puede consultar en: MIR PUIG, Santiago. Op. cit.: p. 208.

(23) Más detalle en: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 858.

(24) Tomado de: *Ibid.*; p. 929.

(25) En el mismo sentido se puede ver: GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit.: p. 62.

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

invoca las influencias -reales o simuladas-, para obtener del interesado una promesa o ventaja (un concreto beneficio)⁽²⁷⁾, ofreciendo interceder ante un funcionario público.

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

Cómplice es la persona que dolosamente ayuda al sujeto activo a cometer el hecho injusto, implica por ello la intervención en un hecho ajeno⁽²⁸⁾. Es importante recalcar que la complicidad se encuentra parametrada por el **principio de la accesoriadad limitada de la participación**, lo que implica que existe un cómplice si es que hay un autor material de los hechos⁽²⁹⁾. Como la conducta típica del delito de Tráfico de Influencias consiste en invocar influencias con el fin de obtener una ventaja para sí o para un tercero a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será cómplice quien ayuda en el proceso de invocar influencias o de realizar actos de gestión ante el funcionario público para obtener una resolución favorable a los intereses del “comprador de influencias”. “En definitiva sólo es cómplice quien auxilia a una completa realización del tipo⁽³⁰⁾”. En este orden de ideas, aquellos hechos que son objeto de una investigación judicial que incorporan al “comprador de influencias” como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, constituye un error, puesto que su intervención no sobrepasa la participación que requiere el tipo penal, y por ello debe ser considerada impune.

No es cómplice de Tráfico de Influencias aquel que realiza la promesa o entrega el donativo o la ventaja al sujeto activo del referido delito, es decir, el que compra influencias no es ni co-autor ni partícipe en los hechos típicos del citado delito. De aceptar la tesis

en este tipo de delitos no puede haber un cómplice, lo único que puede presentarse como forma de responsabilizar a una persona que no sea el traficante es cuando realice actos de instigación

sustentada por la Procuraduría *Ad-hoc*, habría que definir qué nivel de complicidad tiene el comprador de influencias, y es aquí en donde la tesis se convierte en absurda, pues el comprador de influencias no coopera con la realización del tipo penal, sino es el “partícipe necesario” en el llamado delito de encuentro (que se caracteriza por existir una relación entre el sujeto pasivo y el sujeto activo). El delito de encuentro establece la necesidad de que el sujeto pasivo participe en el delito, como parte de la concepción de la conducta típica, y por ello si no sobrepasa los requerimientos del tipo penal, su conducta será impune⁽³¹⁾.

3.1.1 La persona que da o promete la ventaja.

Para que se configure el delito de Tráfico de Influencias es necesario que dentro de los hechos aparezca la persona que da o promete la ventaja a favor del sujeto activo o de un tercero. No sólo es necesario la presencia de la persona que solicita la influencia o recibe la oferta de interceder por parte del sujeto activo, sino también es necesario que esta persona entregue o prometa entregar alguna ventaja al sujeto activo o a un tercero. Es por este requisito del tipo penal que se trata de un delito de participación necesaria.

La Procuraduría *Ad-hoc*⁽³²⁾ ha señalado que el comprador de humo o el interesado que acepta la oferta es **cómplice primario** del autor del delito de Tráfico de Influencias, debido a que su participación es necesaria para la configuración del referido delito.

Es trascendental, para evitar caer en errores interpretativos del tipo penal, partir de una correcta

(27) Tomado de: *Ibid.*; p. 61.

(28) En el mismo sentido ver: MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 393.

(29) Más detalle en: *Ibid.*; p. 395.

(30) JAKOBS, Günther. *Op. cit.*; p. 816.

(31) Tomado de: MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 208.

(32) Idéntica opinión se encuentra en: REAÑO PESCHIERA, José. *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*, No. 23, Lima, noviembre de 2001, p. 297.

definición del bien jurídico penalmente protegido en el citado delito. Una equivocada definición del bien jurídico tutelado en el delito de tráfico de influencias (sólo la imparcialidad u objetividad de la administración pública) lleva a otorgarle a la participación necesaria del comprador de humo o interesado condiciones de punibilidad, no recogidas en el artículo 400 del Código Penal y por ningún sector de la doctrina, sea nacional o internacional. En este sentido, se expresa la cita del autor nacional Abanto Vásquez⁽³³⁾, hecha por la Procuraduría en un recurso presentado en el proceso penal seguido contra Manuel Delgado Parker, que señala: “(...) el interesado es ‘participe necesario’, pero nunca coautor, pues no es él quien ‘invoca’ ni ‘ofrece interceder’ (...) **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⁽³⁴⁾”. Para ser cómplice del delito de Tráfico de Influencias tiene que prestarse auxilio en el hecho de la venta de la influencia.

La Procuraduría *Ad-hoc*⁽³⁵⁾, argumenta que el tipo penal de Tráfico de Influencias está clasificado dentro de los “delitos de encuentro” (uno de los supuestos de participación necesaria). No obstante ello, se puede apreciar que la referencia hecha al profesor Jescheck por la Procuraduría *Ad-Hoc* no es del todo precisa, puesto que -en primer lugar- en ningún momento el citado autor señala como ejemplo de un tipo penal de encuentro al delito de Tráfico de Influencias. En segundo lugar, según Jescheck⁽³⁶⁾ **el castigo a los intervinientes en el delito tiene que estar previsto por la propia ley, siendo los intervinientes impunes por regla general, manifestando finalmente que la imputación de la conducta además debe ser hecha a través de**

preceptos distintos o diferenciados. En otras palabras, la conclusión incontestable a la que arriba la Procuraduría *Ad-hoc*⁽³⁷⁾ de que el solicitante de influencias debe ser castigado como consecuencia de lo afirmado por el profesor alemán, no es una interpretación del todo válida. En estos delitos (de participación necesaria), lo que se puede concluir es que al no existir un precepto independiente en el caso peruano, y al no excederse el solicitante de influencias de lo exigido en el tipo penal, su conducta debería ser considerada del todo atípica.

Además, según el citado autor⁽³⁸⁾, la doctrina tiende a limitar la punibilidad de la participación necesaria, incluso en aquellos casos en los que la iniciativa para la comisión del delito proviene del interviniente necesario. Nuevamente, la misma cita a Jescheck realizada por la Procuraduría *Ad-hoc* señala que “(...) la punibilidad de la participación necesaria debe ser la excepción y no la regla general (...)”. Lo mismo refiere de manera expresa Maurach⁽³⁹⁾, “en los delitos de encuentro, la participación necesaria no presenta dificultades cuando la ley determina la punibilidad de **todos los colaboradores en forma expresa**⁽⁴⁰⁾”.

En el mismo sentido, y como hemos señalado antes, Abanto⁽⁴¹⁾ señala que en el delito de Tráfico de Influencias no se ha previsto nada específico para la persona que compra influencias, por lo que aceptando la tesis de la Procuraduría *Ad-hoc* de que estamos ante un delito de encuentro, la conducta de los “compradores de humo” seguiría siendo impune aun el caso que hubiesen solicitado la influencia. Además, para reforzar la atipicidad de la conducta del comprador de influencias, Abanto, como hemos señalado, refiere que “**el interesado que compra ‘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

(33) Tomado de: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2001. p. 472.

(34) Texto citado por el Procurador Vargas Valdivia en el citado escrito; opinión exactamente igual se encuentra en: REAÑO PESCHIERA, José. Op. cit.; p. 297.

(35) Afirmación idéntica se encuentra en: *Ibid.*; p. 297.

(36) “En los delitos de encuentro, las manifestaciones de voluntad de los intervinientes se dirigen también a una misma meta, pero desde ángulos distintos, de forma que, en cierta manera, las acciones tienden a encontrarse, como en el caso del favorecimiento de acciones sexuales de los menores de edad (§ 180). Aquí la ley, en preceptos diferenciados, sólo conmina con pena a determinados intervinientes, mientras que deja impune a los demás.” En: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal: Parte general*. Cuarta edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 636.

(37) En igual sentido se puede ver: REAÑO PESCHIERA, José. Op. cit.; p. 297.

(38) JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit.; pp. 636 y 637.

(39) MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte General*. Séptima edición. Tomo 2. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 402.

(40) Destacado nuestro.

(41) Más detalle se puede encontrar en: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Op. cit.; p. 472.

que colaboran con este tráfico, es decir, la parte de la ‘venta de la influencia’⁽⁴²⁾”.

3.1.2 ¿Cómplice o instigador?

La Procuraduría *Ad-hoc* en el escrito antes mencionado refiriéndose al caso de Manuel Delgado Parker ha señalado que “(...) es instigador del delito de tráfico de influencias por cuanto solicitó la intercesión de Vladimiro Montesinos Torres (...)”. En otras palabras, conceptualiza la situación de Manuel Delgado Parker dentro de la complicidad tan sólo por el hecho de ser el solicitante de las influencias, sin hacer un análisis específico sobre su aporte concreto a la realización del tipo penal por parte de Montesinos Torres (como autor). Señala la Procuraduría *Ad-hoc* que en este caso “(...) el inculpado Delgado Parker tiene un doble nivel de participación. Por un lado, tiene la calidad de instigador del delito de Tráfico de Influencias, pues al acudir a Vladimiro Montesinos Torres y exponerle sus problemas judiciales, teniendo conocimiento de la ascendencia de éste sobre gran parte de los Magistrados del Poder Judicial y exteriorizar su disposición a concederle ventajas a cambio de su intercesión, hizo nacer en el Ex Asesor Presidencial la resolución criminal; y, por otro lado, es cómplice a partir del momento en que formuló su promesa de dádiva, vinculada al apoyo político que prestaría la línea periodística de Radio Programas del Perú”.

Como veremos a continuación, la doctrina no permite la complicidad en este delito. Pero menos racional desde un punto de vista jurídico es la interpretación que hace la Procuraduría *Ad-Hoc*, pues habla de 2 títulos de imputación presentes en la misma persona, por actos que son parte de la exigencia propia del tipo penal, sin existir exceso alguno de lo solicitado para el partícipe necesario en el delito de Tráfico de Influencias. Además, una persona no puede tener dos títulos de imputación por el mismo hecho, en definitiva o es autor, cómplice o inductor.

La **instigación** o **inducción** como forma de participación es entendida como “la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte

de éste de un tipo penal de autoría doloso o imprudente⁽⁴³⁾”. Es decir, el inductor debe causar la resolución criminal en otra persona, lo que implica que su conducta sea la *conditio sine qua non* de la resolución delictiva del autor de la conducta típica. Pero esta resolución delictiva se ejerce mediante un influjo psíquico adecuado para fundamentar la imputación objetiva, “no basta una mera provocación a delinquir en general⁽⁴⁴⁾”. En buena cuenta, el inductor debe determinar a otro a cometer un delito, sin cuya influencia psíquica éste no hubiera cometido la acción típica.

Entendida así la inducción, se puede ser muy claro en señalar que lo argumentado por la Procuraduría *Ad-Hoc*, no es correcto, pues en el delito de Tráfico de Influencias, los interesados tendrían que haber determinado (convencido) a Montesinos Torres de que cometa el delito de tráfico de influencias. Esto resulta, por decir lo menos, inverosímil, desde el punto de vista fáctico, pues Montesinos Torres fue durante gran parte del gobierno de Fujimori el segundo hombre con más poder del país.

La Procuraduría *Ad-hoc* en el caso de Manuel Delgado Parker comete un grueso error jurídico al señalar que dicha persona es cómplice e instigador a la vez del mismo delito y en los mismos hechos. Ya hemos aclarado que la doctrina es uniforme en señalar que el “solicitante de influencias” no puede ser cómplice⁽⁴⁵⁾; y, por otro lado, la afirmación de la Procuraduría *Ad-hoc* respecto a que Manuel Delgado Parker instiga a Vladimiro Montesinos Torres a cometer el delito de Tráfico de Influencias, no tiene ningún sustento material, más aún si como es evidente en muchos vídeos⁽⁴⁶⁾ era el propio Montesinos Torres quien ofrecía sus influencias.

En los casos más conocidos en donde se imputa el delito bajo análisis (Manuel Delgado Parker, los funcionarios de la empresa Luchetti, Dionisio Romero, entre otros) en ellos aparecen imputados indistintamente como cómplices o inductores, por haber solicitado las influencias a Montesinos Torres. No obstante, la conducta del solicitante independientemente de la forma en que sea tipificada seguiría siendo impune, pues como hemos explicado nuestras normas penales no lo sancionan de forma expresa, requisito *sine qua non* para

(42) Ibid.; p. 472.

(43) MIR PUIG, Santiago. Op. cit.; p. 400.

(44) Ibid.; p. 402.

(45) Más detalle en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Op. cit.; p. 472.

(46) En las transcripciones de los vídeos del Congreso de la República (que pueden ser encontrados en la página web de dicha institución) se lee que es Montesinos Torres quien se jacta de tener las influencias en el Poder Judicial y ofrece su ayuda, en otras palabras, es él quien lleva a los solicitantes de influencias a que le pidan ayuda. Parece ser que éste fuera el *modus operandi* diseñado por el ex-asesor para que las personas más destacadas del mundo político y empresarial se acercan a él.

que dichas conductas sean punibles en casos de participación necesaria⁽⁴⁷⁾.

En esos casos, es el propio Montesinos Torres quien se jacta de tener influencias y quien ofrece interceder en los procesos judiciales. Pero el error de la Procuraduría *Ad-hoc* es intentar justificar que es posible la existencia de complicidad en el delito de Tráfico de Influencias. García Cantizano⁽⁴⁸⁾ refiere que el que ofrece la ventaja podría ser considerado, en su caso, como instigador del delito de Tráfico de Influencias, pero nunca como autor del delito.

En el proceso seguido a Manuel Delgado Parker, el auto apertorio de instrucción en los considerandos que justifican el mismo, sustenta la supuesta condición del encausado como inductor; no obstante ello, se le abre instrucción como cómplice. La inducción implica -como se ha señalado anteriormente- que “el inductor debe causar la resolución criminal en otra persona. Ello significa que su actuación debe ser *conditio sine qua non* de la resolución delictiva del autor. No es inductor el que incide sobre alguien que estaba ya previamente decidido a cometer el hecho⁽⁴⁹⁾”. No es fácticamente sostenible que los procesados como solicitantes de influencias hayan realizado un influjo psicológico⁽⁵⁰⁾ sobre Montesinos Torres para que éste cometa el delito de Tráfico de Influencias, teniendo en cuenta que dicho personaje era, tal vez, la persona con más poder en el país por aquel entonces.

La doctrina en general como la legislación comparada consideran que el **“comprador de influencias” no comete delito**. La actuación del interesado en “comprar influencias” es absolutamente irrelevante (atípica), su conducta no es punible, toda vez que no afecta al bien jurídico que debe ser objeto de tutela. Rojas Vargas⁽⁵¹⁾ señala que el interesado (solicitante) no puede ser castigado ya que el tipo penal

de forma expresa incorpora como sujeto activo al que ofrece influencias⁽⁵²⁾, no a quien las solicita. En atención al principio de legalidad y a la proscripción de la analogía in *malam partem* en el Derecho Penal, el solicitante de influencias no puede tener participación alguna en el delito de Tráfico de Influencias. Incluso, el solicitante podría ser considerado una víctima⁽⁵³⁾ del delito de Tráfico de Influencias, antes que un partícipe del hecho antijurídico.

3.2 La imputación objetiva.

La actual doctrina penal requiere para la configuración de todos los delitos, la presencia de la imputación objetiva, la misma que exige (para los delitos de acción) de “a) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y b) que se realice en el resultado⁽⁵⁴⁾”. Además, se debe presentar un nexo causal o relación de peligro entre la ventaja y el ofrecimiento de interceder del Traficante con un funcionario público⁽⁵⁵⁾. El Tráfico de Influencias es un delito de mera actividad⁽⁵⁶⁾, o sea de acción, por ello requiere de la imputación objetiva de la conducta para completar los elementos del tipo penal. Los supuestos de riesgo permitido (adecuación social o conducta socialmente tolerada) excluyen la imputación objetiva, “aquí se va entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo⁽⁵⁷⁾”.

En los casos más sonados, tramitados en los juzgados especializados en delitos de corrupción de funcionarios, se aprecia un acercamiento a Montesinos Torres por el poder que en aquel entonces ejercía (sin duda de manera ilegal) en el país. Dicho acercamiento muchas veces era condicionado por el propio ex-asesor

(47) Opinión idéntica se encuentra en: MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz. Op. cit.; pp. 402, 403 y 404.

(48) En el mismo sentido ver: GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit.; p. 62.

(49) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Quinta edición. Barcelona: Editorial P.P.U., 1998. p. 400.

(50) El influjo psicológico es exigido para la configuración de la inducción, pues el inductor debe determinar al inducido a realizar el hecho ilícito de forma dolosa. En el mismo sentido se puede consultar: MIR PUIG, Santiago. Op. cit.; p. 400; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 806, quien señala que al que ya está inducido no se le puede determinar; VERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, GARCÍA RIVAS, Nicolás, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Segunda edición. Barcelona: Praxis, 1999. p. 295.

(51) ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.; p. 439.

(52) De la misma opinión se puede consultar: CARMONA SALGADO, C. y otros. Op. cit.; p. 397.

(53) De idéntica opinión se puede ver: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.; p. 439; así como VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit.; p. 42 y MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit.; pp. 8 y ss.

(54) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Quinta edición. Barcelona: P.P.U., 1998. p. 231.

(55) GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit.; p. 62.

(56) De la misma opinión se puede ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; JOSHI JUBERT, Ujala. Op. cit.; p. 6.

(57) ROXIN, Claus. Op. cit.; p. 371.

en aquellos casos que a él personalmente le interesaban, o cuando el interés se centraba en las personas involucradas en los mismos. Dentro de esa coyuntura la solicitud de interceder por parte del supuesto “comprador de influencias”, sería una conducta socialmente tolerada o aceptada⁽⁵⁸⁾, por ende no importaría la creación de un riesgo penalmente relevante; esto es, estaríamos ante un caso en donde falta el primer elemento que fundamenta la imputación objetiva de la conducta, es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Al no cumplir con la exigencia de este elemento del tipo, se excluye la imputación objetiva, por tanto, la conducta de aquellas personas resultaría, igualmente, atípica.

3.3 La acción típica.

En primer lugar, la conducta típica que consiste en recibir, hacer dar o hacer prometer a otro una ventaja. Es decir, se requiere que el sujeto activo del delito reciba una promesa o una ventaja de parte del interesado o también definido como “comprador de humo”. Además, como medios típicos para la realización del tipo penal se requiere la invocación de influencias reales o simuladas, para de esta forma interceder ante un funcionario público.

3.3.1 La promesa, donativo o ventaja.

Para que se configure la tipicidad objetiva del delito sub-examine, se requiere que el sujeto solicitante o beneficiado realice una propuesta de ventaja, para que el sujeto activo configure la conducta ilícita mediante los verbos típicos “**recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja**”. Con este elemento, se evidencia la necesidad del pacto ilegal entre el traficante y el solicitante⁽⁵⁹⁾. No obstante, en aquellos casos en donde no exista un acuerdo entre Montesinos Torres y el solicitante de influencias o la entrega de alguna contraprestación de éste a aquél, la conducta será atípica por falta de un elemento del tipo penal⁽⁶⁰⁾.

Para la configuración del delito se requiere del “consentimiento”, vocablo que proviene del latín *sentire cum*, que significa “sentir juntos”. El consentimiento es el resultado de la integración armoniosa y conjunta



de las declaraciones de voluntad de las partes. Dos o más sujetos coinciden en la declaración de voluntad, uniéndose a un fin común. También existe consentimiento cuando hay conformidad de la oferta con la aceptación. En algunos casos, como hemos visto, no hay aceptación a la propuesta de Montesinos Torres, estos supuestos son necesariamente atípicos, en la medida en que no está presente uno de los elementos del tipo penal. Para que hubiese consentimiento, éste se tiene que formar en el momento que las declaraciones de voluntad de una y otra parte tienen un mismo contenido. Max Arias Schreiber⁽⁶¹⁾ expresa: “(a) sí es como se configura la voluntad común sobre la que versa la declaración conjunta de las partes”. No existirá acuerdo mientras no se compruebe que ambas partes han querido algo, de igual modo que tampoco se produce efecto alguno cuando cada parte quiera en solitario. El

(58) En el mismo sentido se puede consultar: CASAS BARQUERO, Enrique. Op. cit.; pp. 173 y 174. De igual manera, se puede ver la opinión de: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit.; p. 38.

(59) En el mismo sentido ver: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.; p. 437, quien señala que este elemento cierra la tipicidad de la figura legal del Tráfico de Influencias.

(60) Adicionalmente desde el punto de vista procesal, la jurisprudencia ya ha establecido que: “(...) que la entrega u ofrecimiento de la dádiva, promesa o ventaja no puede presumirse ni inferirse, es imprescindible que forme parte de la conducta imputada, tanto más si se pretende vincular al sujeto que se le atribuye la condición de instigador”. En este sentido ver la acertada resolución de la magistrada Jimena Cayo Rivera-Schreiber en el caso Luchetti anteriormente mencionada.

(61) ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo I. p. 123.

consentimiento es a la vez la voluntad de cada parte y el acuerdo de sus respectivas voluntades.

En este aspecto, cabe recalcar que no existiendo aceptación de la oferta, no habría consumación del delito. Rojas Vargas⁽⁶²⁾ señala claramente que la simple sugerencia u oferta hecha por una persona para interceder implica tan sólo un acto preparatorio. En definitiva, para la consumación del delito de Tráfico de Influencias basta única y exclusivamente con que el sujeto activo (traficante de influencias) reciba la promesa de obtener una determinada ventaja por parte de un tercero (solicitante de influencias)⁽⁶³⁾.

Por lo tanto, en concordancia con lo previsto en el artículo IV del Título Preliminar (Principio de Lesividad) y en el artículo 16 del Código Penal, los actos preparatorios son impunes, siendo absolutamente **atípica** la conducta de aquellas personas que sólo escuchan al traficante y no aceptan su ilegal propuesta. Tampoco se comete tráfico de influencia cuando se solicita a otro particular que ejerza sus posibles influencias sobre un funcionario público, si el tenedor de influencias no obtiene ningún tipo de ventaja o promesa a cambio, faltando en estos casos uno de los elementos indispensables para que se configure el tipo penal⁽⁶⁴⁾.

El acercarse al ex-asesor o su simple oferta no configuran el delito bajo análisis, por lo tanto se tratarían estos casos como actos preparatorios⁽⁶⁵⁾ y como tales absolutamente impunes, como se colige de lo previsto en el artículo 16 del Código Penal. “La simple oferta es un acto preparatorio, el pacto subsiguiente es ya ejecución del delito⁽⁶⁶⁾”. En todo caso, Montesinos Torres estaba predeterminado para cometer una serie de actos ilícitos, y había construido toda una estrategia para obtener beneficios del control que sobre gran parte del poder Judicial ejercía. Toda ésta actividad previa implica la realización de actos preparatorios, que serán impunes para las personas que no aceptan las propuestas del ex-asesor.

3.3.2 Las influencias reales o simuladas.

En segundo lugar, es necesaria la presencia de los medios de realización de la conducta típica que es el invocar influencias reales o simuladas y el ofrecimiento

de interceder ante funcionario o servidor público. Se exige la invocación de influencias, lo que implica que el sujeto activo del injusto cuenta o aparente contar con la posibilidad de determinar a otros funcionarios para motivar su comportamiento en un sentido específico⁽⁶⁷⁾, adquiere relevancia típica el citado acto cuando el sujeto es realmente capaz de ejercer influencia⁽⁶⁸⁾.

Montesinos Torres ofrece interceder, como se aprecia en muchos de los vídeos incautados, ello guarda estrecha relación con su condición de sujeto activo del delito. Dicha persona es quien debe realizar la propuesta ilícita consistente en la influencia a realizar con un funcionario público en una causa determinada a cambio de donativo, promesa o cualquier ventaja. En los diversos casos, Montesinos Torres manifiesta tener influencias y control en el Poder Judicial de forma genérica, en ninguna parte del dialogo especifica u ofrece influenciar sobre un determinado funcionario público, ni como lo va a hacer, ni qué se va a conseguir con dicha influencia. Lo que hace Montesinos Torres es una “puesta en escena” de sus influencias para de esta manera hacer su oferta ilícita.

Como es sabido “el acto de influencia con los cualificados requisitos exigidos por la ley no se diluye en una esfera de actuación genérica, como puede ser la de formulación de consejos, expresión de recomendaciones o profesión de asesoramientos informales o espontáneos. Por el contrario, el Tráfico de Influencias revela una concreta actitud de influir expresamente dirigida al logro de una determinada actuación funcional⁽⁶⁹⁾”. Lo que implica que en muchos casos en donde el ex-asesor simplemente hace una puesta en escena, no hay la perpetración de la conducta ilícita prevista en el tipo penal, sino un acto preparatorio para luego cometer el injusto de Tráfico de Influencias.

3.3.3 El caso de las influencias reales no ejercidas.

El error en la interpretación de la Procuraduría *Ad-hoc* respecto a la responsabilidad del comprador de humo en el delito de Tráfico de Influencias se debe

(62) ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.: p. 440.

(63) Tomado de: GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit.: p. 62.

(64) Opinión semejante se puede encontrar en: GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit.: p. 61.

(65) En el mismo sentido se puede consultar: VIVES ANTÓN, Tomás. Op. cit.: p. 766.

(66) ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.: p. 436.

(67) En el mismo sentido ver: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.: p. 436.

(68) De la misma opinión se puede consultar: CARMONA SALGADO, C. y otros. Op. cit.: p. 391.

(69) CARMONA SALGADO, C. y otros. Op. cit.: pp. 391 y 392.

básicamente a lo que define como el bien jurídico tutelado en dicho delito “la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas” en vez del “regular funcionamiento de la administración pública⁽⁷⁰⁾”. Este errado criterio lleva a la Procuraduría *Ad-Hoc* a afirmar que “(...) la modalidad de tráfico irreal de influencias no posee entidad lesiva para el bien jurídico institucional que se pretende proteger, debiéndose optar -solo en este caso- por la impunidad del traficante e interesado, al no configurarse las exigencias de antijuricidad material⁽⁷¹⁾”. Interpretación que es totalmente contraria al texto expreso y claro del artículo 400 del Código Penal que señala “(e)l que, invocando influencias, reales o **simuladas** (...)”, sancionando claramente el tráfico de influencias irreales. Siguiendo el mismo criterio de la Procuraduría *Ad-Hoc*, tampoco estaría sancionado el supuesto en el que las influencias reales no son utilizadas, dado que la conducta desplegada no tendría entidad lesiva para el bien jurídico institucional que según la Procuraduría *Ad-Hoc* es objeto de tutela, es decir “la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas”. Lo que como sabemos va en contra del carácter de conducta típica de mera actividad recogida en el delito de Tráfico de Influencias.

Pero esta interpretación que hace la Procuraduría *Ad-hoc*, debería llevarla a la misma conclusión que cuando el traficante tiene influencias pero en el caso concreto nunca las utiliza, ya que también faltaría entidad lesiva para el bien jurídico protegido.

3.4 La imputación subjetiva.

Por otro lado, en el aspecto subjetivo del injusto se exige la presencia del dolo⁽⁷²⁾ (tal como lo exige el artículo 12 del Código Penal), ya que este tipo penal no puede cometerse de otra manera porque es imposible llegar a acuerdo ilegal de manera culposa o imprudente.

Al tratarse de un delito doloso, se debe definir qué se entiende por dolo, sobretodo si hoy día la dogmática penal se está cuestionando que como parte del dolo se incluya la voluntariedad (Teoría Volitiva). Por dolo -de acuerdo a la Teoría Volitiva- se debe entender la consciencia y voluntad de perpetrar el hecho ilícito. Es lo que el finalismo ortodoxo denomina el dolo natural, y está compuesto de un aspecto volitivo y de un aspecto

cognitivo⁽⁷³⁾. Por ello, no se permite en este tipo de delitos que las conductas punibles se produzcan de forma inconsciente e involuntaria⁽⁷⁴⁾, puesto que de lo contrario se estaría ante un delito culposo.

No obstante lo anteriormente mencionado, la Teoría Cognitiva prescinde de la voluntad como elemento del dolo, y centra su atención en el conocimiento, utilizando entre otros, el conocimiento a partir del sentido social como criterio para probar el dolo. Adicionalmente, se evidencia la imposibilidad de demostrar los aspectos psíquicos en los cuales descansa la voluntad⁽⁷⁵⁾.

4 Corolario.

a) El bien jurídico penalmente protegido en el delito de Tráfico de Influencias ofrece una discusión sobre su naturaleza real. Es claro que cuando el “traficante” posee influencias y las utiliza, se perjudica la funcionalidad del sistema de Administración Pública, pero en los casos en donde el “traficante” no posee las influencias o poseyéndolas no las utiliza, no habría en la conducta entidad lesiva al bien jurídico, y por ello estos supuestos deberían ser atípicos; ya que se trata de conductas inocuas.

b) Al entender el Tráfico de Influencias como un delito de encuentro, el castigo del partícipe necesario requiere una norma expresa, pues de lo contrario se entiende como regla general que su relación con el acto ilícito es impune. Excepcionalmente será punible su actuación cuando sobrepase las exigencias participativas que el tipo penal prevé para dicha persona (partícipe necesario).

c) Al ser un tipo penal de adelantamiento de barreras punitivas (castigo de un acto preparatorio que por regla es impune), la interpretación que se debe hacer sobre dicha conducta ilícita debe ser lo más restrictiva posible, para adecuarse a un Derecho Penal Garantista. Teniendo en cuenta que el sujeto activo no tiene por qué ser funcionario público (no es un delito especial), ya que el plus de pena en delitos funcionales está determinado por la condición especial del agente.

d) Por ello, en este tipo de delitos no puede haber un cómplice, lo único que puede presentarse como forma de responsabilizar a una persona que no sea el traficante

(70) Tal como lo afirma: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.; 435.

(71) Afirmación exactamente igual se encuentra en: REAÑO PESCHIERA, José. Op. cit.; pp. 293 y 294.

(72) Más detalle en: MIR PUIG, Santiago. Op. cit.; p. 240.

(73) Para mayor información ver: Ibid.; pp. 240 y ss.

(74) En este caso, resulta innecesaria la diferenciación entre culpa consciente (con representación) y culpa inconsciente (sin representación), para mayor información en sentido similar ver: MIR PUIG, Santiago. Op. cit.; p. 270.

(75) Para más detalle ver: RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch. pp. 345 y ss.

es cuando realice actos de instigación, la misma que deberá establecer la determinación del instigador sobre el instigado, sin la cual este último no hubiese realizado la conducta ilícita. Es decir, en los casos vinculados a la red de corrupción de Montesinos Torres, cuando estas personas convencieron al ex-asesor de traficar con sus influencias.

e) En ese orden de ideas, el denominado “comprador de humo” es absolutamente impune si su conducta queda circunscrita a realizar la conducta que el tipo penal prevé como su participación necesaria en

los hechos, un exceso en la misma podría convertirlo en instigador mas no en cómplice.

f) La aceptación del pacto ilegal entre “traficante” y “solicitante” es un elemento del tipo sin el cual la conducta deviene en atípica, pues es con la aceptación de la dádiva, promesa o ventaja que se permite la configuración del tipo penal, que no exige un resultado, pues se trata de un delito de mera actividad. Adicionalmente, la dádiva, promesa o ventaja tiene que estar determinada en el caso concreto, pues de lo contrario la conducta del sujeto también sería irrelevante. ⁴²