

TRÁFICO DE INFLUENCIAS UN ANÁLISIS AL CONTENIDO DEL TIPO PENAL

Roger Yon Ruesta*

“La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídico políticos y jurídico penales del principio de legalidad. En efecto, el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, “no rige”. Por eso, una aplicación del Derecho Penal que exceda del tenor literal vulnera la auto limitación del Estado en la aplicación de la Potestad Punitiva y carece de legitimación democrática”.

Claus Roxin

El delito de tráfico de influencias “está de moda” en nuestro país. Efectivamente, abundante casuística se ventila actualmente en el Poder Judicial a raíz de las consecuencias generadas por la corrupción del último gobierno. Sin embargo, la aplicación judicial de dicho delito no es tan fácil como parece.

En efecto, los criterios que se emplean para la determinación del bien jurídico tutelado y la de los partícipes y cómplices resultan a veces insuficientes para llegar a decisiones efectivas. En tal sentido, el autor se dirige a precisar dichos criterios y nos muestra un panorama más claro de las soluciones al problema.

PRESENTACIÓN

Desde que se hizo de público conocimiento la red de corrupción que manejó nuestro país durante la década pasada y los miembros de esa red fueron descubiertos y denunciados, no ha faltado quien levante su voz airada para señalar que aquellos que no analicen la coyuntura (y en general la lucha anticorrupción), compartiendo su posición, están equivocados o le hacen el juego a los corruptos. Desde luego que existen sectores interesados en encontrar argumentos de impunidad, recurriendo a una lógica barata para revestir “su postura” de una aparente lógica jurídica que se desmorona al menor análisis. Nosotros, ni lo uno ni lo otro: ni creemos ser quienes ostenten la inmaculada verdad y, por ende, quienes cuenten con la facultad de clasificar al sector académico respecto de si están a favor o en contra de la corrupción, ni nos interesa encubrir a personajes siniestros que han fracturado gravemente las instituciones y poderes del Estado. El daño causado al país es imperdonable.

* Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La opinión aquí vertida pretende hacer una llamada de atención para que, al efectuarse cualquier análisis jurídico penal no se distancie de lo que es, y deberá ser siempre, la principal herramienta con la que el sector académico cuente para analizar los tipos y, lo que es más significativo, para entablar cualquier lucha frente a la arbitrariedad: el respeto por las garantías del ciudadano. Además, el tipo penal recogido en el artículo 400 del Código Penal de 1991, es un espacio propicio para la discusión académica toda vez que resulta inocuo frente a la irrenunciable batalla contra la corrupción.

El presente trabajo, anticipo de uno de mayor desarrollo, tiene por objeto analizar el delito de Tráfico de Influencias, puesto que consideramos de necesidad personal expresar un modesto punto de vista, eso sí, apegados a los principios que inspiran y legitiman el derecho penal.

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

El delito de Tráfico de Influencias está regulado en el artículo 400 de nuestro Código Penal sustantivo, de la siguiente manera: “El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra 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”.

Este tipo penal tiene su antecedente en el artículo 198 del Código Penal colombiano de 1936¹. En nuestra legislación, tiene su antecedente inmediato en el artículo 353-A, el cual fue agregado al cuerpo penal sustantivo de 1924, mediante Decreto Legislativo 121, del 12 de junio de 1981². Sin embargo, no existe diferencia sustancial entre la normativa actual y la

vigente hasta 1991, (puesto que simplemente se cambió el tiempo a futuro de los verbos típicos y sustituyó la frase “con el fin de”, por la de “con el ofrecimiento de”)³.

El delito de Tráfico de Influencias tipifica y sanciona una conversación, por la cual una persona invoca las influencias que dice poseer sobre un funcionario o servidor público, ofreciéndose a interceder ante él en beneficio –claro está– de su interlocutor (interesado). El tipo penal exige, como contraprestación al futuro ejercicio de tales influencias, que el vendedor de influencias reciba, haga dar o prometer –en beneficio personal o de un tercero– un donativo, promesa o ventaja.

Entre las características del tipo penal se desprende la exigencia de la participación de dos personas para la configuración del delito. El primer sujeto es el vendedor de influencias (aquel que invoca influencias ofreciendo interceder ante un funcionario o servidor público), quien puede ser tanto un particular como un funcionario público que actúe fuera del ejercicio de sus funciones. Ello nos lleva a sostener que se trata de un delito común con consideraciones especiales en el sujeto activo, las mismas que consisten en la ostentación de influencias. El segundo sujeto es el interesado o comprador de influencias (aquel a quien el autor del delito le hace dar o prometer o, sencillamente de quien recibe una ventaja). Sin embargo, ambos sujetos no son autores del ilícito, puesto que el tipo describe y sanciona el comportamiento de sólo uno de ellos (el vendedor), sin mencionar punición alguna para el interesado.

Otra característica a recordar, es la ausente relación entre la conversación criminalizada y la Administración Pública, puesto que el tipo penal no exige ejercicio de influencias alguno sobre funcionario o servidor público, sino que se agota en el mero ofrecimiento, que hace el autor del delito, de interceder en la función pública.

¹ Código Penal colombiano de 1936. Artículo 198: El que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero u otro provecho indebido, con el fin de obtener favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de un testigo o perito o intérprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ellos pueda desarrollar, incurrirá en arresto de quince días a un año y en una multa de cincuenta a tres mil pesos. El Código Penal colombiano de 1995 tipificó esta figura delictiva en su artículo 147: El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya conocido o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro a seis años, multa de cincuenta a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, o interdicción de derechos funcionales públicos por el mismo término de la pena principal.

² Código Penal de 1924. Artículo 353-A: El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte a cuarenta días.

Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena.

³ ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública”. Lima, Grijley, 1999. p. 400.

Así también, debemos tener presente que la redacción del tipo penal sanciona tanto la invocación de influencias reales como simuladas otorgándoles la misma pena. Por tanto, es evidente la lejanía que existe entre el delito materia de análisis y la Administración, puesto que ésta última constituye el objeto de la conversación tipificada, más no se exige ningún acercamiento real y concreto a la misma para la configuración del injusto.

Para graficar lo señalado, se aludirá al Código Penal español, el cual contiene tres tipos penales referidos al tráfico de influencias⁴: los dos primeros (artículos 428 y 429 del Código Penal de 1995) sancionan el ejercicio de influencias sobre un funcionario público; esto es propiamente, el tráfico de influencias. En el primer caso, se sanciona a aquel funcionario público que influye, de manera concreta, sobre otro funcionario. El tipo penal contempla que dichas influencias deben ser ejercidas mediante la relación personal o jerárquica que tiene el primero respecto del segundo, descartando que exista beneficio económico puesto que en tal caso nos encontraríamos ante un delito de corrupción. Por su parte, el artículo 429 sanciona la misma conducta pero coloca como autor a un particular y, en ambos casos, la posible pena oscila entre los seis meses y un año de pena privativa de libertad.

Es importante señalar que la legislación española exige que las influencias sean reales, puesto que los tipos penales españoles no sancionan el tráfico de influencias simuladas.

El tercer tipo penal (artículo 430), sanciona a aquellas personas que soliciten dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, a cambio de ejercitar las influencias que poseen (siempre reales); es decir (como lo menciona el tipo penal), a cambio de realizar las conductas descritas en los tipos anteriores (artículos 428 y 429 del Código Penal español).

Como se puede apreciar la normatividad española pareciera guardar coherencia entre el beneficio que se obtiene, mediante la invocación de influencias reales y el ejercicio concreto de las mismas. Es decir, en tales casos, la legalidad exige que la invocación de influencias tenga como consecuencia el ejercicio de las mismas sobre un funcionario público, por lo cual puede hallar un vínculo entre lo tipificado y el bien jurídico tutelado. A pesar de ello, como veremos más adelante, los tipos penales españoles (en particular el artículo 430) han recibido fuertes críticas de la doctrina más respetable.

Es importante tener en cuenta todo lo antes mencionado para lograr una acertada comprensión del tipo penal peruano. A continuación, pasaremos a describir el contenido material del injusto, así como los elementos que conforman la conducta típica, para finalmente hacer una mención especial al papel del comprador de influencias (interesado) y analizar la relevancia penal de su participación en la configuración de este injusto.

1. CONSIDERACIONES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al abordar el tipo penal, debemos hacer un alto necesario en el objeto de tutela del mismo; es decir, a distinguir cuál es el bien jurídico que otorga contenido material al injusto. Para ello, la primera referencia a considerar es la ubicación del tipo penal en la normatividad sustantiva. El delito de Tráfico de Influencias se encuentra regulado en el artículo 400 del Código Penal, en el Título XVIII donde se regulan los delitos contra la Administración Pública, en el segundo capítulo (delitos cometidos por funcionarios públicos), en la IV Sección del mismo, entre los llamados "Delitos de Corrupción de Funcionarios". A pesar que su ubicación en el Código Penal vigente pareciera dar una clara referencia a que el bien jurídico tutelado es

⁴ Tráfico de Influencias en el Código Penal español: Artículo 428: El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Artículo 429: El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Artículo 430: Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad jurisdiccional podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.

la Administración Pública o algún aspecto de ésta, sin embargo la redacción del injusto no parece afirmar lo mismo.

El delito, materia de análisis, tipifica y sanciona una conversación entre particulares⁵, en la cual se hace referencia a la Administración Pública. ¿Cuál es esa referencia? Que aquél que invoca la posesión de influencias que tiene sobre un funcionario o servidor público que conoce o haya conocido una causa judicial o administrativa, se ofrezca a interceder ante este último.

Sin embargo, el tipo penal sólo exige el ofrecimiento de las influencias mas no el ejercicio concreto de las mismas, a diferencia de la legislación española antes mencionada. Es decir, el tipo penal no exige que ninguno de los partícipes del injusto tenga vínculo alguno con algún aspecto de la Administración Pública, quedando esta última libre de cualquier afectación o puesta en peligro. Esta extraña relación entre el ilícito y el supuesto bien jurídico tutelado ha llevado a la falta de consenso en la doctrina en lo que respecta al contenido del mismo, encontrándose posiciones disímiles, e incluso contradictorias.

A pesar de la mayor coherencia que guardan los tipos penales españoles (en comparación con nuestra legislación vigente), para la misma doctrina española, al no exigirse que el autor del delito (artículo 400 del Código Penal peruano y artículo 430 del Código Penal español) sea un funcionario público, no es fácil determinar el contenido del injusto; sin embargo, puede afirmarse que el hecho que aquí se tipifica nada tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública⁶. Así, para el jurista Quintero Olivares: Esta remota relación con el ejercicio de funciones públicas hace difícil, sino imposible, determinar cuál es el interés tutelado en este delito⁷. La vaguedad antes

señalada en el contenido del delito de Tráfico de Influencias ha conducido al mencionado jurista español a afirmar que se debió haber prescindido de la tipificación de este delito: Esta ausencia de un verdadero interés, merecedor de tutela penal, debería haber conducido al legislador (...) a prescindir de esta modalidad delictiva. Más aún, cuando los supuestos, efectivamente cercenadores de la función pública u otros bienes jurídicos, pueden quedar adecuadamente resueltos con la aplicación de otras figuras delictivas⁸.

Así, debido al carácter abstracto y gaseoso del contenido del injusto, el bien jurídico tutelado no podría ser el correcto funcionamiento ni la imparcialidad de la administración pública, pues la conducta típica se encuentra muy alejada de una posible afectación o puesta en peligro para dicho bien jurídico. En ese orden de ideas, habría que resignarse a reconocer que el bien jurídico tutelado en el artículo 400 del Código Penal de 1991 no puede ser otro que el prestigio, la buena imagen de la Administración Pública: el bien jurídico protegido, al ser conductas entre particulares, no puede ser el buen funcionamiento de la administración pública, pues no intervienen funcionarios públicos. No obstante, el legislador ha pretendido adelantar las barreras en este sentido, salvaguardando el prestigio de la Administración Pública⁹.

De la misma consideración fue, en su momento, el jurista italiano Giuseppe Maggiore: objeto de esta acriminación es la necesidad de combatir el descrédito a que está expuesta la autoridad a causa de los vendedores de Humo, que hacen creer, como dice CARRARA, que «la justicia se mueve por medio de influencias, protecciones y dinero»¹⁰.

Sobre el tipo penal peruano, lo anterior se enfatiza aún más, puesto que nuestra legislación tipifica el acto preparatorio previo al efectivo Tráfico de Influencias,

⁵ La conversación sancionada por el tipo penal debe ser realizada entre particulares. Si interviene un Funcionario Público, no debe actuar en ejercicio de sus funciones, puesto que en dicho caso nos encontraremos frente a otra figura delictiva. Así para el jurista Velásquez Velásquez: cuando el sujeto activo de la conducta sea un servidor o funcionario público él debe actuar por fuera de su función para que pueda ser catalogado como tal; se hace la anterior afirmación por si él ofrece al tercero su intervención en cumplimiento de sus deberes oficiales, habrá realizado un comportamiento que puede encajar en otra de las figuras contenidas en el Título XVIII (confróntese artículo 393 y siguientes). VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Informe Jurídico sobre el artículo 400º del Código Penal Peruano". Bogotá, 2001. pp. 13-14.

⁶ VIVES ANTÓN, Tomás. "Comentarios al Código Penal de 1995". Valencia, Tirant To Blanch, 1996. Volumen II. p. 1848. "No es fácil determinar el contenido de injusto de este delito, ya que el sujeto activo no es un funcionario o autoridad, sino cualquier persona; por consiguiente, alguien no vinculado a los poderes públicos. A ello se suma que el delito se consuma tan pronto se hace el ofrecimiento de usar la influencia cerca de funcionarios o autoridades, aunque no lleguen a usarse y aunque aquél no sea aceptado. Con lo que los servicios que han de rendir los poderes públicos no se ven afectados, ni la actuación de estos empañada en su imparcialidad y, en consecuencia, no pueden ser consignados como objeto formal... El hecho que aquí se tipifica nada tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública".

⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal". Editorial Aranzandi, 1996. p. 1240.

⁸ Ibidem.

⁹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal - Parte Especial". Madrid, Dykinson, 1999. p. 752.

¹⁰ MAGGIORE, Giuseppe. "Derecho Penal: Parte Especial - De los Delitos en Particular". Bogotá, Editorial Temis, 1972. Volumen III. p. 279.

siendo atípico el ejercicio de las mismas sobre un funcionario público en concreto. Así, el jurista Muñoz Conde analizando el Tráfico de Influencias en la legislación peruana señala: el delito previsto en el artículo 400 del Código Penal peruano no tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública. Tanto que el sujeto activo, como la persona a la que se dirige el ofrecimiento de las influencias son particulares o personas que actúan como tales. El ámbito en el que se puede dar este delito es, por tanto, completamente privado. La única relación que muestra con la función pública es su referencia a la misma como objeto de influencia. Lo que constituye el contenido del injusto del delito en cuestión es ofrecerse a alguien para ejercer influencias sobre un tercero. Por tanto, el bien jurídico protegido en este precepto no puede ser otro que “el prestigio y el buen nombre de la Administración, un concepto, en todo caso, ciertamente etéreo y difícilmente aprehensible”¹¹.

Existe, por otro lado, un sector minoritario de la doctrina nacional que sostiene que el bien jurídico, en el tipo penal peruano de Tráfico de Influencias, es la imparcialidad de la Administración Pública, llegando a tal razonamiento mediante una interpretación parcial del tipo penal. Así, se sostiene que sólo es punible el tráfico de influencias reales, puesto que es el único caso en que se puede lesionar la Administración Pública. Para ello, han optado por afirmar la impunidad del Tráfico de Influencias simuladas, por la imposibilidad material de éstas para lesionar el bien jurídico Administración Pública.

Así, para César San Martín, Carlos Caro y José Leandro Reaño: “desde una perspectiva teleológica, consideramos que la modalidad de “Tráfico de Influencias simuladas” no posee entidad lesiva para el bien jurídico institucional que se pretende proteger, debiéndose optar –sólo en este caso– por la impunidad del

traficante e interesado, al no configurarse las exigencias de antijuricidad material. En consecuencia, de cara a una reforma de la legislación vigente, debe pensarse en su destipificación a fin de sancionarse únicamente los casos de compraventa de influencias reales”¹².

Consideramos que tal interpretación no guarda relación con el principio de legalidad¹³, 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: de dos a cuatro años de pena privativa de libertad. Se requeriría, afirman, de una reforma de la legislación vigente que modifique la estructura actual del tipo penal para destipificar el tráfico de influencias simuladas. Según ellos, sólo luego de tal reforma, se podrá afirmar que el bien jurídico tutelado es la imparcialidad de la Administración Pública.

A nuestro entender, el bien jurídico debe ser leído de la integridad del tipo penal, más nunca decretando la impunidad de una de las conductas para poder sustentar la relevancia penal de la otra. Así, negar la posibilidad de exigir responsabilidad penal de quien, invocando falsa influencia, consigue así una determinada ventaja, como lo hace de manera expresa el legislador, carece de todo sustento legal, e implica una frontal violación del principio de legalidad, por cuanto desconoce la condición típica de una conducta que de manera clara y manifiesta sí se sanciona en el marco de nuestro ordenamiento jurídico¹⁴.

En ese sentido, para ubicar el contenido material de un bien jurídico, se debe hacer una interpretación sistemática del tipo, combinando la redacción del tipo penal (es decir, su literalidad), su ubicuidad en el cuerpo normativo penal y el principio de lesividad

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Dictamen sobre la aplicación del Delito de Tráfico de Influencias del artículo 400 del Código Penal Peruano”. Sevilla, 2001.

¹² SAN MARTÍN CASTRO, César, CARO CORIA, Dino Carlos y José Leandro REAÑO PESCHIERA. “Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir. Aspectos Sustantivos y Procesales”. Lima, Jurista Editores EIRL, 2002. p. 34.

¹³ Constitución Política del Perú. Artículo 2, inciso 24, literal d: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. El principio de legalidad está también reconocido en la declaración Universal de los Derechos Humanos (Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran considerados delictivos según el Derecho Nacional o Internacional. Tampoco se impone pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Artículo 11, inciso 2), así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Artículo 9).

¹⁴ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. “Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias. Al amparo del principio de legalidad en materia penal”. En: Actualidad Jurídica, Tomo 102. Lima, Mayo 2002, p.14. “ (...) en el ámbito de la legislación penal sobre este delito no existe la posibilidad de ofrecer un tratamiento jurídico distinto, cuando la influencia que invoca el traficante, y único autor posible del delito, es simulada, o sea falsa e inexistente, y cuando es real, por cuanto la consecuencia jurídica en ambos casos es la misma: pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

para encontrar el objeto jurídico que se tutela. Por tanto, no se puede pretender acomodar el tipo penal a un caso concreto, desarmando el tipo y rearmándolo para dejar de lado ciertos elementos objetivos del mismo que no se acomodan a lo que nos gustaría que prescribiera el tipo.

Por tanto, compartimos plenamente el planteamiento de una necesaria revisión pero no parcial sino total del referido tipo si se quiere reforzar el contenido material del delito de Tráfico de Influencias (si es posible encontrar tal contenido material). Sin embargo, el reconocimiento de las carencias de la tipicidad vigente no es argumento suficiente para pasar por alto los principios inspiradores de *ius puniendi* de un Estado de Derecho, como lo es el principio de legalidad.

En suma, dado que las conductas descritas en el tipo penal se encuentran sumamente alejadas de la Administración Pública o de cualquier manifestación de ésta (como se ha podido comprobar), podemos concluir que la conversación descrita y sancionada en el tipo penal de Tráfico de Influencias no lesiona o pone en peligro a dicho bien jurídico. Para afirmar lo contrario, tendríamos que separarnos de la redacción del tipo, cuando lo que nos exige el principio de legalidad es subsumir conductas en delitos taxativamente tipificados y no a la inversa; es decir, adaptar un tipo penal a un caso en concreto.

2. ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD

Como ya se mencionó, el delito materia de análisis tipifica y sanciona una conversación entre particulares, la cual tiene como referente a la Administración Pública de una manera lejana, en tanto ésta constituye el objeto del diálogo entre los intervinientes. Mucho se ha cuestionado la redacción de nuestro tipo penal, puesto que no guarda relación entre los elementos objetivos del tipo y la ubicuidad que este tiene en nuestro cuerpo normativo.

A continuación, analizaremos los elementos del tipo objetivo, siempre desde una visión apegada al principio de legalidad y a los demás principios rectores del derecho penal.

2.1. Sobre las conductas típicas que configuran el tipo

La redacción del tipo penal de Tráfico de Influencias exige que, para la consumación del delito, el autor o agente realice tres conductas, las cuales deben estar vinculadas entre sí. Así, bastará con que no se realice alguna de las conductas que desarrollaremos a continuación, para que no se configure el ilícito penal¹⁵. Tales conductas son las siguientes:

2.1.1. "Invocando influencias"

Se trata de la primera conducta exigida por el tipo penal. Esta consiste en la invocación de influencias, que el agente o autor del delito presume tener sobre un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso en sede judicial o administrativa. Esta invocación de influencias se hace ante y para el concurrente necesario (interesado en las influencias).

Reiteramos que el tipo penal no distingue si las influencias son reales o simuladas, puesto que otorga la misma consecuencia penal para ambos supuestos (pena privativa no menor de dos ni mayor de cuatro años). Por tanto, hacer una distinción entre la relevancia penal del que invoca influencias simuladas y del que invoca influencias reales, violenta claramente el principio de legalidad, lo cual está proscrito tanto en nuestra Constitución, como en nuestro Código Penal sustantivo (Artículo II del Título Preliminar). El principio de legalidad penal comporta como exigencias inmediatas, la claridad y taxatividad en la determinación de las conductas prohibidas y de las sanciones aplicables. Claridad y taxatividad son imprescindibles condiciones de la seguridad jurídica. Pero, para que pueda hablarse de seguridad jurídica es preciso, además, que se haya determinado de antemano qué conductas constituyen delitos y cuáles no, y qué penas son aplicables a cada caso¹⁶.

A decir de JAÉN VALLEJO, no se trata sólo de prohibir la analogía *in malam partem*, sino de que la ley penal sea interpretada como una *lex stricta*.

¹⁵ Los tipos penales compuestos son aquellos en los cuales la conducta típica es el resultado de la concurrencia de varios actos, los cuales deben estar descritos en el tipo penal y -de faltar al menos uno de ellos- no podría configurarse el delito. Para MUÑOZ CONDE, "según que el tipo comprenda una o varias acciones se habla de delitos simples y delitos compuestos" (MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. "Derecho Penal, Parte General". Tercera Edición, Valencia, Tirant To Blanch, 1998. p. 292).

¹⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás VIVES ANTÓN. "Derecho Penal. Parte Especial". Cuarta Edición conforme al Código Penal de 1995. Valencia, Tirant To Blanch, 1996. p. 65.

Aun cuando el método teleológico utiliza la analogía, y que según Larenz consiste en encontrar el “sentido razonable inmanente de la ley”, no se puede descubrir este “sentido razonable” sino aplicando la decisión valorativa del legislador, “descubierta” por el intérprete a casos análogos a los que aquél tuvo en cuenta a la hora de dictar la ley¹⁷.

Hassemer acota que el principio de legalidad no prohíbe la analogía porque no prohíbe interpretar, entendiéndose ello como interpretación extensiva, sino que prohíbe generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisibles¹⁸. Aun cuando a veces resulta difícil distinguir entre el procedimiento de la interpretación extensiva y la analogía, Jakobs apunta que la práctica de una cultura interpretativa, reducirá estas dificultades. Sin embargo, es de precisarse, que nos encontraremos ante una abierta y proscrita analogía cuando nos apartemos drásticamente del sentido literal de la norma. Así, para Bacigalupo habría que “sospechar” de las interpretaciones que contradigan el sentido natural de las palabras utilizadas (que choquen con el texto) y, desde luego, siempre es importante tomar en consideración el consenso científico acerca de cuál es el límite del texto legal¹⁹.

2.1.2. Ofrecimiento del ejercicio de las influencias que se dice disponer

Se trata de la prestación que el sujeto activo ofrece al interesado. Resulta trascendente resaltar que el tipo penal se agota en el ofrecimiento, sin que se exija que tales influencias se ejerzan realmente. Este aspecto, hace muy criticable el delito de Tráfico de Influencias, puesto que como ya se mencionó, la legislación peruana no tipifica el ejercicio de las influencias en el funcionario o servidor público que conoce o conoció de un proceso judicial o administrativo.

Algunos autores han encontrado en la frase “(...) con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público (...)” un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente, en concreto, un delito mutilado en dos actos²⁰, porque el agente guardaría la intención de participar en la ejecución de la injerencia. Pero, como bien anota García Cantizano, “la

conducta sancionada es el recibir, hacer dar o prometer algún tipo de ventaja a cambio de ofrecer interceder ante un concreto funcionario, ello nada tiene que ver con la intención buscada por el sujeto, es decir, por el traficante”²¹; conductas a las cuales antecede el que invocando influencias reales o simuladas... En tal sentido, este tipo, de estructura subjetiva dolosa, no comprende elementos subjetivos diferentes del dolo, ya que la concurrencia de los tres actos, antes señalados, configuran la conducta típica.

2.1.3. Recibir, hacer dar o prometer un donativo, promesa o ventaja

Se trata de aquello que el autor del delito recibe, hace dar o prometer para influir en un funcionario. Como se puede apreciar, el delito se puede consumir con cualquiera de las conductas descritas (recibir, hacer dar o prometer un donativo, promesa o ventaja), lo cual convierte al Tráfico de Influencias en un tipo penal de conductas alternativas en este extremo, pues basta que el agente realice una de cualquiera de las tres acciones para que ya quede completo este elemento del supuesto de hecho²².

De cara al artículo 401-A del Código Penal peruano: “En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados” la contraprestación, por las influencias reales o simuladas, importaría la necesaria referencia de objetos con valor patrimonial.

En suma, resulta evidente que para la configuración del ilícito penal, las tres conductas señaladas, para la configuración de la acción típica, deben estar vinculadas entre sí. Es decir, la redacción del tipo exige que el agente reciba, haga prometer o haga dar del partícipe necesario (concurrente necesario en el tipo) con el ofrecimiento de ejercer sus influencias habiéndolas invocado, previamente ante el partícipe necesario (concurrente necesario). Del mismo modo, la recepción o la promesa debe ser en contraprestación del ofrecimiento antes referido.

Por otro lado, ¿en qué momento se consuma el delito de tráfico de influencias? Puesto que el tipo penal está conformado por tres conductas, la configuración del ilícito requiere la realización de las tres. Sin embargo,

¹⁷ JAÉN VALLEJO, Manuel. “Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional”. Buenos Aires, Ad Hoc, 1999. pp. 32-33.

¹⁸ Ibid. p. 33.

¹⁹ Ibid. p. 34.

²⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Dino Carlos y José Leandro REAÑO PESCHIERA. Op. cit. p. 25.

²¹ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. cit. p. 16.

²² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Op. cit. p. 28.

es de resaltar que no puede afirmarse que el delito se consuma con la aceptación del interesado –como un sector de la doctrina pretende señalar-. Así, para San Martín, Caro y Reaño, “(...) la consumación del tipo penal peruano (Tráfico de Influencias) sí exige una respuesta afirmativa por parte del interesado, pues de otro modo el traficante no recibiría la dádiva o la promesa de ventaja a la que se refiere el artículo 400 del Código Penal nacional”²³. Sobre el particular debemos hacer dos comentarios.

Primero: el tipo penal exige que el autor reciba, haga dar o prometer. En el delito de Tráfico de Influencias recogido por nuestra legislación, la redacción del tipo penal exige que los tres comportamientos que estructuran el ilícito (invocación de influencias, ofrecimiento de ejercer las mismas ante funcionario público y recibir o hacer dar o prometer ventaja, donativo o promesa) deben ser realizados por el autor, puesto que se trata de un tipo penal monosubjetivo²⁴, es decir, la consumación del delito no puede ser realizada por alguien distinto al autor. De ocurrir ello, en virtud del principio de legalidad antes mencionado, no se configuraría el ilícito penal materia de análisis.

Segundo: el tipo penal permite que el autor del delito haga dar o prometer al interesado un donativo, promesa o ventaja. Es decir, este tipo penal contempla que tal entrega se dé producto de la presión que el vendedor de influencias ejerce sobre el comprador de las mismas. Por tanto, dos de las conductas que conforman el tercer elemento típico descartan la posibilidad de libre aceptación o acuerdo por parte del interesado, puesto que habría sido presionado para entregar la promesa, donativo o ventaja al agente.

Ello ha llevado a autores de la talla de Muñoz Conde y Bustos Ramírez²⁵ a afirmar que el concurrente necesario en el delito de tráfico de influencias puede ser víctima del delito de concusión²⁶, tipificado en el artículo 382 del Código Penal, puesto que: “En muchos casos el comportamiento de (...) cualquier fun-

cionario o servidor público que aprovechándose de su situación de prevalimiento y prepotencia en la Administración Pública obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un beneficio patrimonial, constituye un delito de concusión, tipificado en el artículo 382 del Código Penal peruano, que en cierto modo es el reverso de la conducta tipificada en el artículo 400. Aquí no cabe duda que el sujeto pasivo de tal coacción o inducción a una persona a prometer o entregar indebidamente un beneficio patrimonial para sí o para otro, no puede ser, desde luego, considerado ni autor ni partícipe en tal delito, sino una víctima del mismo. Son los casos que la doctrina llama de “participación necesaria”, en los que la comisión del delito requiere de la intervención de dos personas..., pero una de ellas es víctima y no responsable del delito. No parece, en absoluto, aventurado decir, que en mucho de los casos tipificables en el artículo 400 pueda darse también, si el sujeto activo tiene la cualidad de funcionario o servidor público y actúa como tal, un delito de concusión del artículo 382, en que el particular sería víctima y no partícipe responsable de evento”²⁷.

En razón de lo expuesto, con Villavicencio Terreros²⁸, consideramos que la fórmula legal establecida en el artículo 400 del Código Penal, presenta un escaso merecimiento de pena, porque, entre otras razones, representa un excesivo adelantamiento de la punibilidad; ello, de cara a que el objeto de tutela, como es el prestigio y el nombre de la administración pública es un concepto vago y abstracto.

Los defensores de un merecimiento de pena²⁹ no explican cómo la dañosidad social, en que sustentan tal merecimiento, pueda representar una actuación peligrosa o lesiva del concurrente necesario respecto de un bien jurídico demasiado distante que, con su conducta pueda poner en peligro. En tal sentido, la variable dañosidad social causada nos parece emblemática pero poco concreta, por ello, para el caso específico, nos parece atendible utilizar el desvalor de acción.

²³ SAN MARTÍN, César; CARO CORIA, Dino Carlos y José Leandro REAÑO PESCHIERA. Op. cit. pp. 35 y ss.

²⁴ “Teniendo como punto de partida al autor de la conducta puede hablarse... de tipos monosubjetivos -a veces llamados unisubjetivos- para hacer referencia a aquellas que describen conductas realizadas por un sujeto”. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “Derecho Penal. Parte General”. Tercera Edición. Santa Fe de Bogotá, Editorial TEMIS S.A., 1997. p. 403

²⁵ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. “Informe con relación a la aplicación del Artículo 400 del Código Penal Peruano, que tipifica el delito de Tráfico de Influencias”. Santiago, 11 de junio de 2001.

²⁶ Código Penal. Artículo 382: El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit.

²⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Informe sobre la imputación penal de complicidad en el delito de Tráfico de Influencias y en el delito de Asociación Ilícita del señor Manuel Delgado Parker”. pp. 25-26.

²⁹ SAN MARTÍN, César; CARO CORIA, Dino Carlos y José Leandro REAÑO PESCHIERA. Op. cit. p. 51.

2.2. El delito de Tráfico de Influencias es un acto preparatorio elevado a categoría de delito independiente

Como señala el profesor Bustos Ramírez, en el delito de Tráfico de Influencias peruano se ha adelantado la punibilidad, de tal manera que pueda sancionarse a quien recibe o hace dar un donativo, promesa o ventaja para interceder ante un funcionario o servidor público (vendedor de influencias) sin que se requiera la obtención de una resolución que haya afectado la correcta administración de justicia o desprestigiado a los funcionarios públicos. "(...) si conforme al bien jurídico protegido lo que se tiene es un delito de peligro con estas características tan especiales, ello significa que necesariamente este tipo legal tiene que ser interpretado en forma terminantemente restrictiva, pues de otra manera esta ampliación excesiva de la punibilidad llevaría necesariamente con una interpretación de otro carácter, al establecimiento de la analogía como fuente de punibilidad y con ello se violarían todos los principios garantistas del Derecho Penal, establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales"³⁰.

Es decir, el legislador peruano, al tipificar el Tráfico de Influencias, ha adelantado el radio de punibilidad de un posible delito posterior el cual -por su ubicuidad en el Código Penal- se entiende afecta la Administración Pública. Sin embargo, es curioso que estemos ante un acto preparatorio que no esté orientado al efectivo Tráfico de Influencias. Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- Se sanciona tanto la invocación de influencias simuladas como las reales, otorgándoseles a ambas la misma consecuencia penal. Es decir, de los supuestos contenidos en el tipo penal, no se obtiene riesgo alguno para la Administración Pública, puesto que uno de éstos (el caso de las influencias simuladas) es claramente inidóneo para afectarla. Además, debemos recordar que ni siquiera una interpretación teleológica puede facultar a cercenar el tipo. No, al menos de cara al principio de legalidad antes mencionado.
- Por otro lado, incluso en el caso de las influencias reales, no se exige más que el mero ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor públi-

co sin que se exija concretar dicho acto. Y, por si fuera poco, nuestra legislación penal ha obviado tipificar el ejercicio de las influencias sobre funcionario público, limitándose a tipificar el mero ofrecimiento de éstas.

Sobre este último aspecto es necesario hacer una mención, puesto que aun cuando la normativa española sí tipifica el ejercicio de las influencias sobre funcionario o servidor público, la doctrina señala que se debió prescindir del acto preparatorio, tipificado en el artículo 430³¹.

Por tanto, estamos ante un acto preparatorio elevado a delito independiente, en el cual el delito al que se espera que apunte (el ejercicio de influencias sobre funcionario o servidor público que conoce o haya conocido un caso) no está recogido por nuestra legislación. Entendemos, entonces, que nos encontraríamos ante un acto preparatorio de algún posible delito de corrupción de funcionarios, tipificados en la sección cuarta, del segundo capítulo, del Título XVIII del Código Penal.

A pesar de tratarse de un delito independiente, no puede olvidarse que es un acto preparatorio sancionado penalmente, y como tal debe ser leído de manera restrictiva. Más aún, al momento de analizar la autoría y la participación en la comisión del delito, puesto que de lo contrario estaríamos extendiendo demasiado su radio de punibilidad. Ya de por sí los actos preparatorios necesitan estar expresamente legislados para ser sancionados. Por otra parte, por su propia naturaleza, los actos preparatorios no admiten actos de participación, ya que ello es sólo posible en actos de ejecución, pues de otra manera la extensión de la punibilidad no tendría límites. En efecto tanto los actos de participación como los actos preparatorios son extensiones de la punibilidad, y por eso requieren estar estrictamente precisados legalmente y en ese sentido una participación en un acto preparatorio sería una extensión de una extensión de la punibilidad, lo que transgrede todos los principios garantistas del derecho penal³².

Es decir, si tipificar actos preparatorios como delitos significa un adelantamiento de punibilidad para el autor, pretender imputar un nivel de participación

³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. Op. cit. p. 8.

³¹ Esta ausencia de un verdadero interés, merecedor de tutela penal, debería haber conducido al legislador... a prescindir de esta modalidad delictiva. Más aún, cuando los supuestos, efectivamente cercenadores de la función pública u otros bienes jurídicos, pueden quedar adecuadamente resueltos con la aplicación de otras figuras delictivas. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal". Editorial Aranzandi S.A., 1996. p. 1240.

³² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. p. 12.

(instigación y/o complicidad) significa una extensión demasiado amplia del *jus puniendi* del Estado, lo cual vulnera abiertamente el principio de mínima intervención y *ultima ratio* del derecho penal. Por lo antes señalado, la naturaleza del Tráfico de Influencias obliga a realizar una interpretación restrictiva y sancionar sólo las conductas expresamente previstas en el tipo. La aplicación de este tipo penal debe estar sujeta a los principios orientadores del Derecho Penal, ya que estos otorgan la necesaria legitimidad a la intervención sancionatoria del Estado.

2.3. El delito de Tráfico de Influencias es un delito de encuentro

Para la configuración de ciertos delitos, se requiere la intervención de una pluralidad de agentes. Así, además del autor se da participación necesaria (para nosotros una mejor denominación es concurrencia necesaria) cuando un tipo se halla de tal forma concebido que para su realización resulta necesaria conceptualmente la intervención de más de una persona³³. Dicha participación no necesariamente otorga a todos los intervinientes la calidad de autores del delito, puesto que para ser considerado como tal –en virtud del principio de legalidad– será el mismo tipo penal quien lo señale mediante la punición de determinadas conductas.

En ese orden de ideas, se distingue dos formas de concurrencia necesaria: delitos de convergencia y delitos de encuentro. Los primeros se caracterizan por la actuación conjunta o accesoria de varias personas dirigidas a una meta común... distinto es el caso de los llamados delitos de encuentro. Estos presuponen la pluralidad de personas activamente intervinientes, cuyas acciones, sea con una voluntad coincidente o no, se acercan mutuamente; es decir, el encuentro de diversas actuaciones de voluntad tiene efecto constitutivo para el tipo.

El delito de tráfico de influencias es un tipo de encuentro, puesto que para configurarse el delito, la descripción típica requiere la concurrencia de un interesado. Así, al ser el autor del delito el vendedor de influencias, es él quien debe invocar las mismas con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público y es él quien debe recibir, hacer dar

o prometer donativo, promesa o cualquier otra ventaja. Aun cuando se trata de un delito de encuentro, cabe destacar que el tipo está redactado desde la actuación del autor, el traficante de influencias.

Por su parte, el rol del concurrente necesario, tercero concurrente o comprador de influencias está limitado a que el autor le invoque influencias (reales o simuladas), le ofrezca interceder ante funcionario o servidor público y –finalmente– que el autor le haga dar o prometer un donativo, promesa o cualquier otra ventaja.

Nótese que la redacción del tipo establece actos de coacción por parte del vendedor de influencias (único posible autor del delito puesto que sólo su conducta se encuentra tipificada), toda vez que el tipo penal contiene la posibilidad que el autor haga dar o prometer al tercero concurrente alguna ventaja. Como ya se señaló anteriormente, para juristas como Muñoz Conde y Bustos Ramírez³⁴, el concurrente necesario en el delito de tráfico de influencias peruano puede ser víctima del delito de concusión.

Sin embargo, es necesario distinguir la llamada participación necesaria en los delitos de encuentro (concurrente necesario), de la participación en sentido estricto, la cual puede darse por instigación o por complicidad, según las reglas establecidas en la parte general del Código Penal, en los artículos 24 y 25. Así, para Santiago Mir Puig, se habla de participación en dos sentidos distintos. En sentido amplio se emplea... para referirse a todas las formas de intervención en el hecho –incluyendo la autoría. Más en sentido estricto, la participación se contrapone a la autoría (...) ³⁵.

2.3.1. ¿Es punible el tercero concurrente en los delitos de encuentro?

Para absolver tal interrogante, resulta conveniente citar a los profesores Jescheck³⁶ y Maurach³⁷, quienes señalan como regla general que la punición del concurrente necesario en los delitos de encuentro debe ser entendida como excepcional, puesto que en estos delitos la ley únicamente señala pena, en preceptos particulares, para determinados intervinientes mientras que deja a los demás impunes³⁸. Tal es el caso del delito de Tráfico de Influencias, donde la normatividad

³³ JESCHECK. Op. cit. p. 968.

³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit.

³⁵ MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal - Parte General". Barcelona, TECFOTO, 1996. p. 390.

³⁶ Cfr. JESCHECK. Op. cit. pp. 969 y ss.

³⁷ Cfr. MAURACH, Reinhart. "Derecho Penal. Parte General". Tomo II. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989. pp. 401 y ss.

³⁸ JESCHECK. Op. cit. p. 969.

vigente sólo sanciona al vendedor de influencias, optando por guardar silencio respecto a la punibilidad del comprador de las mismas, a quien denominamos concurrente necesario.

Sin embargo, siendo la regla general la impunidad del concurrente necesario en los delitos de encuentro, existen –según el citado autor– tres situaciones en las que la doctrina es unánime al enfatizar que sólo debe sancionarse al autor, más no al concurrente necesario.

- Primer supuesto: (en el cual la jurisprudencia alemana coincide con la doctrina), el concurrente necesario debe quedar impune cuando el tipo penal sirve a su protección³⁹. En nuestra legislación, este es el caso del delito de estafa⁴⁰, donde el bien jurídico protegido es el patrimonio del sujeto pasivo. De la misma opinión es el jurista Reinhart Maurach para quien existe consenso en cuanto a que es impune, siempre y sin excepciones, aquel interviniente necesario cuya protección persigue el tipo respectivo.

Como ya señaláramos en la primera parte del presente trabajo, es difícil descifrar el contenido material del injusto de Tráfico de Influencias. Sin embargo, por su ubicuidad en el Código Penal, debería entenderse que protege algún aspecto de la Administración Pública (aunque la descripción típica de las conductas acriminadas se encuentren distanciadas de la misma). Sin embargo, lo que no puede entenderse es que protege el patrimonio del interesado, puesto que ello rompería la sistematicidad de los delitos que giran en torno al referente Administración Pública.

- Segundo supuesto: cuando el interviniente no excede el rol previsto para él en el tipo penal⁴¹. En ese orden de ideas, el tercero concurrente será punible cuando exceda dichos roles, sólo si tal exceso puede ser subsumido en alguna conducta delictiva, toda vez que sólo puede sancionarse a quien la ley prevé una sanción (es decir al autor del delito) y, como veremos más adelante, es

imposible atribuirle por el sólo hecho de ser concurrente necesario (nosotros lo denominamos así para evitar confundirlo con los conceptos de autoría y participación), en el delito de Tráfico de Influencias, la calidad de instigador o cómplice. Por todos, Mir Puig señala que en los casos de participación necesaria (terminología impropia y confusa, a decir de Fernando Velásquez⁴²): “si la intervención del sujeto pasivo (entiéndase concurrente necesario), no sobrepasa la participación que requiere el tipo, permanecerá impune”⁴³.

La postura disidente es sostenida por Jakobs⁴⁴ al afirmar que no hay un principio con validez general del tenor de que mantenerse dentro del papel mínimo preserve de punición, considerando que la impunidad para el concurrente necesario se da en casos excepcionales. La postura de Jakobs ha sido recogida de la crítica de Herzberg (nada menos que a Claus Roxin), al señalar que la fundamentación de este último, en el sentido de que en delitos de encuentro tiene que estar establecida expresamente la responsabilidad de ambas partes, incurre en un círculo vicioso y tampoco cabe mantenerla como principio general. Nosotros, atendiendo al principio de legalidad antes mencionado, no encontramos argumento alguno para apoyar la tesis de Jakobs y Herzberg en cuanto a sancionar al concurrente necesario (interesado) cuando no está así previsto en el tipo ya que, de la propia literalidad del tráfico de influencias peruano, tal punibilidad se descarta en caso de no exceder su rol previsto en la propia descripción típica. Recuérdese que este tipo penal no ha sido recogido por la legislación alemana de tal forma que mal podría afirmarse que Jakobs y Herzberg postulan la punibilidad del concurrente necesario en este tipo.

- Cuando la punibilidad depende solamente de la medida en que su conducta, contraria a la norma, esté prevista como punible por las leyes penales⁴⁵. Al respecto, consideramos que resulta contundente la aseveración de Günther Stratemberg⁴⁶

³⁹ Ibid. p. 970.

⁴⁰ Código Penal peruano de 1991. Artículo 196: El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de un tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

⁴¹ MAURACH. Op. cit. p. 403.

⁴² VELÁSQUEZ, Fernando. Op. cit. p. 632.

⁴³ MIR PUIG; Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Quinta edición. Barcelona, 1998. p. 208.

⁴⁴ JAKOBS, Gunther. “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación”. España, Marcial Pons. p. 842.

⁴⁵ MAURACH. Op. cit. Loc. cit.

⁴⁶ STRATEMBERG, GÜNTHER. “Züller, Die notwendige Teilnahme, Diss”. Bonn, 1970. p. 282.

al afirmar que “Cuando la participación, según el sentido estricto del texto legal, es necesaria pero no está amenazada con pena, será impune. Al respecto hay unidad de pareceres”.

- Por último, en aquellos preceptos penales que prohíben el favorecer a un delincuente se estima la impunidad de la participación activa del favorecido⁴⁷. Definitivamente este supuesto no tiene vinculación alguna con el delito de Tráfico de Influencias.

Por tanto, si el rol del partícipe necesario (concurrente necesario) se encuentra inmerso en alguna de estas reglas, en definitiva debe ser considerado impune. Sin embargo, es necesario resaltar que no se puede interpretar en contrario, es decir, que si no está en alguno de estos supuestos será punible; puesto que la regla general es la impunidad del concurrente necesario en los delitos de encuentro.

Así, 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 colaboradores en forma expresa⁴⁸.

3. SI EL TIPO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS NO PREVÉ SANCIÓN PARA EL TERCERO CONCURRENTE, ¿PUEDE APLICARSE ALGUNA DE LAS REGLAS DE EXTENSIÓN DE PUNIBILIDAD PREVISTAS EN LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL?

En virtud del principio de legalidad antes señalado, sólo puede ser considerado autor del delito aquél que invocando influencias se ofrece a interceder ante un funcionario o servidor público, puesto que tal es la conducta que se encuentra tipificada y sancionada en el tipo penal. Sin embargo, nuestra legislación acepta la posibilidad de extender la punibilidad sancionando a personas que no son autores de un tipo penal. Estos supuestos están contenidos en la parte general del Código Penal, en los artículos 24 y 25, es decir, en los casos de participación en la comisión de un delito a título de instigador o cómplice.

Los artículos antes mencionados sancionan a aquellas personas cuyas conductas no están previstas en el tipo, pero que son pasibles de pena puesto que han colabo-

rado o determinado al autor del delito a realizar el injusto. Es decir, las reglas de la parte general del Código Penal completan los tipos sancionando, en calidad distinta a la de autor, a aquellas personas cuyas conductas no están previstas en el tipo penal. Así, para aquellas conductas que se encuentran previstas en el tipo de encuentro, deberá aplicarse la pena establecida en el mismo y no otra. Sólo de esa manera se justifica dicha extensión de punibilidad, puesto que, de lo contrario, se vulneraría el principio de legalidad.

En el delito de Tráfico de Influencias, el tipo exige la concurrencia de dos personas, pero sanciona sólo a una de ellas (al autor del delito), prescribiendo la impunidad del interesado o comprador de las influencias al no indicarle sanción alguna.

En esta parte del trabajo, nos referiremos a la punibilidad de aquellos terceros (diferentes del traficante de influencias y del concurrente necesario) que, o bien determinan al autor a la comisión del delito, o bien favorecen la acción típica del autor a la comisión del mismo.

3.1. Instigación en el delito de Tráfico de Influencias

Ya dijimos que criminalizar la conversación preliminar (artículo 400 del Código Penal peruano y 430 del español) para una posterior ejecución del Tráfico de Influencias (artículos 428 y 429 del Código Penal español; tipos inexistentes en la legislación peruana), significa un adelantamiento de la punibilidad. Si a ello se propone otro adelantamiento de la punibilidad para sancionar la instigación podría significar renunciar -expresa y definitivamente- al objeto jurídico de protección, ya puesto en tela de juicio por la redacción del tipo, en tanto que, reiterando lo afirmado por el profesor Bustos Ramírez: “Ya de por sí los actos preparatorios necesitan estar expresamente legislados para ser sancionados (...). Por otra parte, por su propia naturaleza, los actos preparatorios no admiten actos de participación, ya que ello es sólo posible en actos de ejecución, pues de otra manera la extensión de la punibilidad no tendría límites. En efecto tanto los actos de participación como los actos preparatorios son extensiones de la punibilidad, y por eso requieren estar estrictamente precisados legalmente y en ese sentido una participación en un acto preparatorio sería una extensión de una extensión de la punibilidad, lo que transgrede todos los principios garantistas del derecho penal”⁴⁹.

⁴⁷ JESCHESK. Op. cit. Loc. cit.

⁴⁸ MAURACH. Op. cit. p. 402.

⁴⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit. p. 12.

Nuestro Código Penal, desde la teoría de la participación en sentido estricto, recoge la complicidad y la instigación como formas de participación. Como señala Cobo del Rosal, el partícipe no realiza por sí mismo el hecho delictivo, sino que favorece a, o coopera en, la realización ajena⁵⁰.

Según el artículo 24 del código sustantivo, el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor. Sobre esta forma de participación, Santiago Mir Puig⁵¹ señala que es la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría doloso o prudente.

Debe resaltarse que aquella persona a quien se va a instigar no esté determinada previamente a la comisión del delito. No se puede determinar a quien ya está decidido a la realización del delito. Inducir es determinar a otro a la realización del hecho típicamente antijurídico. El que induce hace nacer en otro una voluntad delictiva de la que carecía. La incitación llevada a cabo sobre quien, de todos modos, se hallaba resuelto a cometer el delito (*omnimodo facturus*) no es inducción⁵².

En el caso del delito de tráfico de influencias, será instigador aquél que determine a una persona a invocar influencias a un tercero con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario público. Como es evidente, no puede atribuirse calidad de instigador al concurrente necesario a quien el autor del delito invoca influencias, por las razones que se señalan a continuación:

- Si las reglas de la parte general completan los tipos penales para extender la punibilidad a quienes su actuación no se encuentra prevista en el tipo, éstas no pueden ser aplicadas al concurrente necesario puesto que su conducta se encuentra comprendida en el tipo penal, sin que se haya establecido para ella sanción alguna. Por tanto, tales reglas no pueden serle aplicadas, en virtud del principio de legalidad.
- La actuación del instigador siempre tiene lugar en un momento anterior a la comisión del ilícito. El tipo penal, artículo 400 del Código Penal de 1991,

exige la presencia del concurrente necesario durante la realización del injusto; por lo tanto, nos encontramos ante una incompatibilidad de conceptos jurídicos.

- El tipo objetivo exige que el ofrecimiento de influencias (segundo elemento del tipo) se dé luego de “invocando” las mismas. Si en un caso concreto, es el concurrente necesario quien inicia la relación vendedor – comprador, estaremos ante una figura delictiva distinta a la del tráfico de influencias.

Recordemos que el tipo penal es monosubjetivo, es decir, los tres elementos típicos giran en torno al autor del delito.

- Si se acepta que el tercero concurrente 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 cual carece de todo sentido y, más aún, de relevancia penal.

Como se puede apreciar, para atribuirle al interesado la calidad de instigador en el delito de Tráfico de Influencias, debemos desconfigurar la redacción del tipo objetivo, creando una figura distinta a la vigente, mediante la distinción de supuestos que la ley no hace, confundiendo los conceptos jurídicos que vinculan la parte general y la especial de la normatividad penal e interpretando lo que la literalidad del tipo no dice. En suma, separándonos del principio de legalidad y de todas las garantías que un Estado de Derecho otorga a sus ciudadanos.

3.2. Complicidad en el delito de Tráfico de Influencias

El artículo 25 del Código Penal prescribe el que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá la pena. Como es de entenderse, ser cómplice no implica realizar alguna de las conductas de las que está compuesto el tipo penal. Lo que se sanciona es favorecer al autor a la comisión del delito.

⁵⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás VIVES ANTÓN. “Derecho Penal”. Op. cit. pp. 682 - 683.

⁵¹ MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 397.

⁵² COBO DEL ROSAL. Op. cit. p. 687.

Así, no podrá ser cómplice quien realice una de las tres conductas que configuran este delito, puesto que ya no nos encontraríamos ante un caso de tráfico de influencias, al reconocerse que es un tipo monosubjetivo. Si un tercero realiza una de las tres conductas, estaríamos ante la imposibilidad de sancionarlo a título de partícipe, puesto que -como ya se señaló- las reglas de participación de la parte general sólo pueden ser aplicadas a quienes su participación no está prevista en el tipo penal. Favorecer al autor, a realizar cualquiera de las dos acciones subsiguientes al “invocando influencias”, no puede recaer en el concurrente necesario puesto que las tres acciones que conforman la conducta típica (invocando, ofreciendo o recibir, hacer dar o prometer) son realizadas por el traficante para él (concurrente necesario). En ello radica su intervención prevista en el tipo.

Por tanto, en el delito de Tráfico de Influencias, sería cómplice aquél que ayude al autor a realizar las conductas antes mencionadas por las cuales se configuraría formalmente el ilícito. Por ejemplo, se configura la complicidad en 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.

Respecto al concurrente necesario, no podrá atribuírsele calidad de cómplice puesto que su rol, en el delito de encuentro, se desarrolla en referencia a la acción típica del traficante (así, vendedor de humo—

interesado), ya que su presencia constituye un requisito establecido en el tipo para la configuración de éste. Es a él (concurrente necesario) a quien el autor debe invocarle influencias con el fin de recibir (del concurrente necesario), hacerle dar o prometer donativo, ventaja o promesa alguna. Por tanto, siendo que tiene un papel establecido en el tipo, al cual no se le ha establecido sanción alguna, el principio de legalidad nos impide aplicarle las reglas de la parte general.

Más aún, cuando el propio tipo penal, como ya se señaló reiteradamente, prescribe que esa entrega o promesa de entrega de algún donativo, promesa o ventaja se alcance mediante el ejercicio de mecanismos de presión que el vendedor de influencias ejerce sobre el comprador.

Esperamos haber aportado algunas ideas a la discusión académica y, ojalá, de *lege ferenda*, uno de los tipos penales que protejan la imparcialidad en el ejercicio de la Administración Pública, tipifique comportamientos que pongan realmente en peligro este bien jurídico colectivo, de cara a reprimir un indebido tráfico de influencias (para lo cual los artículos 428 y 429 del Código Penal español podrían servir de referencia), para que, de esta manera, no se dé el caso del actual artículo 400 del Código Penal peruano, cuya interpretación viene obligando a algunos autores a realizar denodados esfuerzos imaginativos para pretender sostener comportamientos -dicen criminales- más allá de lo permitido por el principio de legalidad, mínima intervención y lesividad. A este costo... ¡NO!