

**INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ART. 400 CP DEL PERÚ:
DELITO LLAMADO DE *TRÁFICO DE INFLUENCIAS***

JOSÉ HURTADO POZO

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Materia de interpretación. 1. Art. 400 CP. 2. Evolución legislativa. **III.** Doctrina extranjera. **IV.** Insuficiencias formales. 1. Deficiencias de redacción. 2. Indeterminación de los comportamientos incriminados. **V.** Posición sistemática del art. 400. **VI.** Finalidad de la protección penal. 1. Objeto del delito. 2. Bien jurídico. **VII.** Dificultades relativas a la participación delictuosa. 1. Intervención necesaria del tercero. 2. Instigación. 3. Complicidad. 4. Aspecto subjetivo. 5. Represión del tercero como participante secundario. **VIII.** A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La amplitud y la profundidad de la corrupción fue una de las características esenciales del régimen autoritario de los años noventa. Uno de los sectores más afectados fue el de la administración de justicia, que fue sometida a los intereses del poder político así como a los intereses personales de quienes detentaban el poder. De esta manera, personajes muy importantes, ocupando formal o informalmente puestos en la cima del Estado, influyeron en los órganos judiciales o administrativos para obtener que, en numerosos procesos, se dictaran decisiones favorables a favor de ellos o de terceros. Esta manera de proceder se convirtió, en buena cuenta, en un instrumento de gobierno.

Conocida y aceptada o soportada como un hecho congénito al sistema por la mayoría de personas, fue utilizada y propiciada para superar situaciones sociales o financieras críticas, originadas por la deficiencia y lentitud de la administración de justicia. Los intereses que se buscaba salvaguardar bien podían ser lícitos o ilícitos.

Uno de los comportamientos más frecuentes consistía en que la persona interesada en obtener influencias para resolver algún proceso pendiente —en tanto persona individual o representante de una empresa o persona jurídica— buscara la ayuda de algún personaje influyente y se entrevistara personalmente con él. No era raro que —dando ventajas o prometiéndolas—, aquel personaje influyente hiciera o prometiera hacer lo necesario para obtener una decisión favorable al interesado.

Tras la caída del régimen dictatorial, los órganos competentes iniciaron procesos con la finalidad de reprimir a los responsables de los diversos comportamientos corruptos cometidos en agravio del Estado. Entre estos, el denominado *tráfico de influencias* fue uno de los más frecuentemente considerados. Sin embargo, no prosperaron por diversas circunstancias, por ejemplo, la índole peculiar de los hechos imputados a los procesados, la aparente dificultad para considerarlos como casos claros de peculado o corrupción y, por último, la manera amplia y difusa en que se describe el tráfico de influencias en el art. 400 CP.

La experiencia ha mostrado, desgraciadamente, que la impunidad sigue siendo la regla, sobre todo, respecto a la corrupción. La ineficacia —salvo en algunos pocos casos— del sistema de control penal y, en particular, de la administración de justicia se debe, en primer lugar, a la falta de voluntad política para combatirla efectivamente: tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo no han hecho lo necesario e indispensable para organizar un sistema eficaz e idóneo; en segundo lugar —y más concretamente— hay que destacar las dificultades encontradas —aun entre los decididos a obrar correctamente— por los órganos de persecución o de juzgamiento en la determinación de los hechos y en la comprensión de las disposiciones legales aplicables.

En este contexto, se puede justificar la tarea que tratamos de cumplir en el presente trabajo: presentar y explicar las dificultades para interpretar y aplicar el art. 400 CP. Con este fin, mostraremos las diversas etapas del proceso de interpretación y esclareceremos los diversos elementos del tipo legal del tráfico de influencias. Por tanto, no abordaremos los diversos problemas

de la interpretación de los hechos, aspecto esencial de la real aplicación de la ley. La comprensión de los hechos supone la correcta interpretación de la ley, pues, solo así el órgano competente puede precisar cuáles son los hechos que deben ser debidamente probados. Cuando dicho órgano no logra satisfacer estas dos condiciones, esta deficiencia influye negativamente en el desarrollo del debido proceso, y prolonga los procesos al extremo de dar lugar a que prescriba la acción penal y, por tanto, también da lugar a la impunidad de los responsables.

II. MATERIA DE INTERPRETACIÓN

1. Art. 400 CP

Esta disposición prescribe: «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». De acuerdo con el principio de la legalidad, el punto de partida y el marco de todo proceso de interpretación es el texto escrito de la ley penal. No obstante, como el lenguaje — medio inevitable para expresar el mandato legal— se caracteriza por su ambigüedad y polisemia, la disposición legal no constituye un límite preciso a priori de los alcances de lo que ley prohíbe u ordena. En este sentido, los tipos legales son, en cierta forma, indeterminados; pero no dejan de constituir el ámbito dentro del cual debe establecerse el contenido de la norma. El intérprete no debe desnaturalizar el sentido convencional del lenguaje utilizado por el legislador a pesar de la textura abierta de este lenguaje.

El proceso de interpretación desemboca siempre en la constatación que el texto legal puede ser comprendido en dos o más sentidos posibles entre los cuales el intérprete debe escoger para atribuírselo a la disposición. Esta decisión no es de índole arbitraria. El intérprete debe proceder teniendo en cuenta cuál de esos posibles sentidos realiza mejor el valor justicia, en concordancia con los criterios constitucionales y de política criminal en que se basa el sistema penal.

La interpretación de la ley no solo es un proceso lógico realizado con la ayuda de los diversos métodos de interpretación, sino también, y sobre

todo, axiológico. El resultado al que llegue el intérprete no puede ser calificado de sentido único ni el solo verdadero de la ley.¹ La fuerza de su decisión radica en la claridad y coherencia de los argumentos que debe presentar para hacerla valer como la más conveniente entre todas las demás posibles, para aplicar de manera justa, igual y transparente la ley. De esta manera, garantizará el respeto de los derechos de las personas al momento de dictar su mandato o sentencia.

Para comenzar a comprender lo dispuesto en el art. 400 conviene analizar en detalle la redacción y estructura de su texto. La importancia de este primer paso, en el caso que nos ocupa, reside en la complejidad de la disposición, debida a la diversidad de actos y de circunstancias con los que el legislador ha descrito los comportamientos incriminados.

En el texto legal, se prevén los siguientes casos alternativos:

El que, invocando influencias **reales** recibe, hace dar o prometer **para sí** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo un caso judicial o administrativo.

El que, invocando influencias *simuladas* recibe, hace dar o prometer **para sí** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido un caso.

El que, invocando influencias **reales** recibe, hace dar o prometer **para un tercero** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo un caso judicial o administrativo.

El que, invocando influencias *simuladas* recibe, hace dar o prometer **para un tercero** donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido un caso judicial o administrativo.

Los factores comunes a todas estas hipótesis son los hechos de invocar influencias, ofrecer interceder ante un funcionario o servidor público y el objeto del delito («cualquier ventaja»). Se distinguen por lo siguiente: a) las influencias son reales o simuladas; b) la ventaja es para el mismo autor

1 ZAGREBELSKY 1995: 134 y ss.

o para un tercero; c) el funcionario sobre el que se influye conoce o ha conocido el caso; d) la índole de este último es judicial o administrativa.

Entre estos factores intercambiables, dos juegan un papel decisivo: por un lado, el relativo a la naturaleza de las influencias (reales o simuladas); por otro, el referido a que el funcionario ante el cual el agente ofrece interceder esté conociendo el asunto o lo haya ya conocido.

Según estas circunstancias, hay que distinguir cuatro hipótesis:

Recibir... invocando influencias **reales** y ofreciendo interceder ante funcionario que **conoce** proceso.

Recibir... invocando influencias **reales** y ofreciendo interceder ante funcionario que **ha conocido** proceso.

Recibir... invocando influencias **simuladas** y ofreciendo interceder ante funcionario que **conoce** proceso.

Recibir... invocando influencias **simuladas** y ofreciendo interceder ante funcionario que **ha conocido** proceso.

2. Evolución legislativa

La comprensión del texto legal requiere que se determine el proceso de su elaboración y, en particular, de las fuentes nacionales o foráneas que el legislador ha tomado en cuenta. De esta manera, se abre el camino para calar en el sentido de la norma gracias a las similitudes y diferencias que se constaten respecto a disposiciones precedentes.

Nuestro Código de 1924 no contenía disposición similar al art. 400. El antecedente inmediato de esta norma fue introducido, como art. 353-A CP 1924, mediante el DLeg 121, del 12 de junio de 1981. Este decreto fue dictado por el Poder Ejecutivo en virtud de las facultades legislativas delegadas por el Parlamento (ley 23230, del 15 de diciembre de 1980), con la finalidad de que se revisen los diversos decretos leyes dictados por la dictadura militar en materia penal. En el proyecto elaborado y discutido por la comisión —designada por el Ministerio de Justicia y de la cual formábamos parte— no figuraba dicha disposición. Esta fue introducida por funcionarios en el texto definitivo que se dictó. Por tanto, no se discutieron a fondo las razones para estatuirlo. Constituyó una expresión de la idea políticamente predominante entonces, que apuntaba a facilitar la represión eficaz de los funcionarios que durante el fenecido gobierno militar habían cometido delitos contra los intereses del Estado. Con este fin, se consideró que —ya desde la

manera de elaborar los tipos legales— era necesario disminuir las dificultades que podrían surgir para probar la comisión de los tradicionales delitos contra la administración pública.

La labor del o de los redactores de dicha disposición no fue creadora, en la medida en que tuvieron en cuenta la manera en que el tráfico de influencias había sido descrito en leyes extranjeras. Al respecto, hay que tener en cuenta que el art. 147 CP Colombia, vigente en el momento en que se modificó el código peruano, es el más próximo al art. 353-A. La disposición colombiana reprimía a quien «[...] 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 de conocer [...]». A diferencia del colombiano, en el texto peruano se hace referencia a «donativo, promesa o cualquier otra ventaja» y no a «dinero o dádivas»; asimismo, se sustituye el elemento subjetivo de «con el fin de obtener cualquier beneficio» por el elemento objetivo de «con el ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público»; y, por último, en lugar de «haya de conocer» se dice «haya conocido».

El legislador colombiano modificó y finalmente descartó el art. 147 al dictar el Código Penal de 2000. En su art. 411, reprime como tráfico de influencias, el hecho de que un «[...] servidor público [...] utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer». El cambio es esencial, porque la descripción ha sido simplificada y se ha precisado su índole de delito especial. De acuerdo con la nueva disposición, solo puede ser cometido por un servidor público y no por cualquier particular, como era el caso según la disposición anterior.

La fuente del art. 147 del código colombiano —e indirectamente del art. 353-A de nuestro Código Penal derogado— fue el art. 346, primer párrafo, del Código Penal italiano, que prevé el delito de *millantato credito*. Este artículo estatuye: «Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, à sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione [...]».

La defectuosa recepción del art. 147 colombiano por parte del legislador peruano se revela en los cambios que hace respecto a las expresiones «dinero o dádivas» y «con el fin de obtener cualquier beneficio», que el legislador colombiano había utilizado para expresar las fórmulas italianas de «denaro o altra utilità» y «come prezzo della propria mediazione». La versión peruana es menos fiel al texto italiano, en la medida en que se refiere a «donativo, promesa o cualquier otra ventaja» y a «con el ofrecimiento de interceder».

De manera incorrecta se ha sostenido que la fuente de inspiración de la disposición peruana es el art. 404 bis, letra c, CP español. En esta disposición, se prescribía reprimir a «[...] los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de los funcionarios o encargados de servicios públicos, solicitaren de terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa [...]». Tampoco lo es el art. 476 CP español de 1928 —fuertemente influido por la legislación italiana— en el que se establecía: «El que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las autoridades, agentes de éstas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciere prometer dinero u otras cosas, como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquéllos dependa [...]».

Al respecto, hay que señalar que esta versión es más cercana al art. 346, primer párrafo, del CP italiano: «millantando credito» es traducido como «aparentando crédito»; «riceve o fa dare o fa promettere» como «recibiére o se hiciere prometer»; «denaro o altra utilità» como «dinero u otras cosas»; por último, «come prezzo della propria mediazione» es traducido por «como recompensa de su mediación».

Volviendo al derecho español, conviene destacar que el legislador, consciente de las dificultades que podía provocar, suprime la expresión «hacer dar». Los legisladores colombiano y peruano la mantuvieron sin mayor reflexión.

En el art. 430 CP español vigente, abandonando parcialmente el modelo italiano, se reprime a «[...] los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimientos o promesa». La disposición española recuerda al art. 178 del CP francés derogado (según *Ordonance* 45-191, del 8 de febrero de 1945) y que reprimía a

[...] toute personne qui aura sollicité ou agréé des offres ou promesses, sollicité ou reçu des dons ou présents pour faire obtenir ou tenter de faire obtenir

des décorations, médailles, distinctions ou récompenses, des places, fonctions ou emplois ou des faveurs quelconques accordées para l'autorité publique, des marchés, entreprises ou autres bénéfices résultants de traités conclu avec l'autorité publique ou avec l'administration placée sous le contrôle de la puissance publique ou, de façon générale, une décision favorable d'une telle autorité ou administration et aura ainsi abusé d'une influence réelle ou supposée.

Esta descripción no ha sido conservada en el nuevo Código Penal francés. En su art. 433-1, se considera como comportamiento delictuoso el hecho de

[...] proposer, sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public:

[...]

2.° Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

III. DOCTRINA EXTRANJERA

La individualización de la fuente legal de una disposición determinada es indispensable para utilizar adecuadamente la doctrina extranjera. Esta, como toda elaboración dogmática, tiene como base un sistema legal particular. Por lo tanto, si se quiere justificar la atribución de un sentido a una disposición invocando la opinión autorizada de un autor determinado, es necesario constatar si esta se basa en una disposición idéntica o similar a la disposición en cuestión. Lo mismo debe hacerse respecto a los criterios jurisprudenciales foráneos. Citar a estos solo es pertinente cuando se tiene en cuenta la semejanza o diferencia existente entre la disposición materia de dichos criterios y el artículo que se interpreta.

Así, en nuestro caso, las opiniones doctrinarias o jurisprudenciales emitidas por los juristas y jueces colombianos serán útiles para interpretar el art. 400, sobre todo, si se refieren al art. 147, que sirvió de modelo a nuestro legislador, y no tanto las concernientes al art. 411, que difiere bastante del nuestro. Las semejanzas del artículo peruano con el art. 346 del CP italiano, aun cuando permiten comprender algunos aspectos de la disposición

de nuestro Código, no deben conducir a una recepción automática de las afirmaciones hechas por los juristas italianos respecto a esta disposición.

Tanto el hecho de no prestar debida atención a esta manera de recurrir a las fuentes doctrinarias, como las similitudes lingüísticas del art. 400 con la regulación española han inducido a que de manera oficiosa se designe el delito con el nombre de *tráfico de influencias*,² y hasta que se siga de cerca las opiniones de los juristas hispanos. En la primera hipótesis del art. 430 CP español, el verbo principal es *solicitar*, y el medio, el hecho de *ofrecer*. Por tanto, el delito se consuma con el acto de solicitar y no con el de ofrecer. De modo que, por ejemplo, el verbo *invocar* de nuestro art. 400 no debe ser comprendido como ‘solicitar’ y tampoco puede ser considerado como el verbo que indica la acción incriminada central (recibir, hacer dar o prometer).

Lo mismo debe señalarse respecto a la legislación y doctrinas francesas. Aun cuando respecto al derogado art. 178 CP francés es interesante destacar que se hablaba de solicitar o aceptar («solliciter ou agréer», «cualquier favor» («des faveurs quelconques»), y de «influencia real o supuesta» («influence réelle ou supposée»). Es asimismo interesante que el legislador galo prevea agregar, en los proyectos de reforma en curso, la expresión «en todo momento». Su objetivo es facilitar la represión simplificando la prueba de los elementos del delito.

De lo expuesto, aparece, por tanto, como más conveniente —debido a las diferencias existentes— tener en cuenta los análisis hechos sobre la base de las disposiciones legales más parecidas al art. 400. Dichas diferencias imponen que se haga una interpretación conforme a las peculiaridades de nuestra ley y al contexto normativo en que está inserta.

IV. INSUFICIENCIAS FORMALES

1. Deficiencias de redacción

Las deficiencias del art. 400 se deben tanto a que el legislador ha descrito el comportamiento incriminado de tal modo que puede realizarse de diversas

2 Es esta una denominación que no concuerda con todas las formas en que puede materializarse el delito previsto en el art. 400, por lo que en lo posible tratamos de no usarla.

maneras, como también a la redacción deficiente y a la peculiar terminología utilizada. Estas deficiencias resultan de la manera incorrecta de utilizar las fuentes legales, hecho que aumenta la dificultad de utilizar los aportes teóricos foráneos.

El art. 400 —en el ámbito de los delitos contra la administración pública— no es el único caso de defectuosa técnica legislativa. Otro es el del art. 399, en el que se describe el delito mediante las palabras «el que trata de corromper a un funcionario», lo que da a entender que se reprime la tentativa como delito consumado, sin que quede del todo claro el límite del comportamiento punible. Además, la situación empeora debido a la manera en que se han introducido nuevas formas delictuosas en el Código Penal.

Uno de los principales malentendidos provocado por la deficiente redacción concierne a la determinación del verbo típico principal. Con frecuencia se afirma que el comportamiento central es el de invocar, cuando en realidad constituye uno de los medios, junto al ofrecimiento de interceder para llevar a cabo el hecho de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja cualquiera. Otro equívoco consiste en considerar indispensable que el comportamiento se efectúe, sucesivamente, por los actos de invocar y ofrecer, mediante los que debe determinarse al tercero interesado a entregar, dar o prometer una ventaja cualquiera, comportamientos que deben desembocar en los actos de recibir, hacer dar o prometer de parte del agente.³

Resulta preferible considerar, más bien, que los comportamientos incriminados están expresados por los verbos *recibir*, *hacer dar*, *hacer prometer*. No se trata, pues, solo de «verbos rectores complementarios».⁴ Cada uno designa un comportamiento que puede ejecutarse de manera simultánea a la utilización de los medios previstos en el tipo legal o como una consecuencia del empleo de estos últimos.

Para comprender esta manera de leer el tipo legal del art. 400, se debe prestar mucha atención a la redacción del texto. En primer lugar, al empleo del término *invocando*, que también fue utilizado en el derogado art. 147 CP colombiano. En el art. 476 CP español de 1928, por el contrario, se hablaba de «aparentando influencias». Sin embargo, los tres artículos se inspiran en el texto del art. 346 CP italiano, en el que se dice «chiunque millantando»,

3 Cfr. ROJAS VARGAS 2001: 436 y ss.

4 Cfr. ROJAS VARGAS 2001: 437.

expresión que significa ‘alegando, exagerando’ tener influencias. Si bien el texto español es más fiel al italiano, no significa que la palabra *invocando* deba ser comprendida en el sentido de ‘aparentando’. Lo impide el hecho de que en nuestro texto legal, a diferencia del español, se alude expresamente tanto a influencias reales como simuladas y, por tanto, sería un contrasentido decir, respecto a las segundas, que el agente actúa «aparentando influencias simuladas» (dar a entender lo que no es).

El término *invocando* debe ser comprendido, en consecuencia, teniendo en cuenta —además de las referencias hechas al derecho comparado— la particular manera como es utilizada por el legislador peruano: el gerundio del verbo *invocar*. Esta forma significa simultaneidad o anterioridad del hecho de invocar respecto al de recibir o hacerse prometer. Es decir, comunica a la acción verbal una dimensión de duración. Esto permite afirmar que la acción de invocar, por ejemplo, puede tener lugar con anterioridad, pero también puede darse de manera simultánea a la de recibir, hacer o prometer.

El sentido en que debe ser entendido el término *invocar* no debe ser el primero que señala el Diccionario de la Real Academia Española:⁵ «Demandar ayuda mediante una súplica vehemente». Es, más bien, el interesado en que se influya sobre un funcionario quien, con frecuencia, recurre a solicitar favor o auxilio para resolver sus problemas judiciales o administrativos. Por el contrario, resulta más coherente tener en cuenta el segundo significado indicado en dicho diccionario, en la medida en que se refiere a alegar (por ejemplo, cuando se cita una ley, costumbre o razón), en el sentido de demandar ayuda mediante una súplica vehemente. Así, se comprendería que el agente del art. 400 expone al tercero las influencias de que dispone, por ejemplo, para convencerlo de que tiene la capacidad de interceder en su favor ante el funcionario o servidor público.

No es necesario, por tanto, atribuir al término *invocar* el sentido de convenir o acordar la venta de influencias (por influencia de la expresión «venta de humo», no conforme a nuestra ley). El aspecto de acuerdo o convenio del comportamiento delictuoso está indicado, como luego lo veremos, por los verbos principales del tipo legal. El factor central es el de recibir, hacer dar o prometer ofreciendo interceder y no la invocación de influencias (medio delictivo).⁶

5 Vigesima segunda edición, 2001.

6 FIANDACA y MUSCO 1993: 311. Cfr. FERREIRA 1995: 116.

La posibilidad de concebir el comportamiento también como un conjunto de actos que se producen en forma paralela es, asimismo, reforzada por la manera en que se hace referencia al «ofrecimiento de interceder». El agente, al mismo tiempo de recibir, hacer dar o prometer una ventaja de parte del tercero, le ofrece interceder. De este modo, refuerza el convencimiento con que interviene el tercero, el mismo que puede, previamente, haber ofrecido la ventaja.

Por la manera en que está redactado el texto se puede pensar, primero, que el agente invoque, reciba y, luego, ofrezca interceder; segundo, que invoque y que al recibir ofrezca interceder; tercero, que en un mismo lapso —indistinta y estrechamente relacionados— se produzcan los tres actos. En todo caso, lo interesante por ahora es subrayar que la referencia al ofrecimiento de una ventaja permite atribuir al art. 400 el sentido amplio que proponemos: realización sucesiva o simultánea de los actos en cuestión.

En el art. 147 CP colombiano, tomado en cuenta por nuestro legislador, en lugar de prever el elemento objetivo de ofrecer, se preveía un elemento subjetivo con las palabras «con el fin de obtener favor de un empleado». De este modo, el agente, al invocar influencias, debía hacerlo con el móvil de lograr ese objetivo. El acto material de ofrecer interceder —contrariamente a lo previsto en nuestra ley— no necesitaba realizarse porque no constituía un elemento objetivo del tipo legal. La simultaneidad de estos factores era evidente. Por ejemplo: recibir la ventaja para lograr que el empleado dicte una resolución en un sentido determinado.

También se percibe esta posibilidad de simultaneidad en la descripción contenida en el art. 404 bis c CP español derogado. Se dice «[...] los que ofreciendo hacer uso de influencias [...] solicitaren dádivas [...]». Al momento de solicitar, el agente bien puede justificar su pedido de pago afirmando que puede intervenir ante el funcionario respectivo. No implica, por tanto, que necesariamente alegue primero tener influencias y luego reclame la dádiva a la persona interesada.

En el art. 346 CP italiano no se menciona que el agente ofrezca interceder, ni que su fin sea obtener favor de un empleado, sino que considera que el dinero o utilidad debe ser, por ejemplo, recibida por el agente «como precio de su propia mediación». Lo que implica, en buena cuenta, que se trata de un elemento muy relacionado al hecho de que exista un vínculo con la intervención del tercero.

En la hipótesis de simultaneidad de actos —en especial, tratándose del caso en el que las influencias son reales— el comportamiento delictuoso, descrito en el art. 400, consiste en un comportamiento complejo en el que el agente y el tercero —sin importar quién es el que toma la iniciativa— actúan simultáneamente con la finalidad de lograr, por parte del autor, recibir, hacer dar o prometer una ventaja, invocando influencias y ofreciendo interceder; y por parte del tercero proponer, pedir al agente para que ejerza influencia y dar o prometer la ventaja. La segunda hipótesis es que los actos se desarrollen sucesivamente: el agente alega que tiene capacidad de influir, ofrece interceder ante funcionario y determina al tercero para que haga un acto de disposición en favor del agente o de un tercero.

De esta manera, el legislador ha buscado comprender en el tipo legal las diversas formas en que tienen lugar, generalmente, los comportamientos dirigidos a influir de manera indebida en la toma de decisiones de los órganos de la administración pública, comportamientos que son cometidos casi en secreto y que se presentan como negociaciones en las que se discuten y establecen las condiciones (servicio y contraprestación) respectivas.

2. Indeterminación de los comportamientos incriminados

Los problemas de comprensión de la descripción del comportamiento delictuoso surgen, también, debido a la manera en que se enumeran las acciones incriminadas, enumeración alternativa y que implica que para la consumación del delito basta que el agente haya cometido una de las acciones mencionadas, no que haya utilizado uno de los medios (invocar, ofrecer interceder).

El art. 400 dice que el agente «recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja [...]». La coma después de la palabra *recibe* figura en el art. 147 CP colombiano, pero no en el art. 346 CP italiano. Por el contrario, en esta última disposición la expresión «para sí o para otro» aparece entre comas. Con ello se comprende, con cierta claridad, que concierne a los tres comportamientos. Por el contrario, en el texto peruano puede pensarse que dicha expresión solo está referida a *hacer proceder* o *prometer*, y no así a *recibir*, que está separada (esta última forma) por comas en el texto.

En esta perspectiva, se puede entender el art. 400, primero en el sentido de que, por un lado, el agente recibe del tercero la ventaja para su beneficio

personal y, por otro, hace que el tercero dé a otra persona la ventaja o que prometa conceder una ventaja a otra persona (no puede pensarse que se trate de hacer prometer que haga una promesa de dar a un tercero); segundo, en el sentido de que la acción de recibir también está relacionada con la expresión «para sí o para otro», lo que significa, entonces, que el agente puede recibir la ventaja tanto para su beneficio personal como para entregarla a un tercero. Sin embargo, en ese caso no aparece claro que el agente se haga dar por el tercero la ventaja para sí mismo, pues esto no es diferente de que la reciba (primera forma verbal).

Mediante el uso del verbo *recibir* el legislador ha pensado, en primer lugar, que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja. Mediante el acto de entregar —en caso de no existir pedido de parte de quien recibe— el que da empuja al agente a aceptar y recibir la ventaja, ocasión en que este último ofrece interceder, es decir, hacer lo que le pide el tercero. En este contexto —y globalmente— el comportamiento aparece como una negociación, en la que agente y tercero interactúan para alcanzar sus objetivos personales. Hablar de *tráfico de influencias* es incorrecto si con ello se busca hacer admitir que se trata, por un lado, de comerciar, negociar con dinero y mercancías y, por otro, de negociar de modo que se produzca un beneficio estrictamente patrimonial.

Las tres formas verbales escogidas por el legislador ponen en evidencia que la idea que este se hacía del desarrollo del comportamiento delictuoso era que podía también consistir en la simultaneidad de actos. De esta manera, pensaba abarcar el mayor número de variantes. Ese modo de proceder lo ha conducido —al menos con respecto a algunas de dichas variantes— a no respetar convenientemente el principio de legalidad.

V. POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 400

La comprensión de una disposición puede ser facilitada mediante la consideración de la ubicación que el legislador le ha dado, en general, dentro del ordenamiento jurídico y, en particular, al interior de una ley (en nuestro caso, en el Código Penal). El sitio escogido muestra las relaciones que la disposición tiene con las demás normas legales y, asimismo, pone en evidencia su finalidad. Esto último ocurre debido a que en el Código Penal las disposiciones de la parte especial son clasificadas de acuerdo con los bienes jurídicos protegidos.

Debido a la complejidad del tipo legal previsto en el art. 400, su colocación entre las disposiciones relativas a los delitos contra la administración pública no resulta muy coherente. Si se tiene en cuenta que estas infracciones se distinguen según sean cometidas por particulares o por funcionarios, no es claro por qué los comportamientos incriminados en el art. 400 han sido colocados en el segundo grupo, ya que según el texto legal pueden ser cometidos por cualquiera. Dicho de otra manera: en ninguna de las hipótesis contenidas en el art. 400 la comisión del delito supone la violación de un deber especial de función. Sin embargo, si se trata de un funcionario, este no debe actuar en el ejercicio de sus funciones, sino como un particular cualquiera; en caso contrario, incurrirá en un delito contra los deberes de función y, según las circunstancias, en concurso con lo previsto en el art. 400.

A diferencia de otras leyes, en el art. 400, a diferencia de lo que se prevé en otras disposiciones, no se exige de modo expreso que el agente tenga la capacidad de influir en la decisión del funcionario o servidor público. De manera implícita se toma en cuenta esta capacidad en el caso relativo a influencias reales, ya que estas hacen suponer que el agente puede efectivamente ejercer una influencia sobre el funcionario o servidor público. Sin embargo, la persona que simula tener influencias ante un funcionario determinado no tiene esa capacidad. Este proceder significa que el agente finge tener una capacidad que en realidad no posee.

Si no es equivocado, al menos sí es muy confuso hablar respecto al art. 400, sobre todo en relación con los casos de simulación de influencias de un sujeto activo sui géneris, en el sentido de que este solamente es «la persona que puede invocar la influencia». Cualquiera puede presentar una cosa fingiendo, imitando lo que no es (que las influencias son reales). En cambio, para alegar influencias reales es indispensable poseerlas verdaderamente. Es decir, la condición de autor está determinada por la diversidad de las hipótesis previstas en el art. 400.

VI. FINALIDAD DE LA PROTECCIÓN PENAL

1. Objeto del delito

Los defectos del texto legal —señalados de manera repetida— también repercuten en la determinación de lo que debe ser considerado como «objeto del delito» (cosa, relación, persona, por ejemplo, sobre la que recae la acción delictuosa).

En el art. 400, el bien que el agente recibe y el tercero da es indicado por el legislador peruano —igual que en los otros tipos legales de los delitos de corrupción de funcionarios— con las palabras «donativos, promesa o cualquier otra ventaja», los que no corresponden a los vocablos usados por el legislador italiano «denaro o altra utilità». Mientras tanto, el legislador colombiano utiliza las expresiones «dinero o dádivas». En realidad, el legislador peruano prefirió seguir utilizando la terminología del Código de 1924 (art. 349 y ss.).

El término *donativo* está mal empleado, pues proviene del verbo *donar* que significa «traspasar graciosamente a otro algo o el derecho que sobre ello tiene».⁷ Por lo tanto, *donativo* significa «Dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios».⁸ En la disposición analizada, no se trata de ninguno de estos casos. El tercero no entrega gratuitamente al agente la cosa (en el caso de «recibir»), sino como precio o retribución del ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público. Lo que debe retenerse es que el objeto materia del acto es algo de valor que beneficia a quien lo recibe.

Tampoco es acertado el uso de la palabra *promesas* para designar el objeto del delito. En primer lugar, porque si bien se pueden recibir o hacer dar promesas, no es coherente, como ya lo hemos destacado, hablar de «hacer prometer promesas». En segundo lugar, porque no se indica el contenido de la promesa. Hay que pensar que se trata de promesas referentes a donativos o a cualquier otra ventaja. Esta incongruencia se debe a que el legislador se inspiró sin mayor reflexión en el Código Penal colombiano e, indirectamente, en el italiano, en los que se hablaba de «hacer prometer», pero en referencia a dinero, dádivas u otra utilidad. Ignorar el término *promesas* no afecta la economía de la disposición; más bien, permite comprender mejor su sentido.

La expresión «otra ventaja» juega el papel de cláusula general que completa la breve lista constituida por «donativos y promesas» (mencionados casi a título de ejemplos). De esta manera, el legislador ha buscado evitar vacíos teniendo en cuenta las innumerables formas en que puede consistir la contrapartida del ofrecimiento de interceder que hace el agente, más aún, de los medios que se pueden utilizar para corromper a los funcionarios

7 *Diccionario de la Real Academia Española*, 2001.

8 *Diccionario de la Real Academia Española*, 2001.

(razón por la cual son mencionados en los tipos legales de los delitos de corrupción).

La expresión puede entenderse de manera restringida o amplia. En el primer caso, se trataría solo de las ventajas de orden patrimonial o, al menos, material. En el segundo, mientras tanto, cualquier prestación que comporte un beneficio al agente o a un tercero. Ninguno de estos criterios debe ser aceptado como tal,⁹ ya que el segundo extiende demasiado el campo de aplicación de la disposición y lleva a considerar realizada la condición aun cuando la utilidad o beneficio para el agente sean insignificantes. La comprensión restringida disminuiría en exceso la esfera de protección penal. Además, nada impide que un beneficio no patrimonial sea una ventaja relevante para la realización del comportamiento incriminado. El aspecto decisivo es que la ventaja dada o prometida sea válida como compensación al ofrecimiento de interceder.¹⁰ Dicha ventaja debe, en cierta manera, desempeñar el mismo papel que los donativos, por lo que deben tener cierta materialidad. En el Código Penal francés¹¹ —siguiendo una tradición legislativa— se enumeran largamente las ventajas que el traficante de influencias puede beneficiar. En su art. 433-1 (art. 178 CP precedente) se mencionan «distinciones, empleos [...] o toda otra decisión favorable».

Por todas estas razones hay que comprender la expresión «cualquier otra ventaja» en el sentido de comprender tanto beneficios patrimoniales como no patrimoniales,¹² pero que impliquen una utilidad apropiada para que el agente convenga en recibirla o aceptarla como objeto de la promesa de parte del tercero.

2. Bien jurídico

Como se desprende de todo lo expuesto anteriormente, los sentidos en que se ha considerado que deben ser corregidas las imprecisiones del texto o completadas sus lagunas solo son propuestas de cómo —desde nuestra perspectiva— debe escogerse uno de los posibles sentidos para atribuirle

9 FIANDACA y MUSCO 1993: 164.

10 Cfr. RICCIO 1964: 694.

11 Un caso muy citado y discutido en Francia es el de las ventajas de orden sexual. Cfr. JCP 1968 II 15359; nota sobre esta sentencia: SIGALAS 1969: 329; comentario: VITU. En Italia, igualmente, Cass. 8 de junio de 1965, *Foro Italiano*, 1966, II, p. 312.

12 ROJAS VARGAS 2001: 367.

un contenido. Dichas proposiciones están determinadas por criterios de valor (por ejemplo, justicia, oportunidad, probidad en el ejercicio de un cargo público, debido funcionamiento del sistema de control penal). Estos criterios se ponen en evidencia, por ejemplo, cuando se fija cuál es el bien jurídico que se protege mediante la represión del delito previsto en el art. 400.

En la doctrina comparada¹³ —basada en legislaciones diferentes aunque con rasgos comunes— la determinación del bien jurídico protegido ha dado lugar a una discusión profunda y aún persistente. En realidad, se trata de precisar cuál de los aspectos de la administración pública es el concernido. Algunos han sostenido¹⁴ que se tutela su prestigio ante el hecho de que el delincuente hace aparecer falsamente al funcionario como corruptible. Otros, considerando que se trata de una *vendita di fumo*, afirman que el bien protegido es el patrimonio del tercero.¹⁵ Del mismo modo, se ha sostenido que se tutela el buen y transparente funcionamiento de la administración pública.¹⁶

Para pronunciarse sobre esta cuestión es indispensable tener en cuenta el contexto legislativo y constitucional en el que se ha regulado el comportamiento previsto en el art. 400. El primer paso consiste en analizar su ubicación en la parte especial del Código Penal. Como ya lo hemos señalado, el legislador ha abandonado el criterio —vigente aún en el Código Penal derogado— de considerar el delito analizado como un caso de atentado contra el patrimonio (a título de delito de estafa).¹⁷ Lo ha ubicado en el título XVIII (sobre delitos contra la Administración pública). Dicho título está constituido por cuatro capítulos, de los cuales los dos primeros clasifican los delitos según sean cometidos por particulares o funcionarios. Como ya lo hemos destacado, el delito previsto en el art. 400 ha sido insertado entre los últimos, a pesar de que las personas que participan necesariamente son particulares o deben obrar como tales.

Como lo indica la designación del título XVIII, en principio, habría que considerar que el comportamiento en cuestión constituye, en general, un atentado contra la Administración pública, ataque que, por no preverlo el

13 SEMERARO 2000: 23 y ss.

14 MANZINI 1950: tomo V, p. 535; RICCIO 1964: 695.

15 ANTOLISEI 1995: 371.

16 PEDRAZZI 1968: 968; TAGLIARINI 1976: 316.

17 Cfr. *infra* N.º 84 y ss.

tipo legal, no necesita producir un resultado física y temporalmente separado de la acción.

Ahora bien, veamos qué sucede respecto a las diversas hipótesis previstas en el artículo comentado.¹⁸ Si el agente invoca influencias reales, significa que tiene la capacidad, es decir, el poder efectivo de influir sobre el funcionario; si, además, su ofrecimiento de interceder ante este es serio, se puede admitir que este comportamiento podría afectar el funcionamiento de la Administración pública, en particular si el funcionario o servidor público conoce el caso. El aspecto estrictamente concernido sería el proceso de la toma de decisiones por parte de los órganos de la Administración pública.

No se puede sostener lo mismo en el caso de que el funcionario o servidor público haya conocido el caso, pues ya no depende de él cómo continuará desarrollándose el proceso judicial o administrativo. Esta hipótesis supone, más bien, que quien otorga la ventaja o la promete ignora realmente el estado en que se encuentra su caso, o que haya sido engañado por el agente. En ambas situaciones, no es más la marcha o el funcionamiento de la Administración pública (el proceso de tomar decisiones) lo que es comprometido, salvo que se suponga que dicho funcionario puede aún, de alguna manera, influir sobre los actos del funcionario que en su lugar tendrá a su cargo el proceso. De lo contrario tendría que pensarse que el objetivo del legislador, en cuanto a esta hipótesis, es proteger el prestigio del funcionario y, por tanto, el de la administración a la que pertenece.

Con mayor razón es posible negar que dicho efecto puede producirse cuando el agente simula influencias, lo que implica un engaño o fraude e, igualmente, que su oferta de interceder no es seria porque carece de capacidad real para influir en la decisión del funcionario o servidor público, y menos aún cuando este ya no conoce más el caso. Si algún lejano peligro para el funcionamiento correcto de la Administración pública podría aún imaginarse en la hipótesis del párrafo precedente, la creación de este peligro resulta muy poco probable. Más aún, en esta perspectiva resulta poco verosímil que la acción sea adecuada para perjudicar la administración pública.

De todo esto no se puede deducir que el art. 400 contradiga al principio de lesividad,¹⁹ pues hay que admitir que de alguna manera los comportamientos

18 Cfr. *supra* N.º 41, 44.

19 En relación con el derecho español, cfr. CUGAT MAURI 1997: 240 y ss., y la bibliografía ahí citada.

descritos en el tipo legal tienen que ver con el funcionamiento de la Administración pública.²⁰ El vínculo está dado por el hecho de que la Administración pública requiere gozar de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades, en beneficio del tratamiento igual de todos los que recurran a ella o estén sometidos a sus órganos. Invocar influencias —reales o simuladas— con el ofrecimiento —serio o no— de interceder ante un funcionario o servidor público supone hacer comprender al tercero que este es corruptible, y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la Administración pública. Este hecho ha sido considerado por el legislador como un factor que puede crear un ambiente desfavorable para el buen funcionamiento de la administración, en especial del proceso de toma de decisiones. Así, en esta perspectiva se puede afirmar que se trata de un delito de peligro abstracto.

Otra cuestión es saber si todas las hipótesis previstas en el art. 400 son propias para crear dicho peligro de un modo tal que sea justo recurrir al derecho penal para reprimir a los responsables. La respuesta solo puede ser afirmativa, sin duda, cuando las influencias invocadas sean reales, ya que el agente tiene la capacidad de ofrecer con seriedad interceder ante el funcionario y, llegado el caso, de hacerlo realmente (de suceder así se podría configurar aun otro delito contra la Administración pública).

Por el contrario, la respuesta es negativa en los casos en que se trata de influencias simuladas. Aquí el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcionario o servidor público se presenta muy lejano, más aún si el ofrecimiento de interceder es completamente vacío, en razón, precisamente, de la ausencia de poder para influir sobre el funcionario. Respecto a esta segunda hipótesis, el art. 400 prevé de manera muy amplia un delito de peligro abstracto, lo que lleva —conforme al criterio de la *ultima ratio*— a plantear la cuestión, por un lado, de si es correcto de reprimir, como lo ha hecho el legislador peruano, todos los casos previstos en el art. 400 y, por otro, si no debería hacerlo, como nosotros lo creemos, en las hipótesis en que no existe la posibilidad de que el agente interceda

20 Es interesante indicar que en una reciente sentencia de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Colombia, del 19 de marzo de 2002, se afirma que el tráfico de influencias (ahora, caso agravado de estafa) «[...] sigue considerándose punible por el legislador [en el nuevo Código Penal], es lesiva y merece reproche, por afectar preponderantemente el bien jurídico del patrimonio y en otro plano los bienes jurídicos de la administración pública y la administración de justicia».

ante el funcionario o servidor público para influir en sus decisiones. Hacerlo constituye una violación del principio de que solo debe recurrirse al derecho penal cuando un bien jurídico fundamental es perjudicado o puesto en peligro de manera significativa.

Tratar de impedir la aplicación del art. 400 calificándolo globalmente como contrario a la Constitución o a los principios de lesividad o de proporcionalidad de penas no es del todo correcto por no ser cierto respecto a todo su contenido. Si los jueces ejercieran realmente su poder, podrían al menos no aplicar el art. 400 respecto a los casos insignificantes por no representar un peligro serio para el funcionamiento de la Administración pública (reducción teleológica del tipo legal).

VII. DIFICULTADES RELATIVAS A LA PARTICIPACIÓN DELICTUOSA

1. Intervención necesaria del tercero

Su deficiente redacción, su equívoca ubicación sistemática y su imprecisa terminología han dado lugar a numerosas y diversas opiniones respecto al papel atribuido al tercero que interviene en la comisión del delito. Materialmente, este debe realizar el acto que constituye la contrapartida de los verbos típicos *recibir*, *hacer dar* o *hacer prometer* una ventaja para el agente mismo o para un tercero (no necesariamente el funcionario o servidor público concernido).

Mediante su comportamiento, el tercero hace que el accionar del agente se consume, de modo que su intervención es indispensable para la realización completa del delito. Se trata, pues, de un delito plurisubjetivo, en el sentido de que —conforme al texto legal— su realización no puede producirse sin la participación de dos o más personas. Esta manera de concebir la realización del delito es utilizada por el legislador en el Código Penal de diferentes modos y con diversos objetivos.

Por ejemplo, el delito previsto en el art. 315 solo puede tener lugar si un número indeterminado de personas se reúnen de manera tumultuosa y cada una es autor, aun cuando ellas mismas hayan sido objeto de violencia sobre sus personas. Por el contrario, en el caso de la estafa (art. 196), si bien el delito requiere la participación de quien sufre el perjuicio patrimonial —motivada por el comportamiento fraudulento del estafador—, solamente este es

reprimido como autor de estafa, mientras que quien actúa bajo la influencia del engaño es la víctima del delito.

La estructura del delito previsto en el art. 400 es casi la misma que la del delito de estafa, sobre todo en las hipótesis en que el agente simula influencias y, por tanto, no puede ofrecer seriamente interceder ante el funcionario o servidor público. La similitud es casi perfecta cuando la ventaja dada o prometida constituye un bien patrimonial. Por ello, conforme al Código penal de 1924, se reprimía este tipo de comportamiento como un caso de estafa (influencia mentida, art. 244) y defraudación «[...] con pretexto de supuesta remuneración a los jueces o empleados públicos» (art. 245.8).²¹

No es el caso, por el contrario, cuando el agente alega influencias reales y el tercero, sabiendo que efectivamente es así, consciente y voluntariamente concede la ventaja confiando en que el ofrecimiento del agente de interceder ante el funcionario o servidor público es serio. Su intervención no puede ser comparada ni con la de quienes participan en reunión tumultuosa (no son considerados como autores al mismo título que el agente que recibe ventaja alegando influencias) ni con la de quien es engañado en caso de la estafa porque no es víctima sino, más bien, potencial o real beneficiario del ofrecimiento del agente.

El legislador no ha establecido expresamente si y cómo el tercero debería ser considerado penalmente responsable; como lo hace, por ejemplo, en el caso del delito de matrimonio ilegal. La ejecución de este delito implica la participación necesaria de dos individuos. ¿Qué responsabilidad penal atribuirles? Si ambos son casados no hay problema, ya que realizan en conjunto el delito y, por tanto, cada uno es autor (no coautores). Si el varón es casado y oculta a la mujer su estado civil, será reprimido conforme al art. 139, párrafo primero. Pero si se trata de una soltera, que actúa de buena fe o engañada por el varón, queda impune a pesar de que sin su intervención el delito no hubiese sido consumado. El engaño, conforme al párrafo segundo de esta disposición, constituye una circunstancia agravante. En cambio, si

21 En el Código Penal vigente ha sido previsto el antiguo tráfico de influencias (art. 147) como un caso agravado de estafa. En la sentencia del 19 de marzo de 2002 de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se afirma: «[...] la conducta ontológica consistente en invocar influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, fue recogida bajo el nomen iuris de estafa agravada por los artículos 246 y 247 del nuevo Código Penal».

hubiera actuado sabiendo que el varón era casado y si, hipotéticamente, imaginamos que el legislador no hubiese regulado este caso, habría sido indispensable determinar si y cómo reprimirla. No hubiera sido posible considerarla autora del delito porque no reúne la condición de casada. La cuestión se hubiese tenido que plantear en el nivel de la participación delictuosa secundaria o accesoria. El legislador ha respondido de manera expresa previendo que esta conducta será reprimida a condición de que se contraiga el matrimonio sabiendo que el otro contrayente es una persona casada.

Como el legislador ha omitido regular de manera explícita la situación respecto al art. 400, se puede, sin embargo, sostener que el tercero —por la manera en que se individualiza al agente— no puede ser considerado autor individual ni coautor. La coautoría supone un acuerdo previo, el *animus auctoris* de cada participante y el dominio de hecho de la realización de la infracción. Estas condiciones no pueden darse en el caso analizado. Sin embargo, queda abierta la cuestión de si podría responsabilizarse al tercero de acuerdo con las reglas de la participación secundaria (instigación o complicidad).²²

2. Instigación

Según el art. 24, es instigador quien, consciente y voluntariamente, determina a otro a cometer un hecho punible de manera que mediante sus actos debe hacer que el instigado realice el comportamiento delictuoso concreto. Poco importa —salvo casos graves de violencia— el medio que utilice el instigador. El aspecto decisivo es que cree las circunstancias apropiadas para que el tercero decida pasar a la ejecución del delito. También lo es que quiera la comisión de la infracción, infracción que debe ser ejecutada con intención por el instigado. Evidentemente, la persona que ya está decidida a cometer el hecho delictuoso concreto proyectado por el «instigador» no puede ser instigado. Por el contrario, un delincuente a sueldo, en principio dispuesto a cometer delitos por recompensa, puede ser convencido para que cometa un crimen determinado.²³ Lo mismo puede acontecer con quien hace de la corrupción de funcionarios el medio para beneficiarse personalmente. El factor decisivo es, como dice la ley (art. 24), «el hecho punible»

22 Cfr. *infra* N.º 95 y ss.

23 HURTADO POZO 2000: N.º 548.

(concreto). De no admitirse este criterio, para evitar la represión —cuando no se está dispuesto a ejecutar personalmente el delito— bastaría con dirigirse a uno de estos personajes para hacer que lo cometa.

En el caso del art. 400, y en relación con la intervención del tercero interesado en que se ejerza influencia sobre el funcionario o servidor público, el análisis de si este funcionario puede actuar o no como instigador depende mucho de la manera en que se comprende la descripción del comportamiento contenida en dicha disposición. Así, si se entiende que el comportamiento consiste siempre y únicamente en la secuencia de —primero— invocar influencias, —segundo— ofrecer interceder y —tercero— decidir al tercero a, por ejemplo, entregar una dádiva, resultará difícil admitir que la iniciativa proviene del tercero con la finalidad de persuadir al agente a realizar el delito previsto en el mismo art. 400. Dicho de otra manera, si se considera que el verbo principal es *invocar*, no es admisible que el tercero persuade, convenza al agente para que este invoque ante el mismo tercero influencias reales o simuladas y que le ofrezca interceder ante el órgano de la Administración pública («Invoca ante mí, ofréceme interceder y persuádeme de que te dé una ventaja cualquiera»). Aun cuando la comparación no es del todo correcta, por razones prácticas se puede decir que sería como admitir, en el ejemplo de la estafa, que la persona estafada pueda persuadir al delincuente para que la engañe.

En cambio, si constatamos, primero, como lo hemos planteado, que el comportamiento delictuoso está individualizado por los verbos *recibir*, *hacer dar o prometer*; y que la descripción del comportamiento delictuoso en el tipo legal comprende también los casos en que los participantes necesarios (agente y tercero) actúan con simultaneidad, de modo que se influyen recíprocamente, luego podríamos afirmar que los hechos revestirían la forma de una negociación en la que, por ejemplo, quien está en posición de ejercer influencia sobre un órgano de la Administración pública trata con la persona interesada en que se resuelva favorablemente para sí un caso judicial, y le sugiere que tal vez pueda interceder ante el juez que conoce el caso, ocasión en que ambos exponen lo que pueden hacer, uno para influir y el otro para compensar, hasta que logran ponerse de acuerdo, y concluye con la acción de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja.

Vistas las cosas en esta perspectiva (diferente a la que se tiene cuando se trata de invocar influencias simuladas), se trataría, en buena cuenta, de un conjunto de actos destinados a torcer la marcha de la Administración pública. La coincidencia de las voluntades del agente y del tercero no se

debe a que el agente persuade a este último a dar la ventaja, ni a un acuerdo previo propio de la participación en coautoría, sino a la influencia del tercero sobre el agente para que este se decida (instigación) o para reforzar su decisión delictuosa (complicidad psíquica o intelectual). En caso de lograrse que, por ejemplo, el juez dicte la resolución buscada, esto puede constituir, según las condiciones concretas, un caso de participación en la infracción especial consumada (corrupción, cohecho, por ejemplo), circunstancia en que se presentaría una cuestión de concurso de delitos.

Así, de no tener lugar, por diversas razones, el acto judicial o administrativo esperado por el tercero interesado, puede admitirse —de acuerdo con los hechos indicados y con las diferentes hipótesis comprendidas en el art. 400— que este último ha propiciado que el agente alegue, explique qué influencias puede ejercer para ayudarlo y que le prometa interceder en su favor y, así, obtenido que acepte recibir la ventaja que está dispuesto a darle o prometer a un tercero. Esta interpretación es factible y admisible, como lo hemos subrayado, en razón de que el legislador ha redactado el tipo legal con la finalidad de comprender los diversos casos de tráfico de influencias y permitir la represión, debido a que resulta más fácil probar los hechos.

3. Complicidad

En esta perspectiva, es posible, asimismo, sostener que el tercero puede ser responsabilizado a título de complicidad, en caso de no haber ido tan lejos en su intervención, como en el ejemplo dado, de manera que pueda configurarse la instigación. Esto se explica por el simple hecho de que sin su colaboración no se hubiera cometido el delito (art. 25), intervención voluntaria que debe hacerse sabiendo que se contribuye a que se cree la situación de peligro, y que implica la posibilidad de que el agente influya indebidamente en el funcionario o servidor público. Así, esta argumentación concierne a los casos en que se trata de influencias reales en oposición a los casos de influencias simuladas. La responsabilidad a título de complicidad es facilitada porque esta puede ser de orden material o intelectual. En cuanto a esto último, mediante su contribución estimula la decisión del agente y así contribuye a la realización del delito.

4. Aspecto subjetivo

En el aspecto subjetivo, la complicidad y la instigación son comportamientos dolosos, conforme a las exigencias expresas de la ley (arts. 24, 25).

El instigador debe tener tanto el dolo de instigar como el de que el instigado ejecute el comportamiento delictivo.²⁴ En los dos niveles, el instigador puede incurrir en un error sobre los elementos del tipo legal objetivo,²⁵ caso en el que desaparecería la intención y, por tanto, no se daría la instigación. Sin embargo, dada la manera en que está estructurado el tipo del art. 400, resulta difícil imaginar que, por ejemplo, quien busca ayuda ante quien tiene el poder de influir sobre un funcionario no sepa que sus actos (propuestas, pedido, acuerdo) no empujan a aquel a aceptar el donativo o la promesa de una ventajá para sí o para otro.

Ser consciente de lo que se hace o de su significación es importante en el nivel de la culpabilidad, ya que puede influir en la formulación del reproche que se hace al agente de no haber actuado conforme a derecho teniendo la capacidad de hacerlo. En este nivel lo importante es saber si el imputado tenía razones suficientes para creerse con derecho a actuar de la manera como lo hizo (error sobre el carácter ilícito del acto típico).²⁶ Como en principio sabe que su comportamiento es contrario a derecho, puede acontecer que crea actuar bajo la protección de una circunstancia de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, acto permitido u ordenado por la ley, etc.). No es suficiente, por el contrario, el hecho de que se trate de un comportamiento frecuentemente permitido y tolerado (no reprimido eficazmente) para creer que ha dejado de ser ilícito, sobre todo, cuando en la realización de la infracción está comprometida una persona que forma parte del aparato estatal que, por su función, debería hacer respetar los mandatos del ordenamiento jurídico (el hecho de que los «pillos» tengan la vía libre no significa que todos pueden contribuir a que cometan sus fechorías y a aprovecharse de ellas).

24 HURTADO POZO 2002: N.º 802 y ss.

25 HURTADO POZO 2002: N.º 221 y ss.

26 HURTADO POZO 2002: tomo II, N.º 536 y ss.

5. Represión del tercero como participante secundario

Ahora bien, aun cuando sea posible poder calificar de instigación o complicidad la intervención del tercero, queda abierta la cuestión de si el legislador ha admitido o excluido su represión en tanto que participe.

Cualquiera que sea la manera en que el delito ha sido descrito en la ley, los autores han respondido de modo diferente a esta cuestión. Así, se puede afirmar que el texto legal, aunque base del principio de la legalidad, no impone una sola respuesta, sea afirmativa o negativa. Esta constatación es, en realidad, superflua, ya que constituye una simple confirmación de lo que es la interpretación de la ley.

Se afirma la impunidad del tercero, al considerar que los actos de este y del agente deben ser valorados de modo distinto, y que, en realidad, lo realizado por el tercero no afecta al bien jurídico protegido. Por tanto, solo el agente merece ser reprimido penalmente. Esta puede haber sido la percepción del legislador. Este argumento constituye, en buena cuenta, una consecuencia del principio de la legalidad (art. 1) y, a veces, es reforzado al destacarse que la instigación no se da o, al menos, puede no darse en la medida en que aparece coherente «con la struttura della norma, incardinata sulla nota modale della millanteria».²⁷ Esta opinión es admisible de acuerdo con la manera en que el delito ha sido tipificado en el art. 346, párrafo 1 del CP italiano (al cual se refiere la opinión citada), en la medida en que *millanteria* implica hasta cierto punto un comportamiento fraudulento (jactarse, vanagloriarse, farolear de tener influencias). De este modo, se acerca, en cierta manera, al actuar del estafador. Por lo tanto, es admisible que en este contexto se niegue la posibilidad de que se dé la instigación. Pero este no es el caso del art. 400 CP peruano, sobre todo en la hipótesis en que el autor, por ejemplo, recibe una ventaja y para lo cual invoca (alega, manifiesta tener) influencias reales, así como tiene el propósito firme de interceder ante el funcionario que debe decidir.

Respecto al criterio de la impunidad basada en la aplicación del principio de legalidad, hay que destacar que ciertos autores que rechazan que se aplique de manera general y absoluta a todos los delitos plurisubjetivos. Proponen,²⁸ por el contrario, que se tenga en cuenta la *voluntas legis*, es

27 DI MARTINO 2001: 164.

28 Es el caso de ANTOLISEI (1995: 497), aunque niega la instigación en caso de la *millanteria* conforme al derecho italiano.

decir, mediante la verificación de si dicha impunidad corresponde o no a la finalidad de la norma. Con este objetivo se deberá tener en cuenta si lo realizado por el partícipe es solo el mínimo requerido para que se consuma la infracción (entregar el dinero solicitado por el delincuente) o si su comportamiento va más allá de este límite legal.²⁹ En este sentido, el hecho de que el tercero intervenga de manera más consecuente y decisiva justifica que se aplique la regla referente a la instigación.

Asimismo, se sostiene, por un lado, que teniendo en cuenta que el delito reprimido es la «venta de humo», el tercero (comprador de humo) es la víctima del delincuente y, en consecuencia, no debe ser reprimido;³⁰ por otro lado, negando que el tercero sea víctima, ya que participa en el perjuicio del bien jurídico, se preconiza su impunidad por razones de política criminal, en particular, para permitir que sea el mismo tercero quien denuncie al delincuente³¹ (una especie de derecho penal premial).

Estos criterios, tradicional y ampliamente expuestos en la doctrina, han sido fuertemente cuestionados debido a su falta de concordancia con la ley y al carácter apriorístico de las afirmaciones expresadas.³² Así, respecto a nuestra ley, resulta simplista afirmar que en todos los casos considerados en el art. 400, el tercero sea la víctima del delincuente, por ejemplo, cuando se sabe que aquel tiene el poder de influir en el funcionario y está dispuesto a obtener la intervención más favorable para sí, cualquiera sea la contraprestación. Como lo hemos sugerido, se está casi ante un caso de «negocio delictivos», en el que el tercero actúa «como promotor del tráfico de influencias» en la medida en que es él quien demanda la intervención del delincuente y es el potencial beneficiario. Ambos se colocan en el mismo plano, lo que hace

29 En la doctrina —en particular en la alemana— se discute el problema respecto a la noción de *Mindestmitwirkung*, cfr. ROXIN 2003: § 26 N.º 50 y ss. También se habla de *rollenüberschreitende Teilnahme*, cfr. JAKOBS 1991: 24/12.

30 MANZINI 1950: 544 y ss.

31 Defendida también respecto a delitos más graves. Cfr. LEONE 1966: 16.

32 No existe unanimidad, por ejemplo, en la doctrina italiana (salvo que solo se tengan en cuenta los criterios tradicionales, error en el que incurre ROJAS VARGAS 2001: 439). Por ejemplo, FIANDACA y MUSCO (1993: 238, nota 22) y TAGLIARINI (1976: 332) se manifiestan a favor de la represión del tercero. En España, cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA 1997: 4041; CUGAT MAURI 1997: 244, quien cita a MORILLAS y PORTILLA s. d.: tomo XVI, p. 241. Según estos últimos, la persona a la que se solicita la remuneración o bien la que efectúa una promesa es cooperador o inductor, pero no autor, ya que según el Código Penal español, solo se reprime el «tráfico pasivo».

posible y hasta conveniente reprimir al tercero.³³ Lo mismo no puede sostenerse, con igual énfasis, cuando las influencias alegadas son falsas y en la medida en que el tercero es engañado. En estos casos, es posible considerarlo —dentro de ciertos límites, y a semejanza de lo que sucede respecto al estafado— una víctima del delito, por lo que no puede ser reprimido en estos casos como partícipe.

También se ha argumentado, en relación con tipos legales como los del art. 400, que tratándose, en realidad, de actos preparatorios reprimidos como delitos autónomos son inadmisibles la instigación y la complicidad. El punto de partida de esta afirmación es que, en principio, los actos preparatorios son impunes porque solo se deberían reprimir cuando se ha comenzado a ejecutar el delito (definición legal de la tentativa) por razones de política criminal y prácticas. Por su carácter ambiguo, en los actos preparatorios aún no es posible constatar, con seguridad, la voluntad criminal del autor.

Debido a la necesidad de combatir ciertas formas graves de delincuencia, desde hace unas décadas se tiende a castigar los actos preparatorios en forma limitada.³⁴ Se utilizan dos técnicas legislativas, una que propugna que se prevea una disposición en la parte general del Código Penal (como en el caso de la tentativa, instigación, etc.) y otra que —alegando mayor seguridad jurídica— prefiere que se establezca una o diversas disposiciones en la parte especial. Fuera de esta discusión, lo cierto es que en todo tiempo se ha extendido la represión a situaciones que solo constituyen actos preparatorios o tentativa respecto a otros delitos ya previstos en la ley penal.

Cabe citar como ejemplos los delitos de tráfico de drogas y terrorismo. Respecto a ellos, ciertos casos claros de comportamientos que constituyen la preparación de la ejecución de reales actos de terrorismo o tráfico son equiparados a la consumación de estos. Así, en el art. 296, párrafo segundo, se sanciona a quien comercializa materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, cuya fabricación o tráfico son reprimidos en el primer párrafo de la misma disposición. Entre los delitos tradicionales es oportuno señalar el caso de aquellos contra la fe pública, respecto a los cuales se reprimen los actos preparatorios como fabricar, introducir, conservar «útiles o instrumentos, destinados a la falsificación de [...] cualquier especie valorada» (art. 439).

33 PEDRAZZI 1968: 937. Cfr. TAGLIARINI 1976: 316, 332.

34 HURTADO POZO 2002: N.º 645 y ss.

Tratándose de modificaciones de las reglas sobre el proceso ejecutivo del delito en el sentido de desplazar el límite entre los actos impunes (actos preparatorios) y los punibles (desde que el accionar importa el inicio de la ejecución del delito), es claro que no pueden aplicarse dichas reglas a los casos de actos preparatorios elevados a la condición de delitos independientes. Esto se deduce tanto de la ley como de la definición misma de actos preparatorios: el hecho de realizar —conforme a una idea o plan delictuoso— actos de disposición de orden técnico o de organización de tal naturaleza y amplitud que indican que el agente se alistaba a comenzar la ejecución del delito (siguiendo el art. 260bis CP suizo). Se trata de una etapa previa a la tentativa, por lo que es excesivo y contrario a la sistemática misma del Código afirmar que se reprime el hecho de «comenzar la ejecución» de actos preparatorios.

En cuanto a la participación secundaria (instigación, complicidad), los autores no son contestes. Algunos sostienen que, en este caso, los partícipes deben permanecer impunes porque se trata de formas lejanas de intervención.³⁵ Otros afirman que deben ser reprimidos debido a que, a diferencia de lo que sucede respecto al proceso de ejecución del delito, el estatuir la represión —excepcional— de actos preparatorios en nada influye sobre la regulación legal relativa a la participación delictuosa.³⁶

No existe, al menos en nuestro derecho —aunque tampoco en otros—, razón de política criminal ni de interpretación legal que excluya necesaria y de manera general la aplicación de las disposiciones sobre instigación y complicidad. De lo contrario, habría que aconsejar que para evitar ser reprimido por falsificación de especies valoradas, lo inteligente es, por ejemplo, limitarse a proporcionar los fondos para que se fabrique o importen instrumentos que serán utilizados para falsificar dichas especies, ya que solo se podría reprimir a quien comete el «acto preparatorio» de fabricar o importar dichos instrumentos (art. 439). Este no puede haber sido el fin de política criminal del legislador.

La aplicación de estos criterios al delito previsto en el art. 400 depende de que se afirme o rechace que prevé también un caso de «actos preparatorios, reprimido a título de delito autónomo con el fin de extender el límite de la punibilidad de los actos tendientes a realizar un delito contra la administración pública. Al respecto hay que considerar que los comportamientos reprimidos

35 STRATENWERTH 2000: § 40 N.º 14; SCHWENTER 1983: 297.

36 BAUMGARTNER 2002: Art. 260bis, N.º 17.

en el art. 400 no se encuentran en relación, por ejemplo, con los delitos de corrupción de funcionarios, de la misma manera en que vinculados los actos reprimidos en el art. 439 respecto a los delitos contra la fe pública. Fabricar o introducir instrumentos «a sabiendas» de que son útiles para la falsificación es uno de los medios para ejecutar uno de los delitos de falsificación. Es decir, el comportamiento reprimido por el art. 400 no está en relación de medio a fin con la corrupción del funcionario. Esto es claro sobre todo en las hipótesis en que se invocan influencias simuladas, debido a que el agente no tiene capacidad de interceder ante el funcionario o servidor público, aún más cuando el mismo ofrecimiento de interceder ante estos no es posible. Cuando el agente invoca influencias reales tampoco se puede afirmar que el comportamiento del agente sea siempre una etapa de la ejecución del delito contra la Administración pública (corrupción, cohecho, etc.), en la medida en que el agente no debe necesariamente tener el designio de cometer uno de estos delitos. Y menos aún, en las hipótesis en que el funcionario (el blanco del ofrecimiento de interceder del agente) ya no conoce el asunto en el que el tercero tiene interés. El funcionario ya no puede resolver el caso en favor de los intereses del tercero, salvo que se imagine que puede servir de intermediario para influir sobre el funcionario que después de él conoce el asunto. Sin embargo, en este caso se está lejos de una relación directa de medio a fin.

En el caso de que una vez consumado el delito del art. 400 (por ejemplo, recibida la dádiva) el agente que ha simulado tener influencias o que estaba decidido a no interceder, a pesar de tener realmente poder de influir sobre el funcionario, procede a corromper a este último para obtener la decisión querida, y evitar así una eventual denuncia de parte de quien entregó la dádiva, incurre en dos delitos en concurso real heterogéneo. El segundo delito (corrupción) tiene lugar después de que se ha consumado el primero (conforme al art. 400).

En este sentido, y dentro de los límites indicados, el delito previsto en el art. 400 no es uno de los casos excepcionales en que el legislador tipifica actos preparatorios como delitos independientes. Por tanto, las reglas sobre la participación secundaria son aplicables debido a que no son incompatibles³⁷ con la manera en que el legislador ha regulado, en el art. 400, al menos en el caso de influencias reales, el comportamiento inculcado.

37 Cfr. ANTOLISEI 1995: 541.

Otra cosa es que para reprimir al instigador o al cómplice, cuando se trata de un delito «acto preparatorio» sea necesario que este sea consumado, y que no basta, como en el caso de todos los demás delitos, que el agente haya, al menos, iniciado la ejecución del delito. La razón es, precisamente, que la tentativa es imposible en caso de delitos que constituyen en sí «actos preparatorios».

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La interpretación, como proceso de atribución de un sentido a una disposición legal, tiene como punto de partida y contexto el texto legal. Por esto, desde la elaboración de este se debe prestar particular atención a la manera en que se va expresar el mandato legal. Con conciencia de la «natural» imprecisión del lenguaje, se debe tratar de utilizar términos apropiados, redactar de manera adecuada y describir de manera simple los actos y situaciones reguladas. El art. 400 CP Perú constituye un ejemplo claro de cómo no deben redactarse las disposiciones legales.

A la imprecisión del lenguaje hay que agregar el hecho de que la vida social es mucho más fecunda en la producción de comportamientos y relaciones que la imaginación del más previsora de los legisladores. Así, la comprensión de la norma y la determinación de los hechos que se han de juzgar no corresponden al tradicional silogismo jurídico, utilizado para explicar la aplicación de la ley a un caso concreto. El deficiente entendimiento del art. 400 —como si previera un solo comportamiento delictuoso— muestra el descuido con el que son analizadas este tipo de disposiciones legales. No se trata de un tipo de tráfico de influencias, sino de varias formas puestas en el mismo nivel de represión.

La comprensión de la disposición legal no puede limitarse a la simple delimitación del significado literal de las palabras y frases empleadas en su redacción. Su imprecisión no debe llevar a no prestarles la debida atención. Hacerlo conduciría a un anarquismo político que negaría la existencia misma de las normas. Estas existen y, a pesar de su ambigüedad y polisemia, constituyen el marco que todo intérprete debe respetar. La confusa redacción del art. 400 y la imprecisa terminología empleada no pueden invocarse para negar su existencia y, por tanto, su aplicación. Al desmontar las diversas hipótesis que contiene, hemos podido constatar que unas son más criticables que otras, pero no que todas ellas sean contrarias a los principios fundamentales del derecho penal.

Las propuestas hechas para comprender el art. 400 muestran que es indispensable recurrir tanto a criterios históricos como valorativos. Así, la determinación de la fuente legal de la regla establecida permite calar en la materia objeto de la regulación, lo que permite tanto percibir mejor el fin de política criminal perseguido como utilizar adecuadamente la doctrina foránea. Sin precisar qué normas de conducta se busca reforzar o qué intereses individuales o sociales se trata de proteger, resulta imposible escoger entre los diferentes sentidos posibles del texto legal cuál debe ser atribuido a este como su contenido más conforme a los criterios de justicia.

La modificación del art. 400 es indispensable para respetar mejor el principio de legalidad. Pero no en la creencia de que se logrará establecer un texto que delimite con claridad los comportamientos punibles, sino en la idea de que se debe establecer una base más apropiada para que el juzgador pueda argumentar mejor sobre la conveniencia de la solución interpretativa que plantea al condenar o absolver al procesado.

Sin embargo, la mejor comprensión de la ley, el adecuado esclarecimiento del sentido que le es atribuido, la justa apreciación de los intereses en conflicto son suficientes para la aplicación correcta de la disposición legal, es decir, para que los órganos competentes castiguen a los responsables y traten debidamente a los inocentes. La voluntad política de todo el aparato estatal es indispensable para que esto se haga realidad.