



FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA POSICIÓN DEL INTERESADO EN EL DELITO DE TRÁFICO  
DE INFLUENCIAS**

PRESENTADA POR  
**MARCO POLO GONZALES DIONICIO**

ASESOR:  
**LUIS FELIPE BRAMONT-ARIAS TORRES**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN  
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ**

**2018**



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada  
CC BY-NC-ND**

El autor permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**FACULTAD DE DERECHO**

**SECCIÓN DE POSGRADO**

**LA POSICIÓN DEL INTERESADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE  
INFLUENCIAS**

**TESIS PARA OPTAR**

**EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN CIENCIAS PENALES**

**PRESENTADO POR:**

**MARCO POLO GONZALES DIONICIO**

**ASESOR:**

**MG. LUIS FELIPE BRAMONT-ARIAS TORRES**

**LIMA-PERÚ**

**2018**

## **DEDICATORIA**

A mi madre, por ser mi fortaleza y mi ejemplo a seguir

## Contenido

RESUMEN .....	10
CAPÍTULO I .....	15
MARCO TEÓRICO .....	15
1. Antecedentes de la Investigación.....	15
2. La Participación .....	18
2.1. El Fundamento de la Participación .....	18
2.1.1. Teoría de la participación en la culpabilidad .....	20
2.1.2. Teoría de la pura causación .....	21
2.1.3. Teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito o de la causación orientada a la accesoriadad (promoción o causación) .....	23
2.1.4. Teoría de la participación como un ataque accesorio al bien jurídico tutelado .	25
2.1.5. Teoría de la participación en el ilícito referida al resultado .....	26
3. Tipos de Accesoriadad en la Participación .....	27
3.1. Accesoriadad Cuantitativa .....	29
3.2. Accesoriadad Cualitativa .....	30
3.2.1. Accesoriadad mínima .....	30
3.2.2. Accesoriadad limitada.....	31
3.2.3. Accesoriadad máxima o extrema.....	32
3.2.4. Hiperaccesoriadad.....	32
4. Formas de Intervención Delictiva.....	33

4.1. La Autoría.....	33
4.1.1. Sistema unitario de la autoría.....	34
4.1.1.1. Concepto unitario formal.....	34
4.1.1.2. Concepto unitario funcional.....	35
4.1.1.3. Teoría de la asociación criminal.....	37
4.1.1.4. Teoría del acuerdo previo.....	37
4.1.2. Sistema diferenciador.....	38
4.1.2.1. Concepto extensivo de autor.....	38
4.1.2.1.1. Teoría del dolo.....	41
4.1.2.1.1. Teoría del interés.....	41
4.1.2.2. Concepto restrictivo de autor.....	42
4.1.2.2.1. Teoría objetivo formal.....	43
4.1.2.2.2. Teoría objetivo material.....	44
4.1.2.2.3. Teoría de la necesidad.....	46
4.1.2.2.4. Teoría de la simultaneidad.....	47
4.1.2.2.5. Teoría de la causalidad directa o independiente.....	48
4.1.2.2.6. Teoría de la supremacía.....	48
4.1.2.2.7. Teoría del dominio del hecho.....	49
4.1.2.2.8. Teoría funcionalista de la autoría.....	53
4.1.2.3. Posición personal.....	54

4.2. La Instigación .....	55
4.2.1. Historia y evolución de la inducción en el mundo.....	56
4.2.2. Historia de la inducción en el Perú .....	65
4.2.3. Fundamento de la inducción .....	71
4.2.3.1. La inducción como causa determinante del hecho que ejecuta el autor. ....	72
4.2.3.2. La especial peligrosidad de la resolución criminal nacida a consecuencia de la actividad del inductor. ....	73
4.2.3.3. La inducción como subordinación del inducido a lo acordado con el inductor. ....	73
4.2.3.4. La inducción como dominio del plan delictivo .....	75
4.2.3.5. El inductor como desencadenante de un comportamiento asocial. ....	76
4.2.3.6. La posición del inductor como primer desencadenante doloso del hecho..	77
4.2.3.7. Posición personal .....	78
4.2.4. Los sujetos .....	78
4.2.5. La acción delictiva .....	79
4.2.6. Medios empleados en su comisión .....	81
4.2.7. Aspecto subjetivo.....	82
4.2.8. La inducción debe ser determinada a un hecho y a un autor .....	84
4.2.9. El exceso en la inducción.....	85
4.2.9.1. Exceso cuantitativo. ....	85

4.2.9.2. Exceso cualitativo .....	86
4.2.10. Diferencias de la inducción con otras formas de participación .....	86
5. El Delito .....	87
5.1. Categorías Jurídicas .....	88
5.1.1. Tipicidad .....	88
5.1.2. Antijuricidad .....	89
5.1.3. Culpabilidad.....	89
6. El Delito de Tráfico de Influencias .....	90
6.1. Tipicidad Objetiva .....	101
6.1.1. Sujeto activo .....	101
6.1.2 Sujeto pasivo.....	103
6.1.3. Acción típica .....	103
6.1.4. Medios empleados en su comisión .....	111
6.2. Tipo Subjetivo.....	112
6.3. Tentativa .....	112
6.4. Bien Jurídico Protegido .....	114
CAPÍTULO II .....	116
MARCO METODOLÓGICO.....	116
1. Planteamiento del Problema .....	116
1.1. Descripción de la Realidad Problemática .....	116

1.2. Formulación del Problema.....	118
1.2.1. Problema general .....	118
1.2.2. Problemas específicos.....	118
1.3. Objetivos de la Investigación.....	119
1.3.1. Objetivo general.....	119
1.3.2. Objetivos específicos .....	119
1.4. Formulación de Hipótesis .....	120
1.4.1. Hipótesis general.....	120
1.4.2. Hipótesis específicas.....	120
2. Justificación de la Investigación .....	121
3. Delimitación de la Investigación .....	122
3.1. Delimitación Temporal .....	122
3.2. Delimitación Espacial .....	122
3.3. Delimitación Social.....	122
3.4. Delimitación Física .....	122
4. Viabilidad de la Investigación .....	123
5. Diseño de la Investigación.....	124
5.1. Tipo de Investigación.....	124
5.1.1. No experimental.....	124
5.2. Diseño Muestral .....	125

5.2.1. Universo o población .....	125
5.2.2. Muestra .....	125
6. Técnicas para la Recolección de Datos.....	126
6.1. Descripción de los Instrumentos.....	126
6.1.1 Análisis documental.....	126
6.1.2 Validez y confiabilidad de los instrumentos.....	126
7. Aspectos Éticos.....	127
CAPÍTULO III.....	128
1. La Posición del Interesado en el Delito de Tráfico de Influencias .....	128
2. Principios Constitucionales Vulnerados por la Aplicación de una Sentencia Condenatoria al Interesado del Delito de Tráfico de Influencias.....	141
2.1. Principio de Legalidad en el Derecho Penal .....	141
2.1.1. Nullum crimen sine lege scripta, certa et praevia.....	146
2.2. Principio de Motivación de las Resoluciones Judiciales .....	150
CAPÍTULO IV .....	156
DISCUSIÓN .....	156
1. Análisis de las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el Delito de Tráfico de Influencias .....	156
1.1. Interesado-Instigador (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia) .....	156

1.2. Interesada-Instigadora (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia) ..	158
1.3. Interesado-Complicidad Primaria (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia).....	160
1.4. Interesado-Impune (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia) .....	161
1.5. Interesado-Impune (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia).....	167
1.6. Interesado-Impune (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia).....	174
1.7. Interesado-Impune-Absolución del Traficante (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia).....	176
1.8. Interesado-Impune-Prescripción (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia).....	178
1.9. Interesada-agraviada (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia).....	182
2. Análisis de las Sentencias de la Cortes Superiores de Justicia sobre el Delito de Tráfico de Influencias .....	183
2.1. Interesado-Instigador-Impune (Corte Superior de Justicia de Lima-Tercera Sala Penal Liquidadora) .....	183
2.2. Interesado- Impune (Corte Superior de Justicia de Lima- Sala Penal Especial) ....	185
2.3. Interesada- Impune (Corte Superior de Justicia de Lima- Sala Penal de Apelaciones).....	187
3. Conclusiones .....	189
4. Bibliografía .....	192

## **RESUMEN**

En nuestra sociedad, como parte de la política criminal para hacer frente a los actos de corrupción, se viene sancionando al interesado del delito de tráfico de influencias en calidad de instigador, no solo, debido a la influencia psicológica que dirige sobre el traficante para que este ejecute el delito, sino también por su intervención durante la fase externa que resulta ser indispensable para su configuración normativa, sin embargo, la conducta de ese interviniente no se adecua a los argumentos dogmáticos que distinguen a la instigación como tal, desnaturalizando su esencia y trayendo consigo una afectación a los derechos fundamentales de los justiciables dentro de un proceso penal.

## **SUMMARY-ABSTRACT**

In our society, as part of the criminal policy to deal with acts of corruption, the person concerned has been sanctioned of the crime of influence peddling as an instigator, not only because of the psychological influence he has on the trafficker so that This executes the crime, but also for its intervention during the external phase that turns out to be indispensable for its normative configuration, however, the behavior of this intervener does not adapt to the dogmatic arguments that distinguish instigation as such, denaturing its essence and bringing with it an affectation to the fundamental rights of the justiciables within a criminal process.

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis trata que en la actualidad las diversas instancias jurisdiccionales del país, incluida la Corte Suprema de Justicia, vienen imponiendo una sentencia condenatoria al interesado del delito de tráfico de influencias en calidad de instigador, lo que no es correcto, pues lo adecuado sería que su conducta quedará impune por no haberse previsto como delito en la legislación penal, a pesar de que, ese actuar sea calificado como socialmente reprochable y debiera merecer una sanción penal.

La ausencia de un tipo penal determinado en el ordenamiento jurídico peruano imposibilita que ese comportamiento del interesado sea reprimido dentro del ámbito de la autoría, no obstante, debido a la naturaleza del delito de tráfico de influencias se le considera como un delito de encuentro donde resulta necesario la concurrencia mínima de dos personas para su configuración normativa. En el Código Penal se ha omitido la tipificación expresa de la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias sin haber tomado en consideración que en muchas ocasiones su intervención a través de una solicitud o requerimiento de ayuda, da lugar a que el traficante posteriormente realice la conducta prohibida que para el presente caso está dado por la invocación de influencias con el ofrecimiento de interceder frente un determinado funcionario o servidor, por esta razón, los operadores jurídicos al tratar de justificar la responsabilidad de ese interviniente recurren de manera errónea a la parte general del mencionado cuerpo legal, específicamente a la institución jurídica de la instigación. El desarrollo de esta investigación resulta imprescindible, porque que brinda los lineamientos doctrinarios que se debe seguir al resolver este tipo de conflictos jurídicos que desnaturalizan los fundamentos desarrollados por la dogmática penal acerca de la instigación.

Para analizar los obstáculos y las dificultades descritas se han revisado las situaciones concretas donde se produce la intervención del interesado, a efectos, de valorarse cada una de

ellas y de esa forma demostrar la incorrecta argumentación empleada al sancionársele como instigador. Para tal propósito, se ha formulado y delimitado debidamente el problema principal, así como los sub-problemas. Además, se ha precisado el objetivo general y los objetivos específicos a conseguir. La redacción de la hipótesis general y de las hipótesis específicas permiten dar respuesta satisfactoria a las interrogantes que se suscitaron durante el análisis de las resoluciones judiciales que sirvieron como muestra representativa, donde pudo evidenciarse claramente una afectación al principio de legalidad en materia penal y al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales al imponerse una pena al interesado como instigador del delito de tráfico de influencias.

En el marco teórico se han desarrollado las diversas teorías que sustentan las diferencias entre autoría y participación (en sentido estricto), lo que me ha permitido establecer cuáles son los rasgos o características que los distinguen, a fin de demostrar que la conducta del interesado no puede ser subsumida dentro de la instigación conforme se viene haciendo actualmente, pero sí, podría ser objeto de una tipificación posterior como un delito autónomo por tener una naturaleza delictiva.

De la misma manera, se ha abarcado el estudio de las teorías, la naturaleza, las características, los medios empleados, los sujetos intervinientes, la evolución, el origen y otros aspectos relacionados a la instigación para determinar en qué casos resulta atribuible a una persona ese título de imputación. La investigación también ha comprendido el desarrollo del tipo objetivo y subjetivo del delito de tráfico de influencias para establecer sus alcances y ámbito de aplicación.

Finalmente, se ha realizado el análisis de los diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia y de las Cortes Superiores en torno a la presente problemática y, asimismo, se ha valorado aquellas situaciones que tendrían conexión con este asunto con el propósito de verificar si

resulta admisible sostener la concurrencia de la instigación en la conducta del interesado, concluyendo que no es razonable en ninguno de los supuestos.

## CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

### 1. Antecedentes de la Investigación

En primer lugar, destaca el trabajo desarrollado por Julio Antonio Rodríguez Delgado donde se hace mención que, al interesado del delito de tráfico de influencias no se le puede sancionar a título de autor o cómplice. Con relación a la autoría, si bien, la intervención del interesado es calificada de imprescindible para la existencia de esta clase de delitos (partícipe necesario), no obstante, la legislación nacional no prevé de manera expresa que esa conducta sea susceptible de una represión penal, tal como si lo hizo para otro tipo penal (cohecho).

Tampoco puede atribuirse al interesado la condición de cómplice primario o secundario, pues no contribuye o colabora de manera dolosa en la realización del verbo rector principal, que en el presente caso está dado por la invocación de influencias reales o simuladas, sin embargo, si podría imponérsele una condena en calidad de instigador en supuestos muy puntuales, siempre que haya hecho surgir en el traficante su voluntad criminal, más por el contrario, en la mayoría de situaciones su conducta sería atípica por falta de regulación en la ley penal.

En estos delitos (de participación necesaria), lo que se puede concluir es que al no existir un precepto independiente en el caso peruano, y al no excederse el solicitante de influencias de lo exigido en el tipo penal, su conducta debería ser considerada del todo atípica. (Rodríguez Delgado, s.f).

En segundo lugar, se tiene al trabajo desarrollado por José Hurtado Pozo donde se hace referencia que el problema respecto a qué título de imputación debe atribuirse al interesado del delito de tráfico de influencias se ha originado por una deficiente redacción del artículo 400° del Código Penal por parte de los legisladores, pues debieron de advertir que en su estructura

normativa se daba la concurrencia de dos voluntades delictivas que eran necesarias para su configuración.

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. (Hurtado Pozo, <https://www.unifr.ch>, s.f).

Al efectuar el análisis en la conducta del interesado para poder sancionársele como autor o coautor del delito de tráfico de influencias, concluye que es imposible hacerlo, ya que era necesario que el legislador previamente lo haya establecido expresamente dentro de un tipo penal.

También evalúa la posibilidad de imponerle una condena en calidad de instigador teniendo en cuenta el orden en cuanto a la ejecución del verbo rector y los verbos complementarios que se encuentran previstos en el delito de tráfico de influencias, señalando que no sería posible instigar al traficante en ese contexto, puesto que el delito ya se habría consumado con la sola realización de su verbo rector principal (invocar), no obstante, sino se considerase esa secuencia podría hablarse de una instigación en el caso de una negociación simultánea entre ambos intervinientes.

En tercer lugar, destaca la investigación desarrollada por Manuel Abanto Vázquez el cual afirma que no es posible establecer la punibilidad del interesado del delito de tráfico de influencias, ya sea en calidad de coautor o partícipe por la sencilla razón de no haberse previsto esa situación en la norma penal. “Sin embargo, si su contribución rebasa el mínimo necesario, hay doctrina que justificaría su punibilidad como inductor” (Abanto Vázquez, 2013, p.536).

En cuarto lugar, se tiene el trabajo desarrollado por Fidel Vargas Rojas donde se menciona que el interesado del delito de tráfico de influencias no respondería como coautor por no poseer el dominio funcional del hecho. Asimismo, sería poco probable que pueda reprimirse dentro de la complicidad (primario o secundario) por tener como obstáculo la tarea de catalogar esa conducta como actos de colaboración.

El autor admite la posibilidad de establecer una sanción para el interesado en condición de instigador, mientras se respete los lineamientos dogmáticos que han sido esbozados acerca de esta institución jurídica. “Naturalmente, que deberán cumplirse aquí los requisitos objetivos y subjetivos establecidos doctrinariamente y recreados jurisprudencialmente para configurar la inducción o determinación de relevancia penal” (Rojas Vargas, 2007, p.804).

Finalmente, en quinto lugar, se tiene como antecedente aquellos fundamentos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116 en donde la Corte Suprema de Justicia establece que en el delito de tráfico de influencias el interesado no puede ser cómplice, porque para tener esa condición debió de haber colaborado dolosamente con el traficante en la comisión del verbo rector principal (invocación de influencias), lo que fácticamente es de imposible producción, pues su intervención recién se manifiesta al momento que se va a ejecutar las modalidades delictivas complementarias (entregar, hacer dar o hacer prometer).

De otra parte, se determina que únicamente el interesado será sancionado como instigador, en la medida en que, en fase previa a la venta de influencias por parte del traficante, haya creado o reforzado la voluntad criminal de este último a través de un influjo psíquico. Al respecto, siendo la influencia psicológica ejercida por el interesado sobre el traficante la causa determinante –o aquella que ha fortalecido la decisión de continuar- de que el hecho delictivo

se haya realizado, la punibilidad que se determine en contra del interesado solo podrá darse dentro del ámbito de la instigación.

## **2. La Participación**

### **2.1. El Fundamento de la Participación**

Diferenciar entre los aportes equivale a reconocer diferencias de entidad entre los mismos, y con ello, diferencias entre los factores y criterios de imputación; en definitiva, implicaría admitir que autor y partícipe son fenómenos diferenciables que responden al mundo de lo fáctico y de los hechos, el cual el derecho debe respetar como tal y que no puede crear, sino solo reglar. (Parma & Guevara Vásquez, 2015, p.35,36).

La participación desde un sentido amplio debe ser entendida como la suma o el total de intervinientes en la ejecución de un hecho punible a quienes les correspondería una pena concreta conforme a su grado de contribución, razón por la cual, quedan inmersos dentro de este concepto aquellos que tienen la calidad de autor, coautor, instigador y cómplice.

Por otro lado, desde un sentido estricto la participación viene a ser aquella intervención o contribución a la comisión de un hecho punible que resulta ser distinta a la realizada por su autor –tal noción será asumida para referirnos a toda participación distinta a la realizada por ese interviniente-. “Si en lugar de conceptualarla en general de esta forma positiva, lo quisiéramos hacer por exclusión, partícipe sería el que concurre en el injusto y es alcanzado por la prohibición típica sin ser autor” (Zaffaroni, 2005, p.739).

La conducta del partícipe (instigación y complicidad) será punible, siempre que se haya producido al interior de un delito doloso no resultando admisible establecer su responsabilidad penal, si el actuar de su principal interviniente ha obedecido a un obrar imprudente, es decir, si el delito que se imputa al autor se produjo por culpa, no podrá sancionarse al partícipe. “En

sentido estricto, la participación sólo comprende a la instigación y la complicidad (no es posible una participación culposa en un delito doloso, y una participación dolosa en un delito culposo)” (Castillo Alva, 2004, p.210).

“La conducta del partícipe no es un elemento constitutivo del delito tal como está descrito en la norma incriminatoria, sino que es un acto meramente eventual que, como tal, puede existir o no” (Reátegui Sánchez, 2014, p.165). Una vez establecido la existencia de un delito doloso o culposo, cada interviniente responderá personalmente conforme a su grado de culpabilidad.

La responsabilidad criminal es siempre estrictamente personal e individual; aunque la voluntad o la ejecución del acto delictivo se divida, alcanza a cada uno de los participantes, como tales individuos, bien que sea lícito graduarla en relación a la proporción material del acto ejecutivo y a la totalidad del efecto querido y obtenido. (Quintano Ripolles, 1946, p.263).

La intervención del partícipe debe darse dentro de un hecho punible principal cometido por un autor que reúna mínimamente a las categorías jurídicas de la tipicidad y la antijuricidad en su actuar (accesoriedad limitada), no siendo posible establecer una sanción en contra del primero, si de antemano, no se ha determinado esa situación. “En tal sentido, es preciso que el partícipe configure el mundo ya de una forma delictiva que agote su sentido objetivo en favorecer un delito” (Feijóo Sánchez, 2001, p.69).

Este participar tiene que darse respecto al mismo hecho y dentro de un mismo proceso causal. La conducta de cada uno de los cómplices tiene por tanto que ser referida al mismo delito, en el que todos actúan en su producción (Rey y Arrojo, 1947, p.87).

La fundamentación del injusto de la participación no debe llevarse a cabo, por tanto, con base en la dependencia de la participación del hecho principal, puesto que no se trata de

responder a la pregunta de bajo qué condiciones puede castigarse la participación (accesoriedad en sentido estricto), sino de que por qué debe castigarse la participación en un delito (fundamentación del injusto de la participación) (Robles Planas, 2003, p.169).

Con la finalidad de explicar la intervención y posterior sanción de los responsables en la comisión de un delito se han esbozado diversas teorías, siendo estas: La teoría de la participación en la culpabilidad, la teoría pura de la causación, la teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito (promoción o causación), la teoría de la participación como un ataque accesorio del bien jurídico tutelado y la teoría de la participación en el ilícito referido al resultado.

### **2.1.1. Teoría de la participación en la culpabilidad**

Teoría representada por Hellmuth Mayer, denominada también teoría de la corrupción. Trata de justificar el castigo del partícipe debido al apoyo que ha brindado al autor del delito a quien lo ha transformado en un delincuente o al menos ha contribuido a que se convierta en un ente corrupto. Es por ello, que el grado de responsabilidad del partícipe habrá de determinarse necesariamente por el grado de responsabilidad del autor. “El partícipe era sancionado penalmente por convertir a otra persona en delincuente (inducción) o por contribuir a realizarlo (complicidad)” (Quiroz Salazar, 2002, p.329).

No obstante, aún a la fecha, la punición de la partícipe basada en la desintegración social es sostenida por Treschel a través de una manifestación moderna de la teoría de la corrupción, la misma que ha centrado su estudio en el tema de la instigación. “Esta teoría quiere penar al partícipe porque expone el autor a la desintegración social que también trae consigo un actuar injusto” (Roxin, 2013, p.487).

Su particularidad reside en que halla el fundamento de la participación en el propio ataque al autor: el inductor provoca la desintegración social en tanto coloca al autor en un conflicto con la sociedad que resuelve con la ejecución del delito. (Robles Planas, 2003, p.120).

Esta teoría en la actualidad es rechazada, porque no resulta razonable argumentar que la condena del partícipe se determine en base a la culpabilidad del autor debido a que la responsabilidad penal, así como la determinación de la pena, son consecuencias exclusivas del propio actuar de cada interviniente en el hecho punible.

Mucho más lógico es, claro está, que cada cual responda por su grado de intervención personal –léase estrictamente personal- en el delito realizado en conjunto e independientemente del rol de autor o partícipe, mensurando la pena por la *reprochabilidad eminentemente personal* por el aporte realizado. (Parma & Guevara Vásquez, 2015, p. 251).

### **2.1.2. Teoría de la pura causación**

Entre sus principales exponentes se encuentran Schmidhauser. M. K. y Ludersen. Esta teoría sostiene que el reproche al partícipe obedece a un enfoque eminentemente causalista, por lo tanto, en todos los casos únicamente deberá de acreditarse la relación causal existente entre su conducta y el delito sin importar su grado de colaboración, siendo así, el resultado le será imputable de manera directa al haber lesionado de forma independiente un bien jurídico protegido en la norma penal.

“La teoría pura de la causación, frente a la anterior, discurre por un camino completamente distinto: lo relevante es la causación misma del resultado por el partícipe, y no por su intervención en el ilícito del que otro es autor” (López de Barja de Quiroga, y otros, 2007, p.403). “Para esta teoría el injusto que realiza el partícipe tiene plena autonomía” (Gómez

González, 2001, p.99). “La base de este razonamiento consiste en que los bienes jurídicos protegidos en los tipos de la Parte Especial, también encuentran tutela ante los ataques del partícipe como tal” (Gómez González, 2001, p.101).

Si bien, el aporte del partícipe constituye un apoyo para el autor por ser este quien ejecuta el verbo rector descrito en el tipo penal, ello, no justifica la determinación de su culpabilidad, pues tal circunstancia solo representa su lejanía con relación a la comisión del delito y a la pena a imponerse, la misma que deberá ser disminuida prudencialmente conforme a su menor grado de intervención.

Para esta teoría no debería existir el principio de accesoriedad por tratar demostrar que la dependencia del partícipe ante la comisión de un delito se produce exclusivamente por su menor contribución en comparación a la del autor. Apreciación que resultaría ser simplista y errónea, ya que no logra responder a la interrogante del por qué una conducta y no otra debe ser reprochable, a pesar de que, un bien jurídico también puede ser afectado de forma directa por la conducta del partícipe. Por esa razón, se propugna que frente al injusto del autor existiría un injusto y culpabilidad independiente del partícipe. “Para la pura teoría de la causación sólo podrá importar la cuestión de si el partícipe mismo actúa antijurídica y culpablemente (Stratenwerth, 2005, p.413)”. “De la teoría del favorecimiento o de la causación se desprende básicamente que la voluntad del partícipe debe orientarse hacia la ejecución del hecho principal y que hay que exigir dolo en el hecho principal” (Reátegui Sánchez, 2014, p.169,170).

Sin embargo, esta teoría es criticada, pues contraviene la naturaleza accesoria de la participación. Pensar de esa manera, implicaría sostener que la conducta del partícipe puede generar por sí mismo un delito independiente sin necesidad de que se requiera de un autor. En consecuencia, originaría el peligro de romper la función del tipo legal, en la medida en que,

crearía tantos delitos como intervinientes existan en el hecho. Así, el juez podría crear tantos tipos penales como estime adecuados, lo que sería incompatible con el principio de legalidad debido a que los ciudadanos estarían expuestos a un aumento indeterminado del número de prohibiciones penales.

### **2.1.3. Teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito o de la causación orientada a la accesoriadad (promoción o causación)**

Esta teoría es asumida de manera unánime por la doctrina peruana y por mi parte al tratar de justificar el porqué de la represión penal al partícipe.

La punibilidad del partícipe se determina estrictamente por su colaboración prestada en la ejecución de un hecho típico y antijurídico, no necesariamente culpable realizado por un tercero quien viene a ser el autor, el mismo que podría ser incluso un inimputable (la culpabilidad es una categoría perteneciente a cada interviniente). Es decir, la responsabilidad penal que se establece en contra del partícipe se debe a que su contribución tiene un carácter accesorio.

“Según lo dicho, el fundamento penal de la participación sólo puede ser hallado, en principio, en el hecho de que el instigador y el cómplice contribuyen a la realización del ilícito que comete el autor” (Stratenwerth, 2005, p.414,415). “La dependencia con respecto a la acción del autor se caracteriza como la naturaleza accesorio de la participación” (Ernst Mayer, 2007, p.484). “En tal sentido, es preciso que el partícipe configure el mundo ya de una forma delictiva que agote su sentido objetivo en favorecer un delito” (Feijóo Sánchez, 2001, p.69).

Si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico, cometido por el autor, no puede hablarse de participación (accesoriadad limitada), ya que no hay por qué castigar a alguien que se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o ilícito para su autor. (Muñoz Conde, 2008, p.159).

La prohibición, a fin de que el partícipe no cometa delitos en calidad de instigador o cómplice se encuentra expresamente señalada en la parte general de los códigos penales, mientras que la parte especial está reservada exclusivamente a determinar las conductas prohibidas que pueden ser realizadas nada más por el autor. Debe tenerse en consideración, que si bien, la conducta del partícipe lesiona o pone en peligro bienes jurídicos protegidos por los tipos penales en co-causación con el autor, su responsabilidad en la legislación peruana se produce porque vulnera el contenido de las disposiciones generales relativas a la regulación de las distintas formas de intervención delictiva (artículos 24° y 25° del Código Penal). “La prohibición de la participación estaría contenida en las disposiciones de la parte general, no en los tipos penales de la parte especial” (García Caveró, 2008, p.581). “Consecuentemente, según esta teoría, el injusto del partícipe es completamente dependiente y está totalmente derivado del injusto del autor”. (Robles Planas, 2003,p.122). “Ahora bien, el partícipe no lesiona directamente el bien jurídico ni la norma contenida en la Parte Especial, sino que se limita a contribuir al ataque realiza el autor” (Gómez González, 2001, p.111).

Según esta teoría, el comportamiento desplegado por el partícipe conjuntamente a la del autor durante el desarrollo del delito conlleva a la afectación de un mismo bien jurídico protegido por la norma penal. “Conforme a esta teoría, la participación afecta el mismo bien jurídico que a la conducta principal” (Villavicencio Terreros, 2013, p.496). “Hoy se acepta prácticamente de forma unánime que autor y partícipe lesionan el mismo bien jurídico” (Miró Linares, 2009, p.47).

Entre los defensores de esta teoría se encuentra Straténverth, quien le denomina teoría de la participación en el ilícito y considera que la sanción al partícipe se fundamenta en el hecho de que el instigador y el cómplice colaboran en la realización de un delito cometido por el autor,

de manera que el contenido del injusto en la participación debe ser determinado necesariamente en base al injusto de su principal interviniente. “Rige por lo tanto de modo inquebrantable: ¡no hay participación sin causación accesoria del resultado típico de tentativa o consumación!” (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo II especiales formas de aparición del delito, 2014, p.214). “Según lo expuesto, puede partirse de que el injusto de la participación no puede ser separado del injusto del hecho principal: cada participación es una causación accesoria, a través del autor, de una lesión mediata y típica del bien jurídico” (Roxin, La teoría del delito en la discusión actual, 2013, p.490). “De acuerdo con estas premisas, el fundamento de la inducción habría de verse en la causación de un comportamiento penalmente desvalorado, mientras que el de la complicidad consistiría en el favorecimiento del hecho ajeno” (Gómez Rivero, 1995, p.52).

#### **2.1.4. Teoría de la participación como un ataque accesorio al bien jurídico tutelado**

El principal exponente fue Roxin. La responsabilidad del partícipe reside en la contribución que efectúa en un hecho ajeno realizado por el autor, cuyo aporte se traduce en un ataque autónomo, doloso y directo en contra de un bien jurídico. Por consiguiente, la intervención del partícipe se constituye en un injusto independiente al injusto del autor, no obstante, debido a la naturaleza de dicho aporte este resulta siendo accesorio (no solo desde un punto de vista fáctico) a la del principal interviniente, puesto que ante la ausencia de este último no habría delito. “La accesoriidad no tiene un simple carácter fáctico o conceptual, sino que es jurídicamente decisiva para la configuración de la responsabilidad del partícipe, ya que no ataca diferente bien jurídico que el autor” (Gómez González, 2001, p.113). “La condición necesaria (aunque no suficiente) de la imputación a la participación es, efectivamente, la causación accesoria de un hecho del autor (sea de consumado o tentado), típico y antijurídico” (Roxin, La teoría del delito en la discusión actual, 2013, p.507).

La teoría del ataque accesorio al bien jurídico protegido ha tenido gran éxito en la doctrina penal, tanto en Alemania como en España, no sólo porque dentro de ella parecen caber fundamentaciones muy diversas entre sí, sino también porque parecía permitir compatibilizar la accesoriedad con la idea de que la pena aplicable a cualquier interviniente en un delito debía derivarse de un injusto propio de éste, y todo ello por medio de esa exigencia de lesión al bien jurídico protegido independiente del autor. (Miró Linares, 2009, p.55,56).

En suma, la teoría del ataque accesorio al bien jurídico surge como consecuencia de atender la evitación de la unilateralidad latente tanto en la teoría pura de la causación como en la orientada a la accesoriedad mediante la consideración de que el injusto del partícipe se deriva, no solo del hecho que comete el autor, sino también del propio ataque al bien jurídico que aquel, en cuanto tal, realiza. (Reátegui Sánchez, 2014, p.170).

### **2.1.5. Teoría de la participación en el ilícito referida al resultado**

Teoría sostenida por de Jakobs, quien inicialmente adopta una posición ecléctica, pues asume los argumentos esbozados por la teoría pura de la causación y la teoría de la participación en el ilícito.

Posteriormente, el autor al desarrollar el tema de la imputación objetiva y correlacionarlo con el asunto de la participación origina que se modifique su concepción inicial sobre la intervención delictiva. Desde ese momento, la responsabilidad del partícipe se fundamenta no por que haya contribuido en un hecho punible perteneciente al injusto del autor, sino más bien, debido a que su conducta dolosa rebasa los límites de su rol social en una situación concreta convirtiéndose de esa forma en garante de que no se produzca un determinado delito. “En ese sentido, el fundamento del castigo en la participación radica en que la ejecución del hecho

principal se imputa al partícipe como obra también suya” (García Caverro, 2008, p.582). “A partir de aquí, Jakobs concibe la participación como reparto del trabajo en una organización común, en una obra única” (Robles Planas, 2003, p.129).

### **3. Tipos de Accesoriedad en la Participación**

“En la teoría de la participación del ilícito cobra especial importancia el principio de accesoriedad, pues desde el momento en que el partícipe colabora en hecho ajeno, la consecuencia es que depende del autor y su hecho” (López de Barja de Quiroga, y otros, 2007, p.403). La clasificación de los actos de participación conforme a la fase interna o externa del delito, o a la concurrencia de las diversas categorías jurídicas durante su desarrollo se realiza teniendo en consideración al principio de accesoriedad, el cual se constituye en el eje central al momento de establecer la dependencia de la conducta del partícipe a la del autor quien tiene el control sobre la producción del delito, es decir, para que exista un partícipe indispensablemente tiene que existir un autor, cuya conducta al menos deberá de ser calificada como típica y antijurídica, y no necesariamente culpable, ya que la culpabilidad es independiente en cada interviniente conforme a su grado de colaboración. “El autor no tiene que ser culpable para que exista participación, pues ella es personal y puede ser diferente para cada interviniente en el delito” (Bramont-Arias Torres, 2008, p.413). “El principio de accesoriedad no debe entenderse como una infracción del principio de responsabilidad personal” (Reátegui Sánchez, 2014, p.178).

“El principio de accesoriedad es una necesidad conceptual y jurídica toda vez que implica una conducta punible básica, la del autor, que realiza el núcleo del hecho punible y de otras conductas periféricas que acceden a la principal” (Reátegui Sánchez, 2014, p.173). “El

significado principal del principio de accesoriedad de la participación es el de definir estrictamente el ámbito de lo punible” (Gómez González, 2001, p.128,129). “Debe recordarse que la accesoriedad como fundamento de la participación criminal se presenta respecto del hecho acontecido y no de quien interviene como autor principal en su producción” (Reátegui Sánchez, 2014, p.168).

Siendo así, el partícipe responderá bajo el mismo título de imputación (Unidad de título de imputación) que el autor, pese a no vulnerar de manera directa e inmediata un tipo penal específico debido a que su culpabilidad se establece en base a su propio injusto, el cual se deriva de su colaboración prestada en la ejecución de un hecho punible efectuado por un tercero. “Hemos dicho en la participación se incluyen conductas que no consisten en la ejecución misma de la acción típica, pero cuya punibilidad está sometida a que alguien realmente la ejecute, aunque sea en grado de tentativa” (Etcheberry, 1976, p.63). “Pero la ley pretende alcanzar también las conductas de ciertos individuos que, sin haber ejecutado parte alguna de la acción típica cooperan a su concreción mediante actos que están finalmente orientados a ese objetivo” (Cury Urzúa, 1973, p.255).

La participación en un delito es un comportamiento delictivo; pero lo que hace el partícipe; aun siendo delictivo, carece de autonomía como infracción penal, ya que depende del hecho principal. Ello no obsta para que haya una tipicidad de la participación que se forma relacionando reglas generales con el tipo concreto, y que esa tipicidad sea sometida a los principios interpretativos comunes. (Quintero Olivares, Morales Prats, & Prats Canut, 2000, p.627).

Se requiere que toda participación se manifieste en forma dolosa, por esa razón, el partícipe debe tener el conocimiento y la voluntad de contribuir con su aporte en la configuración de un

hecho delictivo ajeno realizado por el autor sea mediante un acto de instigación o de complicidad. Situación distinta viene a ser la intervención del partícipe en un delito imprudente, cuya ejecución se encuentra supeditada a la esfera discrecional del autor. Ahora bien, dentro de este principio se establecen diversas clases de accesoriadad atendiendo a los siguientes criterios: Conforme al grado de desarrollo alcanzado del delito (accesoriadad cuantitativa) y a la presencia de las diversas categorías jurídicas en el actuar delictivo del autor (accesoriadad cualitativa).

### **3.1. Accesoriadad Cuantitativa**

Toma como referencia el iter criminis del delito, por lo que, la responsabilidad del partícipe se determina por el desarrollo alcanzado de la fase externa, siendo necesario al menos que el autor haya dado inicio a los actos ejecutivos de algún tipo penal, o sea, estar ante un supuesto de tentativa. La doctrina señala que para la punibilidad de las diversas formas de participación es indispensable que el autor haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, y precisamente esta afectación se logrará (existen delitos en los que no es posible admitir la tentativa) cuando se haya dado inicio a los actos ejecutivos de un delito. “Por un lado, (...) trata del grado de desarrollo delictivo que ha de haber alcanzado el hecho principal para que se pueda desencadenar la responsabilidad de los partícipes y de la influencia que aquel desarrollo ejerce en la punición de estos” (Peñaranda Ramos, 2015, p.349).

La conducta de participación que se efectúa con anterioridad al inicio de la ejecución no está en sí misma –aisladamente considerada- prohibida. Y ello, precisamente, porque se trata de una parte del hecho en común que aún no ha logrado desestabilizar la norma (se trata siempre de una conducta previa a algo). (Robles Planas, 2003, p.177).

### **3.2. Accesoriedad Cualitativa**

Establece la punición del partícipe teniendo en cuenta que el autor haya llevado a cabo al momento de la comisión de un delito, todas o algunas de las categorías jurídicas que se presentan en su configuración, por ende, la mayor o menor aproximación del comportamiento del autor con el total de estos elementos esenciales determina que el aporte del partícipe pueda ser punible.

Por otro, el de la denominada accesoriedad “cualitativa” o “extrema” se plantea ante todo qué elementos del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad) debe mostrar el hecho principal para que éste constituya un objeto de referencia idóneo de las conductas de participación. (Peñaranda Ramos, 2015, p.349).

Este tipo de accesoriedad presenta a su vez la siguiente clasificación:

#### **3.2.1. Accesoriedad mínima**

Para reprimir la intervención del partícipe se requiere acreditar que el hecho ejecutado por el autor sea típico, es decir, resulta suficiente que la conducta del principal interviniente se encuadre en la descripción de un tipo penal sin necesidad de verificar la concurrencia de las demás categorías jurídicas (antijuricidad y culpabilidad). Se critica a esta postura no poder argumentar racionalmente en los casos en donde se presenta una causa de justificación en el obrar del autor que exime de responsabilidad penal al partícipe. “Independientemente de que existe una dependencia del hecho principal, la tesis es extrema, ya que el autor ni siquiera realiza un injusto, pues la acción solamente es antinormativa, pero justificada” (Parma & Guevara Vásquez, 2015, p.259).

### 3.2.2. Accesoriedad limitada

Posición que es asumida actualmente por la legislación penal (R. N. 375-2004-Ucayali), cuyos argumentos acerca de la responsabilidad del partícipe se centra estrictamente en el hecho realizado por el autor, el mismo que no debe consistir únicamente en ser típico, sino también se necesita que sea antijurídico, esto con la finalidad de verificar que no se presenten causas de justificación que amparen la conducta delictiva y, consecuentemente, imposibiliten que se aplique una pena a los demás intervinientes. No se exige la presencia de la categoría jurídica de la culpabilidad debido a que tal elemento es personal y, por ende, ante la existencia de una causa de inculpabilidad solo se logrará excluir de la pena a un individuo no afectando la situación jurídica del resto de los participantes. “Para fundamentar la punibilidad de la conducta del partícipe, basta con que el hecho principal sea típico y penalmente antijurídico (Accesoriedad limitada)” (Peña Cabrera Freyre, 2007, P.369). “Por tanto, si acaso el hecho se cometió culpablemente, y si concurrieron causales de levantamiento o de exclusión de la pena o no, es una cuestión irrelevante para la posibilidad de la participación” (Maurach, Heinz Goss, & Zipf, 1995, p.482).” Sólo un comportamiento que es típico y antijurídico posee cabal naturaleza jurídico-penal, a saber, constituye un injusto penal” (Perez Tello, 2014, p.69)

Para que un autor sea castigado por un delito, además de haber actuado antijurídicamente se necesita que este sea culpable, es decir, no existe ninguna causa de exclusión de su culpabilidad. “El cómplice sólo será castigado por haber contribuido a la producción del hecho antijurídico del autor cuando él mismo, el cómplice, sea culpable, es decir, cuando no se encuentre exculpado” (Fletcher, 1997, p.285)

El principio de accesoriedad limitada es por tanto materialmente correcto: vincula por un lado la pena de la participación, de modo conforme al Estado de Derecho, a la existencia

del injusto típico del autor y evita así un desbordamiento de la extensión excesiva de la punibilidad de la participación que es inevitable si se renuncia a la accesoriedad (cfr. Nm. 3, 12,13). (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo II especiales formas de aparición del delito, 2014, p.216,217).

### **3.2.3. Accesoriedad máxima o extrema**

Se requiere la presencia de las categorías jurídicas de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en el obrar del autor para que pueda determinarse la imposición de una pena al partícipe. “Como podrá intuirse, resultar ser el opuesto exacto de la accesoriedad mínima, pues exige la comisión de un injusto culpable por parte del autor, mientras que aquella ni siquiera exige un supuesto, bastándole la adecuación típica” (Parma & Guevara Vásquez, 2015, p.260).

No obstante, esta teoría ha sido dejada de lado ante la carencia de argumentos razonables en aquellos casos en los cuales el autor del delito era un inimputable (menor de edad y casos de padecimiento de alguna enfermedad o trastorno mental), y como tal, no podía responder frente a la justicia penal trayendo consigo que el partícipe tampoco pueda ser sancionado por su colaboración prestada en ese actuar delictivo. “En dicho contexto, dicha concepción no solo desencadena la impunidad del autor, sino también conduce a excluir la responsabilidad penal del partícipe, no obstante que este actúe culpablemente” (Perez Tello, 2014, p.69).

### **3.2.4. Hiperaccesoriedad**

Las circunstancias personales del autor sean estas agravantes o atenuantes, perjudican o benefician de igual forma al partícipe, razón por la cual, al momento de imponerse una pena está no se dará conforme a la magnitud del aporte de cada uno de los intervinientes.

Para M. E. Mayer, la dependencia de los partícipes con respecto a las agravaciones o atenuaciones de la pena en función de las circunstancias personales del autor principal

constituye un peldaño más alto que el de la accesoriedad extrema, de modo que en aquélla habría de estar contenida también esta última. (Peñaranda Ramos, 2015, p.348,349).

#### **4. Formas de Intervención Delictiva**

##### **4.1. La Autoría**

De la descripción de los tipos penales señalados en la parte especial del Código Penal se advierte que la mayoría de estos pueden ser cometidos por cualquier persona, sin embargo, existe otro grupo de delitos que solamente pueden ser ejecutados por determinados sujetos que poseen una condición especial (delitos especiales). Tanto en el primer supuesto, como en el segundo, pueden intervenir varias personas de conformidad a lo señalado en la parte general del mencionado cuerpo legal. En principio, solo puede establecerse la punibilidad del partícipe si existe un autor, ya que su conducta lesiona o pone en peligro de manera directa un bien jurídico que se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico. El artículo 23° del Código Penal establece que se consideran autores y coautores “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que cometan conjuntamente, serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción, “En otras palabras, para que exista participación debe constatarse previamente el hecho principal de un autor al que relacionar el hecho accesorio del partícipe” (Bramont-Arias Torres, 2008, p.413). “La responsabilidad de los partícipes está, en cierta manera, en función de la de los autores” (Cerezo Mir, 2006, p.1102). “Autor es quien realiza el hecho como propio. Partícipe quien interviene en un hecho ajeno” (Rodríguez Mourullo, y otros, 1997, p.168).

Los conceptos doctrinales de autor parten todos de una cuestión previamente resuelta, cual es la identificación de una acción penalmente atribuible a una persona como propia. Si esa

acción es o no suficiente como para ser declarada típica de autor es cuestión distinta. (Quintero Olivares, Morales Prats, & Prats Canut, 2000, p.612).

En tal sentido, la legislación penal simplemente se limita a determinar de manera genérica quien será considerado autor (inmediato y mediato) o coautor como una forma de programación sistemática de la criminalización, más no refiere, cuáles son las características o condiciones específicas que deben reunir cada uno de ellos, encargándose de esa labor la dogmática penal. Este proceder resulta ser correcto debido a que una definición conceptual en esencia de cada delito hubiera resultado inadecuada y extensiva por la existencia de diversos sistemas y teorías que niegan y afirman la distinción entre autor y partícipe. Entre los sistemas que observan al delito como un fenómeno unitario y consideran a todos los intervinientes como autores destacan:

#### **4.1.1. Sistema unitario de la autoría**

**4.1.1.1. Concepto unitario formal.** La diferencia entre autor y partícipe no existe, a consecuencia, del enfoque causalista con que abordan tal distinción, por lo tanto, todos los intervinientes en un hecho punible serán autores sin importar la magnitud o el grado de discrepancia existente entre la colaboración de unos respecto a otros, puesto que lo verdaderamente importante al momento de imponer una sanción penal será verificar que el resultado sea producto del aporte aunque sea mínimo realizado por cada una de las personas involucradas en su comisión, es decir, las contribuciones son tomadas como condiciones equivalentes en dicha relación causal. “Al ser todas las contribuciones autónomas y por ello situadas en el mismo plano de igualdad valorativa, todos los intervinientes son autores del delito” (García del Blanco, 2006, p.196). “Todas las aportaciones causales de los partícipes, que individualmente constituyen la esencia de la autoría, fundamentan globalmente el hecho típico,

son que entre la intervención de uno de ellos y la del resto exista relación de dependencia” (García del Blanco, 2006, p.196). “Basta con que, de hecho, varias actividades de distintos sujetos aparezcan combinadas y conjuntamente realicen la totalidad de los elementos típicos del delito correspondiente” (Peñaranda Ramos, 2015, p.450).

El pensamiento causalista desarrollo la teoría del injusto independiente del concepto del autor, pues desde el momento en que el causalismo consideraba el resultado lesivo como centro del injusto, lo único relevante era que el sujeto, a través de su conducta contribuyera causalmente a la producción de dicho resultado, con la consecuencia de que el concepto de autor quedaba relegado a un segundo plano, ya que, desde el ámbito de la acción, todas las contribuciones eran equivalentes. (del Castillo Codes, 2007, p.19).

Es necesario resaltar que estos argumentos fueron adoptados por la corriente de la peligrosidad del delincuente donde se analizaba al delito para obtener un diagnóstico, siendo posteriormente utilizados para medir el grado de peligrosidad del delincuente y también fueron empleados por la escuela Nazi de Kiel, al cual se le conocía como escuela fenomenológica, intuitiva o irracionalista en donde se concebía que la producción de un delito consistía en la violación de un deber jurídico y no en la lesión de un bien jurídico.

**4.1.1.2. Concepto unitario funcional.** Según esta teoría, las colaboraciones dadas por parte de los diversos intervinientes para el desarrollo de un hecho punible pueden ser distintas, lo que permitirá establecer la relación causal de esas conductas con el resultado, sin embargo, el rasgo peculiar de esta teoría a diferencia de las demás se produce al momento de determinar la pena que les corresponderá a cada uno de ellos como si se trataran de autores –aunque dogmáticamente cada intervención delictiva vaya a tener una denominación distinta a la del autor-. “La causalidad para la concepción unitaria funcional sólo constituye un mero

presupuesto conformante en los tipos penales de cualquiera de las categorías de autoría” (Villavicencio Terreros, 2013, p.463)

Más adelante, se desarrollaron diversas posturas para fundamentar esta concepción destacando la teoría normativista. Uno de los partidarios más sobresalientes de esta última teoría es Jakobs, quien sostiene que para la configuración de un delito habrá que verificarse inicialmente si la conducta del agente infringió su rol social, o sea, si este ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. “Por ello, deben tenerse en cuenta en este juicio imparcial las circunstancias de lugar, de tiempo y las propias de la sociedad en la que se lleva a cabo el comportamiento” (García del Blanco, 2006, p.197). Posteriormente, se determinará si su comportamiento resulta ser manifiestamente contradictorio al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, merece la aplicación de una pena para restablecer la confianza en el derecho.

Se distingue de la teoría unitaria formal, porque aquí se concibe la existencia de diversas formas de intervención delictiva como la autoría inmediata, autoría por determinación y autoría por contribución, aunque se les denomine a todas simplemente con el término de autor. “Esta diversidad de clases de autoría es un rasgo distintivo del modelo unitario funcional frente al sistema unitario formal, en el que todos los intervinientes son indistintamente autores” (Górriz Royo, 2008, p.129).

Por un lado, se le reprocha que la unificación de las habituales formas de intervención en el delito en una sola categoría sólo es posible si se atribuye al concepto de autor así resultante una naturaleza exclusivamente causal, puesto que el único denominador común a todas aquellas reside precisamente en ser formas de co-causación del resultado delictivo. (Peñaranda Ramos, 2015, p.353).

**4.1.1.3. Teoría de la asociación criminal.** Establece que los aportes de los distintos intervinientes en un hecho punible deben ser evaluados en conjunto al momento de determinarse sus responsabilidades, ya que actuaron bajo la forma de una sociedad criminal que se dirigía a cumplir una misma finalidad, por lo que habrá de descartarse la independencia de unas conductas frente a otras. El vínculo que las une es indisoluble, porque escindiría la unidad que fundamenta su existencia. (Castillo Alva, 2004, p.197). Por ese motivo, todos los partícipes son autores dejándose de lado el empleo de otros títulos de imputación.

No cabe desconocer que la idea de “asociación criminal” se apoya, efectivamente, en la realidad sociológica. Por ello, la contemplación del concurso de delincuentes como fenómeno unitario, carente de matices individuales, aún recusada por la doctrina mayoritaria, renace, al menos parcialmente, cada vez que se utilizan criterios funcionales para deslindar el ámbito de la autoría. (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1996, p.665).

**4.1.1.4. Teoría del acuerdo previo.** Para que el partícipe sea considerado autor se requiere necesariamente de su intervención en la planificación previa de un hecho punible, por lo tanto, no tendrá mayor relevancia la magnitud de dichos aportes que pudieron haberse presentado durante su ejecución. “Esta doctrina sostenía, sin ningún apoyo legal, que cuando había existido un acuerdo previo entre los partícipes todos respondían como coautores, cualquiera que hubiera sido su aportación objetiva al hecho” (Bacigalupo, 2009, p.889,890). “La doctrina del acuerdo previo, nacida para paliar lagunas político-criminales de la regulación legal, constituye una interpretación integradora, ilegal e inconstitucional, que carece de toda consistencia dogmática; para ser autor no basta el acuerdo, sino que se requiere la realización” (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1996, p.666).

#### **4.1.2. Sistema diferenciador**

La distinción entre autor y partícipe se fundamenta en criterios objetivos y subjetivos, lo que trae consigo la imposición de diferentes consecuencias jurídicas para ambos intervinientes por encontrarse previsto de esa forma en la ley, a pesar de la actuación conjunta en la relación causal del hecho punible. “Una intervención causal en la ejecución de un delito sólo será calificada como participación si ha sido prevista en la ley como tal, pues autores no son todos los que colaboran en el hecho” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO II, 2011, p.135).

Dicho de otra manera, mientras las teorías objetivas interpretan las conductas de los partícipes sobre la base de indicadores del significado exterior del hecho, las teorías subjetivas sólo comprueban un mínimo de exterioridad y recurren a indicadores que permiten conocer la dirección de la voluntad del partícipe. (Bacigalupo, 2009, p.878).

Este sistema se manifiesta a su vez en la teoría del concepto extensivo de autor y en la teoría del concepto restrictivo de autor.

##### ***4.1.2.1. Concepto extensivo de autor***

Según el concepto extensivo de autor, formulado por MEZGER, lo es todo aquél que coopera a la comisión del delito poniendo una condición para su comisión, pero siempre que no esté comprendido en alguna de las categorías de la participación expresamente reguladas en el Código Penal. Se trata de un concepto residual de autoría. Sería autor quien coopere causalmente a la comisión del delito siempre que no sea inductor, cooperador necesario o cómplice. (Cerezo Mir, 2006, p.1078).

En sus inicios, esta concepción adoptó los fundamentos de la teoría de la equivalencia de condiciones donde se pregonaba que todos los intervinientes en la comisión de un delito debían

de ser considerados autores debiéndose acreditar solamente el aporte, aunque sea mínimo de cada uno de estos durante la relación de causalidad. Incluso, aquellas personas que no colaboraban en la realización del verbo rector descrito en el tipo penal eran sancionados como autores, en la medida en que, hubieran contribuido con el resultado delictivo, sin embargo, la distinción de esas contribuciones cobraba importancia al momento de determinarse la pena, pues esta debía darse conforme a la magnitud del aporte que se había dado para que el delito llegara a configurarse. “Para la teoría de la *conditio sine qua non* causa es toda condición del resultado” (Tavares Lobato, 2015, p.14). “Decir que la causalidad determina la responsabilidad implica, de forma necesaria, no distinguir entre las diversas posibilidades de intervención en el delito” (Gómez González, 2001, p.45). “Según esto, también el inductor y el cómplice serán en sí autores, pero el establecimiento de especiales disposiciones penales para la participación indiciaria de estas formas de intervención deben ser tratadas de otra manera dentro del concepto global de autor” (Heinrich Jescheck, 1993, p.591). “La mayor parte de las críticas pronunciadas contra el concepto extensivo o unitario de autor se dirigen en realidad contra esta versión exclusivamente orientada a la causalidad” (Peñaranda Ramos, 2015, p.404).

Luego, se acogió como criterio delimitador entre la autoría y la participación al contenido de las teorías subjetivas, las mismas que prescindían de todo tipo de valoración de los datos objetivos (aunque un sector minoritario de la doctrina española y alemana, rescata a la fecha los fundamentos de dichas teorías) que se presentan necesariamente durante la fase externa de todo delito. En ese orden de ideas, para ser llamado autor había que demostrarse cuál ha sido la intención del sujeto activo en la relación causal del delito, por tanto, se consideraba autor a aquel que había obrado con ánimo de serlo (*animus auctoris*), mientras que era partícipe quien actuó con ese mismo ánimo de apoyo (*animus socii*).

La crítica a esta teoría se da por haber sostenido que la responsabilidad de un interviniente a título de autor o partícipe obedecía netamente a consideraciones subjetivas, y como tal, su demostración quedaba supeditado a la propia conciencia del agente, es decir, a la declaración que este podría realizar sobre cuál ha sido la finalidad de su intervención en el delito, o en su defecto, se subordinaba a la apreciación que el juez efectuará sobre las diversas conductas que se presentaron durante el hecho delictivo pudiendo dejar de lado la existencia de los datos objetivos que se hallan en la realidad. “Sólo queda por ello la posibilidad de buscar el criterio decisivo en la actitud interna de los intervinientes, pero de esta manera se abandona el plano del tipo y se pasa a una consideración sentimental de la culpabilidad (...)” (Heinrich Jescheck, 1993, p.592,593). “Al dejarse la distinción entre autor y partícipe en un nivel subjetivo, se presentan problemas político criminales, se producen resultados criticados por la doctrina” (Bramont-Arias Torres, 2008, p.400).

Por todo ello puede decirse que tampoco las teorías subjetivas logran desarrollar un concepto de autor con validez general, pues lejos de proporcionar un criterio unívoco con el que atenuar la inseguridad jurídica, el criterio del ánimo, del interés o de la voluntad, contribuyó a aumentarla, configurando un irreal criterio subjetivo, lo suficientemente vacío de contenido, como para que, en sede judicial, pudiera ser usado de forma flexible y heterogénea. (Górriz Royo, 2008, p.263).

La opinión dominante en la doctrina alemana moderna defiende un concepto unitario de autor para los delitos imprudentes (al menos en los de pura causación o resultado), ya que no es posible o conveniente distinguir entre autoría y participación, ni tampoco entre diversas formas de autoría, resultando autores inmediatos o directos todos los intervinientes imprudentes en el hecho que lo hayan favorecido (...).

El panorama en la doctrina moderna española es diferente, pues mayoritariamente se acepta la posibilidad de distinguir autoría y participación también en los hechos imprudentes. (Luzón Peña, y otros, 2003, p.115,119).

A su vez, esta teoría se subdivide en la teoría del dolo y la teoría del interés.

*4.1.2.1.1. Teoría del dolo.* Pone énfasis en los aspectos volitivos que presentan los intervinientes cuando participan conjuntamente en la comisión de un delito; situación que permite diferenciar entre la voluntad del autor y la del partícipe, siendo así, la decisión de actuar del primero se caracteriza por su autonomía al tratar de querer realizar a título propio un determinado tipo penal sin que su ejecución o el resultado de la misma dependa del querer de otra persona, en tanto, que la determinación de obrar del segundo, siempre es dependiente o accesoria a la voluntad del autor, puesto que si el autor quiere ejecutar un delito de una forma específica u otra el partícipe también habrá de querer su producción de esa misma manera.

Se crítica a esta teoría por tratar de determinar la responsabilidad de un interviniente solo en base a factores subjetivos prescindiendo de la valoración de toda información obtenida de la realidad y que puede ser percibida por nuestros diversos sentidos, lo que origina que se sancione en calidad de partícipe a toda aquella persona que, a pesar de haber ejecutado la acción típica esta se efectuó únicamente por el querer del autor. “Su mayor flaqueza consiste en que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo, lo que históricamente se explica –al menos desde v. Buri- por el punto de partida causal” (Roxin, *AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL*, 2000, p.74).

*4.1.2.1.1. Teoría del interés.* Se considera autor a los que actúan con esa motivación intrínseca de serlo (*animus auctoris*), en tanto, que serán partícipes quienes tengan el ánimo de colaboración o apoyo en un hecho ajeno llevado a cabo por el autor (*animus socii*).

Es evidente que quien despliega por sí solo la acción típica, está influido o impulsado por una intención o animus de cometer el delito, animus que es diverso de quien sólo se limita a instigar o a cooperar en mayor o menor medida en un hecho ajeno. (J. Fierro, 1964, p.213).

Se crítica a esta teoría igualmente, por tratar de determinar la responsabilidad de una persona solo teniendo en consideración a los elementos subjetivos. Adoptar semejante solución implicaría desconocer la magnitud de los diversos aportes que puedan darse durante la comisión de un delito.

**4.1.2.2. Concepto restrictivo de autor.** La distinción entre autor y partícipe se efectúa tomando como referencia a la magnitud del aporte de cada interviniente durante el desarrollo del hecho punible, es por ello, que se denomina autor al que necesariamente ejecuta la acción típica descrita en el tipo penal (con excepción del autor mediato), en tanto, que a los demás actos de intervención que contribuyen en la relación causal se les califica dentro del ámbito de la participación. “El concepto restrictivo de autor se basa en la definición de la autoría como la realización del tipo y en considerar que la cooperación y la inducción son fundamentos de extensión de la punibilidad” (Bacigalupo S. , 2007, p.18). “De modo que el concepto restrictivo de autor parte de que no todo el que pone la causa es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo” (Gómez González, 2001, p.51).

“El concepto restrictivo de autor hace más tolerables las lagunas de punición, mientras que los olvidos del legislador en la evitación de las consecuencias indeseables de un concepto unitario de autor se traducirían en una punición excesiva” (Luzón Peña, y otros, 2003, p.84). “Sin embargo, a partir de un concepto restrictivo de autor permite una mejor adaptación a los mandatos derivados del principio de legalidad, puesto que es el que establece de forma más

clara, más precisa, más segura, los límites de lo típico” (García del Blanco, 2006, p.227). Esta teoría a su vez se subdivide en la teoría objetivo formal, la teoría objetivo material y la teoría del dominio de hecho.

*4.1.2.2.1. Teoría objetivo formal.* Para esta teoría autor es aquel que ejecuta de manera directa algunos o todos los elementos (descriptivos o normativos) previstos expresamente en un tipo penal, mientras que se considera partícipe a quien contribuye de alguna manera en la relación causal que origina un resultado delictivo. Se descarta la idea que la distinción de ambos títulos de imputación se produzca por la valoración subjetiva que pueda realizarse sobre cuál ha sido la intención del agente al momento de efectuar el delito. “La teoría objetivo formal establece la distinción entre autor y partícipe en base a la gramática, a la sintaxis y a la interpretación literal del tipo” (Gómez González, 2001, p.181). “Es decir, el comportamiento del agente debe coincidir con la acción descrita en el tipo penal” (Bramont-Arias Torres, 2008, p.401).

Posteriormente, surge como idea complementaria a los postulados de esta teoría que el autor deberá de ejecutar la acción típica de manera personal, o sea, de propia mano. “Sólo quien realiza la acción típica (matar, apropiar, privar de la libertad) responderá como autor del delito” (García Caverro, 2008, p.556).

La teoría objetivo-formal moderna exige la realización de actos típicos para ser autor, considerando que el concepto de acción típica es más estricto que el de acción ejecutiva. El autor se caracteriza por realizar una acción que puede conjugarse directamente con el verbo típico, frente al partícipe cuya conducta no encaja en la descripción típica. (Ramos Tapia, Zugaldía Espinar, Torres Herrera, Pérez Alonso, & de Espinoza Ceballos, 2010, p.400).

La crítica a esta teoría se da por la ausencia de una fundamentación idónea al tratar de reprimir a un tercero que utiliza a otro como instrumento (autoría mediata).

Hemos visto, por último, que, para resolver el problema del autor mediato, algunos teóricos de la tesis objetivo-formal trabajan con dos conceptos de autor. Autor es por regla general, se dice, el que realiza un acto ejecutivo; pero también lo puede ser excepcionalmente, el que sin ejecutar, ha sido la “causa” del resultado producido (Finger, Frank, v. Hippel), o tiene la “preponderancia” en el acontecimiento delictivo (Hegler), o es el que, “desde un punto de vista normativo, realiza lo más grave” (Sauer). (Gimbernat Ordeig, 2012, p.25).

Se le reprocha no poder argumentar adecuadamente en aquellas situaciones en las que se da la concurrencia de varios sujetos que intervienen de forma directa o indirecta en la ejecución del hecho punible en donde no sea posible determinar cuál o cuáles han sido los aportes causantes del resultado delictivo, siendo uno de estos supuestos cuando se trata de los jefes de organizaciones criminales quienes solo dan las órdenes para su comisión, mas no, intervienen directamente al momento de llevar a cabo las conductas prohibidas. “El criterio objetivo-formal origina lagunas muy sensibles desde el punto de vista político-criminal” (Córdoba Roda & Rodríguez Mourullo, 1976, p.822). Tanto la doctrina alemana y española, postulan una serie de versiones de la mencionada teoría tales como: La teoría objetivo formal clásica, la teoría objetivo formal modificado o teoría de la subsunción típica, la teoría objetivo formal mixta, la determinación objetiva y positiva y la teoría objetivo formal como tipo principal o director o como tipo de referencia principal.

*4.1.2.2.2. Teoría objetivo material.* Esta teoría surge en contraposición y ante la carencia de argumentos de la teoría objetiva formal al tratar de explicar la diferencia entre autoría y participación.

Viene a ser autor quien realiza la contribución objetiva más importante para la configuración de un hecho punible, en tanto, que las demás colaboraciones de menor relevancia serán efectuadas por el partícipe. “Según este criterio, es autor quien domina finalmente la realización del mismo, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización” (Muñoz Conde, 2008, p.155). Precisamente, la importancia de unas contribuciones frente a otras, radica en el aumento de la peligrosidad que generan por la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la ley penal.

El estudio de esta teoría demuestra la jerarquía existente entre los diversos aportes de cada interviniente. Siendo así, aquella colaboración que revista mayor importancia en cuanto son necesarias para que el delito llegue a producirse deberá de ser tomada como causa, mientras que a los aportes de menor jerarquía se les considerará condiciones.

En efecto, se basa en la premisa de que “causa” es fundamentalmente un elemento dinámico, creador de un determinado resultado que si bien requiere la concurrencia de ciertas condiciones para su materialización----- tanto sean éstas positivas como negativas--, deben, no obstante, ser perfectamente diferenciadas las unas de las otras, puesto que solamente la causa tiene posibilidad de crear, de producir, mientras que la “condición” y con mucha más razón la “ocasión”, sólo favorecen. (J. Fierro, 1964, p.181,182).

Se crítica a esta teoría por tratar de establecer la diferencia entre causa y condición, solo en base a valoraciones objetivas que se presentaron en la relación causal del delito, obviando de esa manera, toda evaluación de los elementos subjetivos que se habrían manifestado dentro de ese contexto.

Téngase presente que una distinción precisa entre “causa” y “condición” o entre causas más o menos importantes no puede obtenerse en el mero terreno objetivo de la causalidad.

Hoy se admite generalmente que todas las condiciones (necesarias) de un hecho son igualmente causales (teoría de la equivalencia). (Mir Puig, 2008, p.374).

Asimismo, se le reprocha el no poder fundamentar de forma coherente la responsabilidad del autor mediato, ya que su intervención en el delito no se produce de manera directa y, más bien, existe una menor proximidad de su conducta con el verbo rector descrito en los tipos penales. Tampoco logra sostener racionalmente el tema de la coautoría, puesto que resulta suficiente que los aportes de sus agentes tengan igual importancia o valor para que se les atribuya dicha condición, desconociendo con ese argumento el desarrollo dogmático referente al dominio funcional del hecho.

Dentro de la teoría objetivo material se presentan diversas posturas que fueron evolucionando y perfeccionando cada vez más su contenido conforme al desarrollo experimentado por la dogmática penal, siendo estos los siguientes: La teoría de la necesidad, la teoría de la simultaneidad, la teoría de la supremacía y la teoría del dominio de hecho.

*4.1.2.2.3. Teoría de la necesidad.* Para ser considerado autor se requiere que el aporte del interviniente en la relación causal del hecho punible sea de tal magnitud, que en caso de verificarse su ausencia no podría configurarse, en ese sentido, la conducta del partícipe es vista simplemente como un acto de contribución, cuya existencia o no, en nada altera a que se produzca un determinado actuar delictivo. La crítica a esta teoría viene desde el ámbito práctico, ya que la diferencia entre el aporte del autor y del partícipe en algunos supuestos puede demostrarse de manera sencilla conforme a los sucesos acontecidos en el mundo real, sin embargo, existen otros casos donde determinar que contribución causal ha sido la más importante dentro de un contexto específico resultan ser en demasía complicadas y, por ende,

traen la dificultad de separar entre lo que debe considerarse como causa necesaria y no necesaria.

Claus Roxin señala como ejemplo el caso de una anciana, quien colabora en la comisión de un robo mediante la entrega de una cuerda a un tercero para que este pueda acceder a la vivienda de donde sustrae diversos bienes con violencia, en esa circunstancia, surge la siguiente interrogante referida al tema de la supresión mental del aporte de la anciana, que da como resultado que en el supuesto que se determine que el robo se habría producido de todas maneras sin la ayuda de esa persona, debería de considerársela como autora, o más por el contrario, resulta incorrecto atribuirle ese título de imputación, pues ella nunca habría podido realizar por si misma ese robo debido al impedimento que sufre por sus condiciones físicas, por lo tanto, en tal contexto sería partícipe.

Por último, también el ámbito de aplicación de esta teoría se limita a la distinción entre coautoría y complicidad, no sirviendo para distinguir la autoría, autoría mediata y la inducción. Si, por ejemplo, alguien persuade a otro para que cometa un delito, a lo que el autor no habría llegado motu proprio, no pasa de ser inductor, aunque haya aportado una condición necesaria. Al respecto reina hoy unanimidad. (Roxin, *AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL*, 2000, p.61).

*4.1.2.2.4. Teoría de la simultaneidad.* La diferencia entre autor y partícipe se determina por la contribución dada por el interviniente en la configuración del delito, ya sea en los actos anteriores, simultáneos o posteriores, por consiguiente, será autor aquel que necesariamente haya intervenido en la ejecución (actos ejecutivos y simultáneos) de la conducta prohibida establecida en el tipo penal, mientras que se le considerará partícipe a quien haya colaborado en la comisión de los actos previos que dan inicio al delito.

La teoría de la simultaneidad, defendida en Alemania, entre otros, por BIRKMEYER, autor es el sujeto que realiza la aportación en fase de ejecución (concursum concomitans) y el partícipe es el sujeto cuya contribución se lleva a cabo en fase preparatoria (concursum antecedens). (García del Blanco, 2006, p.230).

Se crítica principalmente a esta teoría el hecho de no poder argumentar de forma racional sobre la responsabilidad del autor mediato, esto debido a que en ese contexto la participación de este interviniente no se da de forma directa en la comisión de la acción típica, sino más bien, se manifiesta por intermedio de un tercero.

*4.1.2.2.5. Teoría de la causalidad directa o independiente.* Su estudio va dirigido a determinar cuál ha sido la causa directa (independiente) o indirecta (dependiente) que produjo el delito.

La distinción entre autores y partícipes depende de si la aportación realizada por el sujeto conduce causalmente de forma directa o independiente a la producción del resultado, siendo en ese caso autor, o si, por el contrario, para que se produzca el resultado es necesaria la actuación posterior e independiente de otro, en cuyo caso será un partícipe. (García del Blanco, 2006, p.230).

*4.1.2.2.6. Teoría de la supremacía.* Para establecer la diferencia entre la autoría y la participación es preciso analizar las circunstancias de tiempo, modo y forma en que sucedieron los hechos en cada caso concreto. De verificarse que se dio una relación de coordinación entre los aportes de todos los intervinientes por ser proporcionales o equivalentes, deberá de atribuírseles a estos la condición de autores. De otro lado, si se trató de una relación de subordinación o supremacía donde una contribución fue dependiente a otra en la relación causal, esta última será calificada como un acto secundario atribuible al partícipe. Se le crítica por la

ausencia de una regla general que permita establecer los supuestos de supremacía de un aporte frente a otro ante la diversidad de casos que podrían existir. “El que se dé relación de equivalencia o de subordinación no es cuestión de enjuiciamiento subjetivo, sino que resulta susceptible de concreción con auxilio de puntos de vista objetivos” (Roxin, AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL, 2000, p.70).

4.1.2.2.7. *Teoría del dominio del hecho.* Actualmente, esta teoría es asumida de manera predominante en el ordenamiento jurídico peruano cuándo se trata de demostrar la responsabilidad de una persona que ha intervenido en la comisión de un delito común –postura que comparto-. Se caracteriza por constituir una teoría ecléctica propia del sistema finalista, ya que adopta los argumentos de las teorías subjetivas y objetivas al momento de establecer la distinción entre autor y partícipe.

“La mayoría de los autores que apoyan la teoría del dominio del hecho afirman que combina: (i) un elemento objetivo consistente en las circunstancias de hecho que otorgan el control sobre el delito; y (ii) un elemento subjetivo que consiste en el conocimiento de dichas circunstancias” (Olásolo Alonso, 2009, p.301).

Esta tesis, con independencia de las diversas matizaciones que se le hacen por sus diferentes defensores sostiene, en síntesis, *que autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho.* (Quintero Olivares, Morales Prats, & Prats Canut, 2000, p.618).

El concepto de autor, sin embargo, lo debemos buscar en la realización de dominio y no en la ejecución. Ésta por sí sola no fundamenta el conjunto de todas las formas de autoría,

mientras que el dominio, prescindiendo de la ejecución de propia mano fundamenta siempre, salvo en determinadas clases de delito, la autoría. (Gómez González, 2001, p.55).

Esta teoría ha tenido entre sus predecesores a Hermann Bruns Hellmuth Von Weber, Lobe y Hegler; este último fue quien utilizó por primera vez ese término jurídico en el año de 1915, con una connotación distinta a la que se le da hoy en día. Su elaboración conceptual como se conoce a la fecha se debe a Hans Welzel, quien desde una posición finalista sostiene que la teoría del dominio del hecho concibe al autor y partícipe de la siguiente manera:

Hay dos conceptos completamente distintos de autor:

- a) la autoría estructurada sobre el dominio finalista del hecho, de los delitos dolosos;
- b) la autoría estructurada sobre la causación de un resultado evitable, de los tipos culposos (...)

1. La autoría culposa es una causación del resultado evitable. (...) Toda forma de cocausalidad evitable es autoría culposa (...)

2. *No es autor de una acción dolosa* quien solamente causa un resultado, sino quien *tiene el dominio consciente del hecho* dirigido hacia el fin (...)

Aquí se eleva el autor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación. El instigador y el cómplice no tienen el dominio del hecho, sino que sólo han inducido a la decisión del hecho o ayudaron en su ejecución. Por eso, una participación auténtica sólo es posible dentro de los tipos dolosos. (Welzel, 1956, p.104,105).

El fundamento interno para la punición del partícipe no reside en el hecho de que el partícipe ha conducido al autor a culpabilidad y pena, sino en que él ha motivado o fomentado un hecho antijurídico socialmente intolerable (...). (Welzel, 1956, p.121).

Esta teoría se caracteriza por combinar los fundamentos de las teorías objetivas (hechos externos) y subjetivas (intención del sujeto) de la participación desde una visión restrictiva del concepto de autor, por ende, una persona será considerada autor inmediato de un delito doloso, siempre que ejecute de manera directa la acción típica descrita en la ley penal, es decir, deberá efectuar de propia mano la conducta dolosa establecida expresamente en los tipos penales (dominio de la acción). Ahora bien, para que se le atribuya al interviniente de un hecho punible el título de autor mediato deberá de tener bajo la esfera de su dominio a un tercero, el mismo que será utilizado como un instrumento o intermediario en la ejecución de la conducta delictiva (dominio de la voluntad).

Por último, para ser coautor se requiere de la división de roles o tareas al realizar el delito entre todos intervinientes, a fin de garantizar el éxito de su ejecución (dominio funcional del hecho).

En la mayoría de los delitos el criterio decisivo para la autoría, es, según una doctrina hoy totalmente dominada y formulada por primera vez de forma completa por mí, “el dominio del hecho” figura central del suceso delictivo es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que los partícipes, si bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo, no configuran de manera decisiva o determinante su ejecución. Hablo en este caso de “delitos de dominio”.

Pero también existen delitos en los que el centro de la realización típica sólo aparece quien ha infringido un deber personal que no incumbe a cualquiera. A estos delitos los denomino “delitos de infracción de deber” (...). En estos casos es autor (=figura central del suceso delictivo) quien realiza el resultado (de la forma que sea) mediante la infracción especial específico para el tipo, mientras que alguien a quien no incumba este deber (...) no puede

ser más que partícipe, con total independencia de la importancia de su contribución externa al hecho. (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo II especiales formas de aparición del delito, 2014, P.69,70).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia tratándose de los temas de intervención delictiva adopta los postulados de la teoría restrictiva de la participación, específicamente a lo establecido en la teoría del dominio del hecho (con excepción, cuando se trata de los delitos contra la administración pública).

*“En segundo lugar, tenemos las teorías restrictivas, las cuales han sido acogidas en este Supremo Tribunal y el Tribunal Constitucional, que son las que adoptamos; siendo ilustrativa al respecto la sentencia N° 1805-2005-HC/TC-Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, en la que el Tribunal Constitucional toma partido por una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, definiendo quién es autor y quién es partícipe; con este fin, se afilia a la teoría del dominio del hecho, según la cual, por un lado, es autor quien ostenta dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro, es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho”. (CASACIÓN N° 367-2011-LAMBAYEQUE).*

Uno de los principales problemas de la teoría del dominio del hecho es la carencia de argumentos al tratar de delimitar la responsabilidad del interviniente en los delitos imprudentes, ya que la voluntad de actuar del sujeto activo no se encuentra direccionada por un fin en los términos que sostiene la concepción finalista del injusto, por lo tanto, en este contexto se presenta como alternativa de solución el concepto unitario del autor. “El argumento central es que la participación requiere dolo y, por consiguiente, en la imprudencia, al no concurrir dolo, no cabe participación” (Corcoy Bidasolo, 2014, p.179).

4.1.2.2.8. *Teoría funcionalista de la autoría.* El fundamento de la autoría para el caso de los delitos comunes se centra en la idea de que toda persona asume la función de protección voluntaria de cualquier bien jurídico por el solo hecho de ser parte de la sociedad, es decir, un individuo en mérito a su rol general (competencia por organización) por ser miembro de una colectividad posee el control decisivo y determinante (libre albedrío) para realizar o no una determinada conducta delictiva.

Ahora bien, en el caso de los delitos especiales (delitos contra la Administración pública) la responsabilidad que se establece en contra de una persona se determina ya no por la competencia por organización que tiene sobre la producción de un hecho punible, sino esta obedece a la competencia por institución que posee frente a la existencia de deberes especiales que le son atribuibles en una situación específica, el mismo que le otorga un status o rol social definido para su actuación (infracción de deber) de manera obligatoria con la finalidad de evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que se encuentran protegidos por la Administración pública (institución). En tal sentido, será considerado partícipe en los delitos comunes quien no tenga la competencia sobre su desarrollo, puesto que su conducta no resulta siendo necesaria o está no reviste mayor importancia para su configuración, mientras que tratándose de los delitos especiales, es partícipe quien no tenga esos deberes específicos que se adquieren al momento que se es parte del ámbito de una institución del Estado –posición que es asumida por la jurisprudencia nacional para los delitos contra la Administración pública-.

Para la determinación de la intervención delictiva, Jakobs deja de lado conceptos orientados fácticamente para asumir un criterio normativo. La competencia por el hecho. Sin embargo, reconoce que la determinación de esta competencia jurídico-penal no asume los mismos contornos en todos los contactos sociales, sino que depende del tipo de rol

infringido. Los roles atribuidos al sujeto responsable pueden clasificarse de dos formas. En primer lugar se encuentra el rol general de ciudadano que le autoriza a organizarse libremente sin afectar a otras personas. La infracción de este rol da lugar a los delitos de dominio. La competencia por esta clase de delitos se sustenta en haber afectado a otra persona mediante una configuración prohibida de la propia esfera de organización (...). Todos los que actúan en un contexto delictivo son competentes por el delito, siendo el autor simplemente un competente preferente por la mayor cantidad de dominio en la configuración del delito (...).

Frente al rol general de ciudadano se encuentran los llamados roles especiales que surgen por una institución social elemental que vincula de una manera especial a una persona con otra (relación paterno-filial de la institución “ familia”) o con una situación socialmente deseable (la recta administración de justicia de la institución “Estado”). Estas vinculaciones se manifiestan mediante relaciones de deber, cuya infracción da lugar a los delitos de infracción de deber. (García Caveró, 2008, p.561,562).

Resulta indudable, que la teoría funcionalista supone un progreso importante respecto a la teoría del deber formal, pues a diferencia de ésta, no se limita a vincular responsabilidades penales con simple deberes, sino que establece concretamente la relación necesaria entre el bien jurídico y el sujeto obligado, para que a éste se le pueda imputar la lesión de aquél. (del Castillo Codes, 2007, p.145).

#### ***4.1.2.3. Posición personal***

A criterio personal, al tratarse de los delitos comunes realizados siempre en forma dolosa la teoría adecuada para determinar cuándo una conducta debe ser calificada dentro del título de imputación de autor o partícipe es la teoría del dominio del hecho –con excepción de los delitos

imprudentes-, pues aquí se establece de forma razonable que se considera autor a quien tenga la conducción, el mando o el señorío en la comisión del hecho punible, ya sea en los casos donde un solo interviniente realiza el tipo penal de manera directa (autoría inmediata), o cuando varios sujetos previa distribución de roles lo ejecutan (coautoría), o cuando un tercero domina el curso causal del acontecer delictivo, a pesar de que, otro interviniente sea quien ejecute los elementos descriptivos y normativos del tipo penal (autoría mediata). Para los delitos contra la Administración pública la teoría funcionalista resulta ser la más idónea en la resolución de conflictos sobre temas de intervención delictiva, ya que de por sí, esta se enfoca en la función específica que desempeña el interviniente dentro del contexto o ámbito en que labora (infracción de deber) dentro del Estado, lo cual permite establecer su nivel de responsabilidad en condición de autor o partícipe conforme al vínculo funcional que tenía al momento de la comisión del delito.

#### **4.2. La Instigación**

También denominada en algunas legislaciones como inducción. Consiste en la provocación dolosa a través de la influencia psicológica dirigida por parte de una persona hacia otra, a fin de que esta última ejecute un determinado delito. Al respecto el artículo 24° del Código Penal de 1991 establece “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”. “Los elementos de cualquier acción punible, actuación voluntaria y resultado, se encuentran naturalmente también en la instigación” (Ernst Mayer, 2007, p.486). Se sostiene además que el inductor es aquel que origina en otro su resolución criminal de realizar un hecho punible. “Inducir, en sentido amplio, significa hacer nacer en otro la resolución de realizar algo” (Etcheberry, 1976, p.69). Es decir, el inductor

determina a otro a la comisión del hecho creando en él la idea delictiva” (López Barja de Quiroga, 2004, p.363).

Determinar o inducir a la comisión de un delito, según lo dispuesto en el Código Penal, significa que la voluntad delictiva del instigado se ha de haber formado –o reforzado- por la influencia psicológica al que fue sometido por parte del instigador. La instigación a un delito que el autor ya decidió cometer es por lo tanto imposible. “En tal caso sólo queda por analizar si puede tratarse de una tentativa punible de instigación” (Bacigalupo Zapater, Manual de Derecho Penal Parte General, 1996, p.207). “Además, el determinar presupone la concreción del hecho: es preciso que se induzca una determinada lesión típica de un bien jurídico” (Maurach, Heinz Goss, & Zipf, 1995, p.437).

#### **4.2.1. Historia y evolución de la inducción en el mundo**

La instigación tal como se conoce hoy en día fue materia de análisis y estudio durante el derecho romano (siglo XIII) por sus diversos exponentes que eran los glosadores, aunque no haya sido denominada bajo ese término, sino más bien, se le consideraba como si se tratase de una autoría. Por esa razón, en ese periodo se llamaba inductor a aquel que mediante una influencia psíquica determinaba a otro (tercero) a cometer un hecho punible.

Con la entrada de la edad media, los intérpretes italianos analizaron los textos romanos y postularon diversas concepciones jurídicas, a fin de explicar en qué supuestos debía considerarse que existía autoría y en cuáles no, siendo estos los siguientes: El *mandatum*, el consejo (*consilium*) y la *ratihabitio*.

Ahora bien, el *mandatum* se caracterizaba por que la acción típica era realizada de manera directa por el autor material a quien se le denominaba mandatario, sin embargo, la decisión de realizar el hecho punible surgía exclusivamente por la influencia psicológica de un tercero y en

ínteres del mismo a quien se le consideraba mandante, el cual venía a ser el autor intelectual, por lo tanto, este último era el único responsable por el delito que se había ejecutado en los casos que el mandatario debido a su estado de inimputabilidad, al error o coacción al que fue sometido en una situación específica o a la existencia de un deber de cumplimiento y entre otros factores, no podía imputarsele su comisión. “El mandante pervierte el ánimo del mandatario, lo induce a hacer lo que no haría sin el mandato, y aunque no concurre físicamente a la ejecución, tiene tanta parte como si cuncurriera” (Peñaranda Ramos, 2015, p.60).

Que el mandato sigue siendo el prototipo de la autoría intelectual se evidencia por el hecho de que la admisión de ésta no ofrece ninguna dificultad cuando el medio utilizado por el instigador es precisamente el mandato o una modalidad cualificada de él. (Peñaranda Ramos, 2015, p.215,216).

El mandato en lo penal tenía similitud en aquel periodo con el mandato en el ámbito civil, en donde se atribuía la condición de autor material a quien realizaba el hecho a nombre (mandatis nomine) y en beneficio (mandatis gratia) del autor moral, en consecuencia, se le atribuía únicamente a éste último el desvalor del resultado producido.

El consilium a diferencia del mandatum consistía en una simple colaboración no esencial en la relación causal del hecho punible, cuyo desvalor permitía que se le considere como un acto de complicidad al momento de determinarse su responsabilidad penal. “También en el consilium era tradicional una distinción de carácter causal” (Peñaranda Ramos, 2015, p.64).

Por otra parte, teniendo presente el carácter accesorio de tal aporte, ya que por si solo no podía originar un hecho punible, la sancion penal que podría imponérsele estaba supeditado a que no se excluya la responsabilidad del autor.

Dicha cooperación moral a la decisión delictiva del autor podría revestir dos modalidades:

a) La promoción o determinación de la voluntad delictiva de otro a través de la influencia o el convencimiento (persuasio) o bien mediante la incitación o sugerencia (instigatio, suggestio).

b) Simple fortalecimiento (auxilium verbo) de una voluntad delictiva ya existente (alias facturus). (Olmedo Cardenete, 1999, p.37).

Mediante la figura jurídica de la ratihabitio se hacía referencia a la comisión de un delito por parte del autor inmediato en beneficio de un tercero sin la necesidad de que haya existido previamente una influencia u orden expresa de este último, no obstante, si el tercero posteriormente aceptaba que la ejecución se había dado exclusivamente a su nombre y por interés personal, este vendría a ser el responsable de su comisión.

A inicios del siglo XVIII, aún perduraba en Alemania la distinción entre mandatum y consilium bajo esas mismas consideraciones.

Más adelante, varios exégetas de aquel periodo adoptaron criterios de distinción basados en argumentos iusnaturalistas con la intención de explicar los distintos grados y la importancia de cada aporte en la ejecución del delito, lo que dio lugar a que las diferentes formas de participación delictiva sean reunidas en dos grandes grupos; la primera agrupación se refería a la autoría (Urheber), la misma que comprendía no solo a la autoría material, sino también a la autoría intelectual y a toda forma de intervención considerada grave a quienes les correspondía la misma pena. En tanto, que la segunda agrupación abarcaba al resto de colaboraciones que no tenían las características descritas anteriormente por cuanto no favorecían de modo directo a la configuración del delito y, por ende, se les calificaba como simples actos de complicidad (socius). “Por lo que a la pena ordinaria se refiere, este concepto fue ante todo el de “autor”

(auctor, Urheber), al que vendría a contraponerse el de “cómplice” (socius sensu stricto, gehulfe)” (Peñaranda Ramos, 2015, p.50).

A fines del siglo XVIII y a inicios del siglo XIX, diversos autores tales como Kleinschrod, Grolman, Feuerbach y Stübel y entre otros, hicieron extensivo el campo de aplicación del término de Urheber, lo que posibilitó que otras conductas tales como el mandato, el consejo, la amenaza y otras figuras jurídicas sean comprendidas bajo dicho concepto y, asimismo permitió establecer las características que debía de tener una conducta para ser considerada como un acto de participación.

Con la entrada del siglo XIX, la mayoría de las legislaciones se orientaban a considerar al instigador como un autor intelectual, destacándose del resto al Código Penal Bávaro de 1813, el mismo que en su artículo 45° establecía:

No sólo aquél, que causa el delito por su propio hecho y fuerza corporal, sino también II. quien con la intención de originar el delito ha prestado al ejecutor, antes o durante la ejecución, una ayuda de tal naturaleza que sin ella el hecho no hubiera sido posible; finalmente III. Todos aquellos que con una intención antijurídica han movido a otro a la comisión y ejecución del delito, deben ser castigados como autores del mismo. (Olmedo Cardenete, 1999, p.42).

Además, en su artículo 46.1° se señalaba que:

Bajo el anteriormente denominado autor se comprende. Quien ha determinado al ejecutor a la realización del hecho mediante aconsejamiento expreso, mediante mandato, mediante promesas o entrega de un precio, mediante violencia, amenaza u orden o, finalmente, mediante provocación o aprovechamiento o intencionado de un error. (Olmedo Cardenete, 1999, p.43).

Conforme se advierte del análisis de tales artículos con relación al tema de la instigación se tiene que, en primer lugar, se concebía al instigador como autor a quien se le denominaba Urheber; término que comprendía tanto al autor material, al autor intelectual y a las demás formas de intervención delictiva. En segundo lugar, se establece un catálogo expreso de conductas que constituyen en esencia, lo que actualmente se conoce como instigación. De igual manera, el Código Penal de Baden de 1845 hizo suyo dichos fundamentos en su totalidad llegando incluso a brindarle un tratamiento más extenso en comparación al anterior texto legal.

En esa misma línea, los Códigos Españoles de 1848, 1850 y 1870 en sus artículos 12.2°, 12.2° y 13.2° establecieron bajo la misma fórmula legal que toda persona que inducía a otra para que ejecutará un delito debía de ser autor; posición que se mantuvo durante un largo periodo hasta fines del siglo XX. Incluso, el Tribunal Supremo Español desde el comienzo de sus funciones reprodujo los argumentos del sistema unificado de la autoría donde todos los intervinientes en el hecho punible debían de responder a título de autor dejando de lado el análisis de sus contribuciones, ya que solamente bastaba con verificar sus aportes en la relación de causalidad, resultando innecesario toda forma de distinción accesoria que podría haberse realizado. A efectos, de justificar la consideración del instigador como autor el Tribunal Supremo estableció como argumento que, la determinación de su colaboración debía de ser indispensable en la producción del delito (causa necesaria), cuya ausencia traía consigo que no existiera un hecho delictivo al cual sancionar. “Debemos decir, que en un primer momento, el TS recurría a la idea de la “causa necesaria” como argumento para sostener que el inductor constituía un verdadero autor” (Olmedo Cardenete, 1999, p.88).

Ya en el siglo XIX, se modificó su criterio dogmático señalando como postura doctrinaria que ante la existencia de un acuerdo de voluntades en conjunto en el plan criminal por parte de todos los intervinientes, estos debían de responder como autores.

Mención especial merece el Código Penal Español de 1822 en comparación a sus antecesores, a pesar de que, tuvo una corta vigencia adquirió trascendental importancia debido al tratamiento legal que otorgó al tema de la instigación en sus artículos 14.3° y 14.4°, pues fue el primer texto español en considerar que las diferentes conductas que se encontraban previstas en la norma jurídica, no necesariamente hacían referencia a la autoría, razón por la cual, no existían problemas en que sean calificadas como una forma de complicidad.

Y ello no es sino producto de la influencia francesa de la época, pues el artículo 60 del texto galo —que analizaremos en otro lugar— califica como complicidad comportamientos que en la actualidad son generalmente reconocidos como hipótesis de instigación. (Olmedo Cardenete, 1999, p.76).

Precisamente, el artículo 14.3. y 14.4 a la letra establecían lo siguiente:

Tercero: los que á sabiendas y voluntariamente por su discursos, sugerencias, consejos ó instrucciones provocan ó incitan directamente á cometer una culpa ó delito, ó enseñan ó facilitan los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se someta la culpa ó delito de resultas de dichos discursos, sugerencias, consejos ó instrucciones. Cuarto: el que libre y voluntariamente y á sabiendas por soborno ó cohecho, con dádivas o promesas, ó por órdenes ó amenazas, ó por medio de artificios culpables hace cometer el delito ó culpa que de otra manera no se cometería (...). (Olmedo Cardenete, 1999, p.77).

Por otra parte, en la legislación francesa destaca el Código Penal Napoleónico de 1810 que describía en su artículo 60° una serie de conductas que se referían a la instigación, aunque no

se empleará ese término en su redacción. A su vez, esta conducta delictiva fue calificada como un acto de complicidad y no de autoría, pese a que, en ese momento un gran sector de la doctrina francesa se inclinaba por considerarlo dentro de la autoría intelectual. Efectivamente, el artículo 60° del Código Penal Napoleónico de 1810 establecía expresamente:

(...) “serán castigados como cómplices de una acción calificada de crimen o delito, los que por dádivas, promesas, amenazas, abusos de autoridad o poder, maquinaciones o artificios culpables, **hayan provocado a esta acción o dado instrucciones para cometerla** (...)”.

(Peñaranda Ramos, 2015, p.289).

Esta forma de concebir a la instigación permitió que en su artículo 59° se determinará que a los cómplices les correspondía la misma pena que al autor.

En esa misma orientación, el Código Penal Prusiano de 1851 (StGB) al ser influenciado por el Código Penal Napoleónico de 1810, también hizo la distinción entre autoría y participación, siendo abarcado el tema la instigación y la complicidad dentro de la participación (se consigna de manera expresa en el texto legal). Al respecto, el artículo 34° del Código Penal Prusiano establecía que:

(...) “será castigado como partícipe de un delito o falta: 1) Quien ha incitado, instigado o determinado al autor a la comisión del delito o falta mediante regalos o promesas, mediante amenazas, abuso de autoridad o de la violencia, mediante la producción o el favorecimiento intencionado de un error a través de cualquier otro medio (...)”. (Olmedo Cardenete, 1999, p.97).

Al analizarse su texto se evidencia que no se hace mención a la complicidad como un concepto genérico que abarcaba a diferentes conductas delictivas, sino más bien, se utilizó el término partícipe. Con referencia a la punibilidad del autor y del partícipe se determinó que les

correspondía la misma sanción, excepto, en los casos en que la colaboración por parte de algunos cómplices resultaba de escasa importancia, situación en la cual podría reducirse la pena a imponerse.

Los artículos 52° y 54° del Código Penal Bávaro de 1861 adoptaron los lineamientos del Código Penal Prusiano de 1851 para distinguir entre autores y partícipes. Es por ello, que la instigación era considerada como una intervención independiente a la autoría.

El punto de partida para deslindar la naturaleza jurídica de la instigación del campo de la complicidad y centrar su estudio como una forma de participación autónoma, lo encontramos de manera incipiente en el artículo 48° del Código Penal Bávaro de 1871 (RStGB), que establecía:

(...) “será castigado como inductor, quien mediante regalos o promesas, mediante amenaza, mediante abuso de autoridad o de la violencia, mediante producción intencionada o favorecimiento de un error o por cualquier otro medio, ha determinado dolosamente a otro a la acción punible comenzada por el mismo.” (Olmedo Cardenete, 1999, p.99).

Ahí, se consignaba una serie de conductas que debían de ser punibles a título de instigación, así como los mecanismos a través de los cuales podría darse, no obstante, tal distinción inicial no implicaba la atribución de todos los efectos y características que posee actualmente y tampoco permitía establecer de manera indubitable una diferencia con la figura de la autoría mediata.

Esta forma de tratamiento legal de la instigación fue recogida por el Tribunal Supremo Alemán quien reconoció su carácter accesorio y dependencia frente a la autoría. El enunciado de “acción punible” consignado en el artículo 48° del Código Penal Bávaro de 1871 trajo consigo mayores inconvenientes para la figura de la instigación, pues al realizarse una

interpretación en concordancia con el artículo 51° del mismo cuerpo legal donde se hacía mención que no existía acción punible en los casos que el instigado ejecute un hecho punible en estado de inconsciencia o con un trastorno patológico, no podía tampoco atribuirse responsabilidad alguna en contra del instigador, es decir, si en la conducta del instigado no se hacía presente la categoría jurídica de la culpabilidad al momento de la ejecución del delito, el instigador quedaba libre de toda persecución penal. Esta forma de actuación fue resultado del principio de la accesoriedad máxima que se encontraba vigente en ese momento y donde se establecía que necesariamente el autor del hecho principal debía ser culpable, a fin de que pueda castigarse a los demás partícipes.

Durante el siglo XX, se introduce una serie de modificatorias en el Código Penal Bávaro de 1871 para superar la problemática descrita en el párrafo precedente.

La eliminación de tales obstáculos no se produce sino con la reforma de 29 de mayo de 1943 que suprimió en el § 48 la exigencia del comienzo por parte del autor de “una acción punible”, sustituyéndola por la del inicio de una “acción conminada con pena. (Gómez González, 2001, p.100.101).

Con el objetivo de determinar de forma indubitable la independencia de la categoría jurídica de la culpabilidad de cada uno de los intervinientes en el delito y ,con ello, consolidar el principio de accesoriedad limitada, se modificó la redacción primigenia del artículo 50° del Código Penal Bávaro de 1871 estableciendo en su nueva descripción que “(...) Colaborando varios en un hecho, será castigado cada uno de ellos según su propia culpabilidad sin consideración a la culpabilidad de los otros”. (Olmedo Cardenete, 1999, p.101).

El principio de accesoriedad limitada encuentra su definitiva y mejor delimitación, con la redacción de la segunda Ley alemana de reforma penal de 4 de julio de 1969 –que

introducía una Parte General del STGB completamente nueva, y que entraría en vigor a partir del 1 de enero de 1975 --- en la que el § 26 StGB- hoy vigente-recoge la figura de la inducción: el citado precepto señala que “como inductor será castigado igual que el autor, quien dolosamente ha determinado a otro al comienzo de un hecho antijurídico doloso”. (Olmedo Cardenete, 1999, p.101).

De otro lado, los Códigos Penales Españoles de 1914, 1928, 1932, 1944 y 1973 siguieron la misma orientación de sus antecesores, principalmente inspirados en el Código Penal de 1848, por esa razón, calificaron al instigador como autor. Posteriormente, se cambió de argumento jurídico haciendo hincapié en el aporte del instigador en la causalidad del hecho punible el cual debía de ser imprescindible, y en caso de verificarse su ausencia no existía delito. Tal regulación se mantuvo hasta la entrada en vigencia del Código Penal Español de 1995 – que se aplica a la fecha- en donde recién se consideró al instigador como un partícipe, ello, debido a la influencia ejercida por la legislación alemana, la misma que fue asumida de manera tardía, pese a haberse consolidado años atrás en dicho ordenamiento jurídico.

#### **4.2.2. Historia de la inducción en el Perú**

Al haberse abordado el estudio de los orígenes de la instigación desde un contexto global, a continuación, se pasará a efectuar una breve reseña histórica sobre el tratamiento legal impartido a esta institución jurídica en la legislación nacional desde los albores del periodo Republicano –se aborda el estudio desde esta etapa, pues nos interesa conocer únicamente su regulación legal a partir de la existencia de un código penal- hasta la actualidad.

Con posterioridad a la independencia del Perú, la legislación penal estaba básicamente constituida por los aportes de la recopilación de las Leyes de las Indias de 1680 y por las Siete Partidas las cuales regulaban las diferentes situaciones delictivas que podrían presentarse,

aplicándose también de manera supletoria en algunos casos el Derecho de Castilla. En los inicios de la vida republicana, no existía norma jurídica que responda a los intereses sociales propios que se generaron a raíz de la independencia, por ese motivo, siguieron empleándose las disposiciones del Derecho Penal Colonial (indiano). “Hasta antes de la promulgación de nuestro primer código sustantivo, el Perú de entonces se regía, pese a sus deficiencias, por el Derecho Colonial” (García Belaunde, 1996) aplicar

“En este marco, la construcción de un derecho penal (criollo) resulta una ficción pues aun cuando la elaboración jurídica correspondiera a criollos cultos peruanos, éstos eran producto de la educación europea, y la sociedad que el derecho propuesto por ellos pretendía regular, estaba radicalmente escindida”. (Villa Stein, 2014, p.113).

Es preciso hacer mención, que el primer intento, a fin de establecer una regulación jurídica en materia penal que debía de responder a las necesidades de nuestro contexto social viene dado por la propuesta de elaboración de un proyecto del código penal realizado en el mes de diciembre de 1825 por parte de Simón Bolívar, iniciativa que no tuvo mayor trascendencia, ya que ni siquiera llegó a concretarse tal promesa por desidia de la comisión encargada de realizarlo. Más adelante en 1828, se publica un proyecto de un código penal elaborado por Manuel L. Vidaurre en la ciudad de Boston, el mismo que no fue tomado en consideración por los demás textos posteriores, a pesar de su enorme importancia legal. “La obra de Vidaurre marca el primer paso legislativo en el Perú y no sólo fue un intento irreprochable de Código penal sino un verdadero trabajo científico de Derecho punitivo, dada la importancia ideológica y doctrinal de las “disertaciones que acompañan”. (Jiménez de Asua, 1964, p.1201). Situación similar se produjo en el año de 1831, fecha en la cual el presidente Agustín Gamarra Messía

designó a una comisión para que se encargará de elaborar un proyecto de un código penal sin obtener algún resultado positivo.

Recién el 15 de noviembre de 1836, durante la época de la Confederación Perú Boliviana por iniciativa del Gran Mariscal Andrés Santa Cruz -quién tenía el mando de la confederación- llegó a promulgarse el primer código penal del Perú (denominado Código Penal Santa-Cruz del estado Nor-Peruano). Este texto penal era a su vez, el mismo Código Penal boliviano de 1831 que había sido elaborado bajo la influencia del Código Penal Español de 1822 en donde se concebía a la instigación como una forma de complicidad.

El indicado cuerpo normativo acogido en su totalidad por el Perú establecía en su libro primero, capítulo II (De los delincuentes y culpables) artículo 10° numeral 3 que serán considerados cómplices:

(...) 3. Los que a sabiendas y voluntariamente por sus discursos, sugerencias, consejos, o instrucciones, provocan o incitan directamente a cometer una culpa o delito, o enseñan o facilitan los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometa la culpa o delitos de resultas de dichos discursos, sugerencias, consejos o instrucciones. (CÓDIGO PENAL SANTA, 1836).

El Código Penal de 1836 tuvo una corta duración, ya que con fecha 31 de julio de 1838 fue derogado debido a la presión social que se ejercía en contra su texto legal, especialmente de los sectores más privilegiados, puesto que veían reducidos sus beneficios personales. Tal suceso dio lugar a que nuevamente entrará en vigencia la legislación colonial que había sido previamente dejada de lado por ser normas jurídicas propias de la legislación española.

A raíz de la Confederación Perú- Boliviana, Santa Cruz promulga un Código Penal, en enero de 1837. Fracasado su ambicioso proyecto es derogado en Julio de 1838 y su

importancia desde el punto de vista de la realidad forense, fue muy escasa. (García Belaunde, 1996).

Durante el Gobierno del presidente José Rufino Echenique, en el mes de setiembre de 1853, se dispone la formación de una comisión que se encargue de la redacción del proyecto de un código penal, terminando los encargados con ese labor en el año de 1855. Precisamente, ese proyecto establecía la pena de muerte para determinados delitos, hecho que impidió su promulgación al contradecir de manera directa el artículo 16° de la Constitución Política del Perú de 1856 donde se señalaba expresamente “La vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer pena de muerte”. Es por ese motivo, que se nombra una nueva comisión revisora para ser la encargada de la modificación y verificación del texto penal conforme a los lineamientos constitucionales imperantes en ese momento. Ya en el año de 1859, se realiza la entrega del proyecto modificado, y según el presidente de la comisión José Simeón Tejeda Mares se utilizó en su elaboración como guía al Código Penal Español de 1848.

Con la entrada de otro parlamento, se realiza una reforma constitucional de la Carta Magna de 1856 respecto al extremo de la no aplicación de la pena de muerte. Modificación que fue publicada el 10 de noviembre de 1860 durante el segundo gobierno del Presidente Ramón Castilla, señalando en su artículo 16° que “La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado”. Se designa una tercera comisión en el mes de marzo de 1861 a quien se le delegaba la tarea de la adecuación del proyecto del código penal conforme a la reforma constitucional efectuada; aprobándose tal documento en el mes de setiembre de 1862, y publicándose el 01 de marzo de 1863.

El Código Penal de 1863 tomó como modelo al Código Penal Español de 1850, el mismo que era un reflejo de su antecesor (1848). En ese texto legal se consideraba al instigador como autor. “Este Código tuvo como modelo el español de 1850, que no es más que una reforma leve de 1848, por entender los reformadores peruanos que era el más aventajado y más “estrictamente adherido a los principios generales de la ciencia”. (Jiménez de Asua, 1964, p.1202). “Se trata del primer Código Penal propiamente peruano, inspirado en el Código español de 1848-50, que a su vez imita el Código brasileño de 1830, de influencia italiana y francés” (Villa Stein, 2014, p.116).

Su estructura estaba conformada por tres libros, siendo estos los siguientes: El primer libro titulado “de los delincuentes y de las penas en general”, que comprendía a los artículos 1° al 98°; el segundo libro titulado “de los delitos y de sus penas”, que comprendía a los artículos 99° al 371°; y el tercer libro titulado “de las faltas y sus penas”, que comprendía a los artículos 372° al 400°. El tema de la instigación no fue consignado de manera taxativa bajo tales términos y tampoco se hacía referencia en forma genérica a una conducta que revista los caracteres de ese concepto dogmático conforme se encuentra regulado hoy en día, sin embargo, toda colaboración incluida aquella que podía efectuar el instigador debía de calificarse como autoría, ello, de conformidad con lo establecido en su libro primero, sección tercera, título 1, artículo 13° que mencionaba: “Son considerados como autores, los que coadyuvan de un modo principal y directo a la ejecución del hecho criminal, practicado maliciosamente algún acto, sin el cual no habría podido perpetrarse el delito” (CÓDIGO PENAL DEL PERÚ, 1863)

Esta posición se mantuvo hasta inicios del siglo XX, periodo donde se promulgó un nuevo código penal con fecha 10 de enero de 1924, siendo publicado recién el día 28 de julio del

mismo año. “Este último cuerpo legal, de orientación político-criminal (siguiendo, principalmente, los proyectos suizos de Estos de 1915 y 1916)” (Zuñiga Rodríguez, s.f).

Efectivamente, el Código Penal de 1924 se destacó de sus predecesores por apartarse de la influencia española (aunque no de manera absoluta) que servía hasta ese entonces como fuente de regulación de las diversas instituciones jurídicas. Su estructura estaba dividida en cuatro libros, siendo estos: El primer libro titulado “disposiciones generales”, el segundo libro titulado “delitos”, el tercer libro titulado “faltas” y el cuarto libro titulado “vigencia y aplicación del código penal”.

De igual forma, que el Código Penal de 1863, aquí también se consideraba al instigador como autor señalando en su artículo 100° que “Serán reprimidos como autores de hecho punible los que tomaren parte en la ejecución, o los que intencionalmente decidieran a otro cometerlo, o los que coadyuvaren intencionalmente con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse”.

Luego de múltiples intentos por parte de diversas comisiones revisoras del Código Penal de 1924 para que elaborarán otro texto legal que responda a las necesidades sociales que vivía el Perú en ese momento, especialmente el aumento de la criminalidad; con fecha 03 de marzo de 1991 se promulga un nuevo código penal que recién fue publicado el 08 de abril del mismo año, durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori Fujimori (vigente en la actualidad).

Es dable reconocer que el Código Penal cuya vigencia cesa, constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antecedieron. Sin embargo, el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales y la explosiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional. El fenómeno criminal con los índices

alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva. ( HISTORIA DEL DERECHO PERUANO, s.f)

El Código Penal de 1991 consta en su estructura de un título preliminar y tres libros, siendo los siguientes: El primer libro titulado “parte general”, el segundo libro titulado “parte especial” y el tercer libro titulado “vigencia y aplicación del código penal”. Aspecto a destacar en este código penal de sus antecesores, es el tema de la instigación, ya que, por primera vez se le da el reconocimiento expreso como conducta que posee notas esenciales distintas a la autoría considerándolo dentro del ámbito de la participación y, además, se determina que la pena que le corresponde sea la misma que la del autor. Siendo así, su artículo 24° establece “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

#### **4.2.3. Fundamento de la inducción**

El Código Penal Peruano que se encuentre vigente desde el año de 1991, establece en la parte general que le corresponde al instigador la misma pena que la del autor, lo que permite concluir que la sanción legal mínima y máxima entre un título de imputación y el otro se encuentra determinado en los diversos tipos penales existentes (pena abstracta), sin embargo, la aplicación de la pena concreta puede ser distinta, por ese motivo, deberá de evaluarse las diversas circunstancias que han concurrido durante su ejecución. En efecto, sobre tal cuestión la dogmática penal ha postulado diversas teorías con el objeto de determinar cuál o cuáles han sido los fundamentos que sirvieron para que pueda equipararse la pena del autor (instigado) con la del instigador, a pesar de que, la punibilidad de este último dependa en su totalidad de que el hecho delictivo materia de incitación sea ejecutado por el autor material.

Algunos Tribunales u Ordenamientos siguen la teoría de la equivalencia que castiga a los partícipes igual que el autor. (...). Existen otros Ordenamientos que establecen una pena distinta para el autor y el partícipe en función de su propia contribución al hecho; representativo de esta última concepción es el Ordenamiento alemán. (Fletcher, 1997, p.275).

En ese contexto, se han elaborado diversas concepciones doctrinales tomando como punto de partida la teoría la participación en lo injusto o en lo ilícito de la causación por ser la posición predominante en la legislación alemana y en otros ordenamientos jurídicos –incluido en la legislación nacional-. En tal sentido, las teorías que establecen la distinción entre autor e instigador son la siguientes: La inducción como causa determinante del hecho que ejecuta el autor, la especial peligrosidad de la resolución criminal nacida a consecuencia de la actividad del inductor, la inducción como subordinación del inducido a lo acordado con el inductor, la inducción como dominio del plan delictivo y el inductor como desencadenante de un comportamiento asocial.

**4.2.3.1. La inducción como causa determinante del hecho que ejecuta el autor.** Entre sus exponentes mas sobresalientes destacan Esser, Lüderssen, Schroeder y Roxín, quienes sostienen que la instigación se caracteriza precisamente porque el instigador se constituye en la fuerza determinante y primigenia que hace surgir en el instigado su voluntad criminal, por lo que, le será atribuible a título propio la comisión de un delito, así no lo haya ejecutado de manera directa debido a la peligrosidad que implica ese actuar. “A este argumento se acoge LÜDERSEN, quien tras comentar la opinión de ESSER respecto al inductor como primer desencadenante causal del delito, enfatiza “que más importante es otra cosa distinta” (Olmedo Cardenete, 1999, p.336).

Específicamente respecto al inductor, acaba por entender ROXIN que para su castigo no basta con una causación dolosa de la resolución criminal del autor (...). De ahí que el mencionado autor exija que el nacimiento de la resolución delictiva se lleve a cabo a través de una invitación dirigida a ello (ya sea de forma expresa o de forma concluyente). (Olmedo Cardenete, 1999, p.298,299)

Para el caso de la equiparación de la pena entre el autor e instigador, Esser se inclinaba por la aplicación de una pena distinta para ambos. “Su postura fue, no obstante, mucho más matizada y defendió una menor punibilidad para el instigador dentro del marco abstracto de la pena del autor que la ley ofrecía (...)” (Olmedo Cardenete, 1999, p.334). “Y así, autores como SCHROEDER. A KAUFMAN, BAUMANN/WEBER, JAKOBS, STRATEWERTH, o ROXIN no dudan en estimar como necesaria la previsión legislativa de una atenuación facultativa para la figura del inductor” (Olmedo Cardenete, 1999, p.339).

**4.2.3.2. La especial peligrosidad de la resolución criminal nacida a consecuencia de la actividad del inductor.** Como máximo exponente de esta teoría destaca LETZGUS. Se concibe a la instigación como la fuerza o influencia motivacional ejercida por el instigador sobre el instigado que afecta su esfera psicológica de control conforme a ley en tal magnitud, que su desistimiento a lesionar o poner en peligro un bien jurídico protegido resulta mas complicado a aquella situación donde su voluntad criminal hubiera surgido de su propia convicción. Ahora bien, la conducta posterior desplegada por el autor material (instigado) debe darse dentro de los alcances de la influencia psíquica al que fue expuesto, a fin de determinarse una pena similar a la del autor, ya que ese comportamiento por sí mismo representa un estado de peligrosidad.

**4.2.3.3. La inducción como subordinación del inducido a lo acordado con el inductor.** PUPPE y JAKOBS destacan como los principales exponentes; el primero, refiere que la

equiparación de la pena entre ambos títulos de imputación, no se da por el aumento del riesgo creado por la influencia psicológica ejercida por el instigador sobre el instigado, ya que de por sí esta actividad se encuentra distante, incluso, al inicio de la acción típica y tampoco obedece a la relación causal entre el delito que debe de cometerse (influenciado) y el que se realiza, sino más por el contrario, su fundamento radica en la presencia de un plan criminal donde el instigado se somete espontáneamente a la voluntad del instigador, comprometiéndose de manera obligatoria a la ejecución de un específico hecho punible que le había sido anteriormente indicado.

La crítica a esta postura se produce por tratar de demostrar que la responsabilidad que recae sobre el instigador se deba únicamente a la comprobación de la motivación interna del instigado que lo llevo a realizar un determinado delito. “Entiendo que precisamente lo inaceptable de los planteamientos de PUPPE arranca de entender, de un modo más o menos inconsciente, que la responsabilidad del inductor, más que de su propio comportamiento, deriva de las concretas motivaciones subjetivas del autor” (Gómez Rivero, 1995, p.60).

Jakobs hace mención que para calificar un acto de inducción no se necesita simplemente acreditar que se haya producido un influjo psíquico sobre la voluntad del instigado, pues lo verdaderamente importante en esta situación, es que dicha influencia psicológica se haya constituido en causa decisiva en el surgimiento de su voluntad criminal.

De acuerdo con estas premisas no existirá inducción sino solo complicidad psíquica, tanto en los casos en que se informa al autor sobre la posibilidad de un hecho y el autor lo ejecuta sin conexión causal a la voluntad de otro, como en aquellos en los que el autor se encuentra indeciso y otro sujeto le aconseja la ejecución. (Gómez Rivero, 1995, p.61).

**4.2.3.4. La inducción como dominio del plan delictivo.** Entre sus principales exponentes se tiene a ALFRED SCHUTZ y RALPH INGELFINGER. El primero de los mencionados, sostiene que la idea principal para asimilar la pena entre el instigado y el instigador está referido al control que tiene este último respecto al plan que origina se produzca un determinado delito, por lo tanto, carece de importancia que no lo ejecute de manera directa, ya que su dominio se ve reflejado en la creación o modificación de acontecimientos anteriores a la ejecución de una conducta delictiva que luego serán realizadas por el instigado.

Se le crítica, la inconsistencia de la valoración fenomenológica que se realiza de la inducción, ya que su principal dificultad (...) se pone especialmente de manifiesto en aquéllos en que el comportamiento inductor consiste en la eliminación de obstáculos que impedían que el autor se decidiese a la ejecución de un plan previamente concebido por él, casos en los que, a pesar de la falta de dominio intelectual del instigador, no podría excluirse su responsabilidad como inductor. (Gómez Rivero, 1995, p.62).

RALPH INGELFINGER refiere que la equiparación de la pena entre el instigador y el instigado se da porqué el primero tiene el dominio exclusivo en la formación de la voluntad criminal del segundo.

Este rasgo es el que posibilitaría además su distinción con la complicidad, en la que el autor ya está previamente decidido a la realización de un comportamiento delictivo, de tal modo que la contribución del cómplice no puede dirigir, sino simplemente someter, limitándose así a favorecer la consecución de la meta del autor. (Gómez Rivero, 1995, p.62,63)

Pero con independencia de ello, el posicionamiento de INGELFINGER acerca del fundamento y punibilidad del inductor es criticable por recurrir para la resolución de los distintos supuestos de inducción, a una amalgama de criterios tales como el pensamiento

de la corrupción, la causación accesoria del bien jurídico, la subordinación de la voluntad del autor a la del inductor propia de la concepción subjetiva de la transnochada *Urherberschaft* o, en fin, al absolutamente indeterminado “sentimiento del derecho” para la resolución de casos en los que el dominio volitivo del inductor no es ciertamente aproximable valorativamente al del autor inmediato. (Olmedo Cardenete, 1999, p.353).

**4.2.3.5. El inductor como desencadenante de un comportamiento asocial.** Destaca la posición sostenida por NEIDLINGER. Esta teoría postula que la inducción no puede fundamentarse en la relación causal que se establece debido a la presión psicológica efectuada por parte del instigador sobre el instigado, pues lo único que denotaría esa diferencia con la complicidad sería la existencia de una conducta anterior a la ejecución del delito; desconociendo de esa manera las características que posee ese concepto dogmático y ,además, con tal apreciación sólo se lograría dar respuesta a aquellos casos simples que no revistan una mayor dificultad en cuanto al razonamiento que pueda hacerse acerca de la concurrencia de la instigación.

Para determinar el núcleo de la inducción deberá de realizarse una comparación con la autoría y la complicidad, siendo así, el instigador se diferencia del instigado porque su conducta desplegada reviste una menor gravedad en cuanto al injusto que ha cometido –el autor lesiona de manera inmediata y directa el bien jurídico protegido por la norma-. Sin embargo, estando a que en la ley penal se ha establecido una pena igual entre el instigado y el instigador es preciso encontrar esa nota esencial que permita establecer de manera categórica el argumento de esa equiparación, el cuál habrá de ser hallado en la doble afectación jurídica que origina la conducta del instigador, pues por un lado, su comportamiento contraviene en forma directa el ordenamiento jurídico y los valores que debe tener todo sujeto dentro de su desempeño en la sociedad, y por otra parte, hace surgir en el instigado la idea de ejecutar el hecho punible.

De acuerdo con lo anterior. NEIDLINGER concluye afirmando que el Derecho penal, para posibilitar la convivencia, desaprueba no sólo la lesión del bien jurídico, sino también el propio hecho de que tenga lugar la lesión, es decir, independientemente de está, el legislador penal desaprueba el empleo en sí de energía criminal. (Gómez Rivero, 1995, p.64).

Ahora bien, respecto a la distinción entre la instigación y la complicidad es necesario afirmar que la conducta del cómplice se caracteriza porque su aporte no resulta ser determinante en la ejecución de un delito por cuanto ese acontecer obedece a la voluntad exclusiva del autor.

#### ***4.2.3.6. La posición del inductor como primer desencadenante doloso del hecho.***

Concepción defendida por MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO, para quien la similitud de la pena entre el instigado con el instigador debe ser hallado en la naturaleza intrínseca que define a la instigación como tal, por lo tanto, el análisis que se realice al respecto deberá de tener en consideración dos perspectivas: Inicialmente, como factor que da nacimiento a la resolución criminal en el instigado, y después en la valoración del delito que se ha ejecutado, el mismo que deberá de ser aquel que había sido influenciado anteriormente por el instigador. Es en el primer ámbito, donde se presentan las mayores dificultades, puesto que intrínsecamente concurren en su estructura un elemento intelectual que viene dado por la influencia psicológica ejercida sobre el instigado para cometer un delito, constituyéndose en la nota esencial de su contenido, y un elemento volitivo consistente en la intención del instigado de ejecutar estrictamente el delito que le ha sido influenciado.

Pues bien sin renunciar al momento intelectual como contenido necesario de la resolución criminal que el inductor provoca, entiendo que las bases para fundamentar su equiparación punitiva al autor sólo pueden encontrarse en el aspecto volitivo de la resolución, esto es,

en el especial papel que el inductor desempeña en la formación de la voluntad (delictiva) del inducido, y que se caracteriza por incidir motivacional en su formación de voluntad, estimulando sus tendencias delictivas y venciendo sus inhibiciones para la ejecución, y, en definitiva, determinando que en la ponderación de pros y contra –tanto de índole moral o de otro tipo, como pueda ser la apreciación de las posibilidades de éxito-, el autor valore como superiores las ventajas de la ejecución frente a sus inconvenientes (Gómez Rivero, 1995, p.66).

#### ***4.2.3.7. Posición personal***

La determinación de una pena similar entre el instigador y el instigado tiene como argumento central, el hecho de que el primero hizo surgir – o ha reforzado- sobre el segundo su voluntad de realizar un determinado acontecer delictivo que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la norma penal, y si bien es cierto, existen una serie de factores que se presentan en ese intercambio de voluntades tales como los medios empleados por el instigador para vencer la resistencia del instigado o para convencerlo a delinquir y el propósito o la intención que tuvo que un determinado delito se realice, y entre otros; estas deberán ser evaluadas al momento de establecerse una pena concreta, y más no, deben de ser valoradas como un argumento de equiparación en abstracto entre la pena del instigado y el instigador.

#### **4.2.4. Los sujetos**

En la descripción del texto del artículo 24° del Código Penal se advierte la concurrencia de diferentes conductas que configuran la estructura de la instigación. Por un lado, se tiene la presencia del instigador quien es aquella persona que influye psicológicamente a otra para que realice un delito específico. Estos a su vez pueden ser varios (coinducción) o tratarse de uno solo. Y por otra parte, se encuentra el instigado quien vendría a ser el autor inmediato que

ejecuta el delito debido a la influencia psicológica al que fue sometido. Por esa razón, es indispensable la concurrencia mínima de dos personas para que exista la instigación, más allá que algunos de estos tengan o no responsabilidad por el delito que se ha cometido.

#### **4.2.5. La acción delictiva**

Consiste básicamente en la influencia psicológica que es ejercida por el instigador sobre el instigado con el único objetivo de que este último realice un determinado delito. “Los actos de instigación ofrecen la característica de recaer sobre la esfera subjetiva del autor: el aporte al hecho típico es, en esencia, intelectual: el instigador no hace; hace hacer”. (Fontán Balestra, 2002, p.422).

El texto del artículo 24° del Código Penal, describe a la instigación bajo el verbo rector determinar, término que en sentido literal según la Real Academia Española significa “*hacer que alguien decida algo, establecer o fijar algo, señalar o indicar algo con claridad o exactitud y ser causa de que algo ocurra o de que alguien se comporte de un modo determinado*”. Desde el ámbito penal, la instigación alude a la influencia psicológica ejercida por una persona sobre otra con la intención de formar –o fortalecer- su voluntad criminal, es decir, un individuo es sometido a una presión psíquica por parte de un tercero para que realice un delito que momentos antes, ni siquiera, se había planteado llevarlo a cabo -o que, de haberlo hecho, tenía serias dudas respecto a su ejecución-. “Solo es posible hablar de una determinación cuando la acción de inducción ha provocado la resolución delictiva en el inducido” (Maurach, Heinz Goss, & Zipf, 1995, p.438). La determinación al hecho ha de producirse por la vía de una incitación o provocación, aunque sea concluyente (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo II especiales formas de aparición del delito, 2014, p.227).

Esta influencia psicológica debe ser de tal magnitud que le permita a sí mismo ser catalogada como una conducta potencialmente delictiva descartándose, por esa razón, aquellos comportamientos que consistan en simples sugerencias o meros consejos que carezcan de idoneidad para lograr una motivación interna relevante. El influjo psíquico podrá consistir en un consejo, una solicitud, una provocación, etc., siempre que posean la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva. (Mir Puig, 2008, p.409). “La inducción debe ser de tan entidad que pueda conectarse causalmente desde un punto de vista psíquico, con la voluntad del inducido” (Bramont-Arias Torres, 2008, p.416).

Asimismo, como parte constitutiva del tipo objetivo de la instigación y con el propósito de sancionar el actuar del instigador se requiere indispensablemente verificar que el delito influenciado haya sido llevado a cabo dolosamente por el instigado –no se admite que esta se materialice por un actuar culposo-, y que se haya dado inicio a su ejecución (tentativa), no pudiéndose establecer responsabilidad alguna, sino se corrobora esta situación. “El comienzo de la ejecución del delito opera como una condición objetiva de punibilidad respecto de la responsabilidad del instigador” (Bramont-Arias Torres, 2008, p.415). “Por ello su responsabilidad está en función de la del autor, dada la naturaleza accesoria de la participación” (Cerezo Mir, 2006, p.1116). “La punibilidad de auxilio y de la instigación comienza a existir tan luego como el autor haya ejecutado el delito, y aumenta cuando esta ejecución progresa” (Merkel, 2013, p.149). “Para que la inducción sea eficaz es preciso que el inducido dé comienzo a la ejecución del delito, aunque no es preciso que logre su consumación” (Cerezo Mir, 2006, p.1117).

La medida del ingreso del autor en la zona punible delimita y prejuzga, en virtud de la dependencia de la participación, también la responsabilidad del inductor: plena

responsabilidad penal del inductor ante el caso de configuración consumada del tipo, responsabilidad atenuada facultativamente en el caso de la mera tentativa, impunidad del inductor cuando la tentativa de la conducta emprendida por el autor principal no sea punible (RG 14,23, y 38, 248, y BGH 1,333) (Merkel, 2013, p.447).

#### **4.2.6. Medios empleados en su comisión**

Para la doctrina mayoritaria existe una diversidad de medios a través de los cuales puede materializarse la influencia psíquica ejercida por el instigador sobre el instigado tales como: La promesa, entrega de dinero, dádivas, apuestas, precio, etc., ello, de conformidad con la estrategia que haya adoptado el instigador para garantizar su ejecución. “En principio, cualquier medio es idóneo para la inducción, en la medida en que implique una influencia” (Heinrich Jescheck, 1993, p.626). “Los medios de la inducción pueden ser cualesquiera, sólo con tal de que haga valer su carácter de provocación o incitación” (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo II especiales formas de aparición del delito, 2014, p.233).

No podrá considerarse como un medio idóneo aquellas simples sugerencias proferidas por el instigador sin ninguna intención de que el hecho punible se consume, ya que la influencia psicológica debe tener tal relevancia que el delito que se vaya a realizar sea producto de la misma, descartándose desde ya, todos los comportamientos que impliquen una escasa presión psicológica. “El influjo psíquico podrá consistir en un consejo, una solicitud, una provocación, etc., siempre que posean la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva” (Mir Puig, 2008, p.409). La exhortación genérica a cometer hechos punibles de cualquier naturaleza no es suficiente, como tampoco, es la mera apelación a los instintos criminales, ni el llamado a “cuidar su propio beneficio” (RG 1, 110, y 34, 328) (Maurach, Heinz Goss, & Zipf, 1995, p.436). “Por lo dicho es posible considerar como idóneo

a cualquier medio, en virtud del cual se ejerza una influencia creciente sobre la dirección de voluntad del sujeto a inducir: cualquier exhortación concluyente a la comisión del hecho (...)" (Maurach, Heinz Goss, & Zipf, 1995, p.440).

El empleo de los diversos medios por parte del instigador para influenciar psicológicamente al instigado, no implica de ninguna manera que se pueda utilizar engaños, actos violentos o demás conductas que afecten su voluntad libre y espontánea para decidir si comete o no un delito, y en el supuesto que se produzcan estos comportamientos el instigador será el único responsable de la comisión de ese actuar delictivo. "Ahora bien, la decisión del autor material, aun siendo el resultado del influjo psíquico ejercido por el inductor, debe aparecer en todo caso como una decisión voluntaria". (Córdoba Roda & Rodríguez Mourullo, 1976, p.850).

#### **4.2.7. Aspecto subjetivo**

Es necesario señalar que, en mérito a lo establecido en el Código Penal respecto a la influencia psicológica ejercida por el instigador, esta puede darse únicamente a través de un dolo directo –primer grado-, no admitiéndose la posibilidad de un dolo eventual y mucho menos que sea producto de un obrar imprudente, es decir, el instigador debe tener el pleno conocimiento y la voluntad del delito que desea se realice –conforme a sus términos- por el instigado. "No basta con que objetivamente la decisión del ejecutor aparezca como el resultado del influjo psíquico ejercido sobre él por el inductor. Es necesario además que ese resultado haya sido provocado dolosamente por el instigador" (Córdoba Roda & Rodríguez Mourullo, 1976, p.852). En tal sentido, el instigado si puede ser responsable de la comisión de un delito imprudente que le había sido influenciado previamente, y más por el contrario, no existiría responsabilidad del instigador si la influencia psíquica ha sido realizada de forma imprudente.

El dolo del instigador que se manifiesta al momento del influjo psicológico debe estar orientado a la realización de un delito específico por parte del instigado, no admitiéndose la posibilidad de sancionarlo bajo ese título de imputación, sino se ha precisado las características esenciales del tipo penal que desea se realice. “Además, el dolo del inductor presupone la voluntad de consumación de la lesión típica del bien jurídico del autor principal (llamada voluntad de consumación del inductor). Por ello, no es inductor quien no quiera la lesión típica del bien jurídico” (Maurach, Heinz Goss, & Zipf, 1995, p.443).

En la estructura de los tipos penales donde se prevé la existencia de elementos subjetivos adicionales distintos al dolo se requiere también que estos sean ejecutados de manera dolosa. “Si junto al dolo de determinados propósitos o móviles forman parte de la realización del tipo, el dolo del inductor tiene que abarcar también la presencia de esos componentes subjetivos en la psique del autor” (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo II especiales formas de aparición del delito, 2014, p.260).

La presencia del dolo en la instigación debe manifestarse en dos actos, a fin de que pueda establecerse la punibilidad del instigador, siendo el primer momento, cuando hacer surgir en el instigado su resolución criminal, y el segundo momento, cuando este interviniente ejecuta de manera dolosa el tipo penal específico que le había sido influenciado. “A la duplicidad del resultado corresponde que la instigación por diversas razones, puede fracasar y que deba por ello quedar impune; puede faltar el primer o el segundo resultado o el nexo causal entre el primero y el segundo” (Ernst Mayer, 2007, p.489).

El tipo subjetivo de la inducción a un delito doloso requiere el dolo en el inductor, Se entiende que concurre cuando el inductor no sólo quiere causar la resolución criminal en

el autor, sino que también quiere que éste realice efectivamente el hecho (doble dolo: SSTS 126/2000 de 22 mar. Y 539/2003 de 30 abr.) (Mir Puig, 2008, p.411).

#### **4.2.8. La inducción debe ser determinada a un hecho y a un autor**

Se exige que la influencia psicológica deba recaer sobre un hecho concreto ya sea que se trate de la comisión de uno o varios delitos, pues lo mínimo que se requiere es que se detalle, si bien, no de manera exhaustiva la conducta delictiva a realizarse, al menos se exponga sus características principales o rasgos distintivos. “El dolo del inductor debe ser, además, concreto, o sea, hallarse dirigido a un *determinado hecho* y a un *determinado autor*, en el que ha de producirse la resolución de realizar aquel” (Heinrich Jescheck, 1993, p.67). “No es preciso que la instigación vaya acompañada de circunstancias de tiempo, lugar o modo; como antes se dijo, es suficiente la inducción a un determinado delito” (Fontán Balestra, 2002, p.424).

Al contrario, la exigencia de concreción es satisfecha cuando el inductor describe el delito a cometer en sus rasgos generales (es decir, puede faltar la mención de los elementos idóneos para la individualización del hecho, en la medida en que el delito se halla individualizado en los demás; cfr. BGH 34,63 y 67), conforme a la lesión del bien jurídico, el restante contenido del ilícito y la dirección concreta de la lesión, al igual que el concreto objeto de ella (RG 34,327; inducción al aborto de cualquier mujer; BGH 15, 276) (Maurach, Heinz Goss, & Zipf, 1995, 437).

Esta influencia psicológica debe dirigirse de manera directa y personal sobre una o varias personas identificadas –no se quiere dar a entender que se deba conocer a todas las personas sobre quienes se influya- con la finalidad de impedir que existan destinatarios indeterminados o inciertos –se admite la posibilidad de que existan receptores determinables-.

“Hay unanimidad en considerar que no es necesario que sea interpelada una persona individualmente determinada, sino que basta con que se provoque a una persona cualquiera de un círculo de personas individualmente determinado” (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo II especiales formas de aparición del delito, 2014, p.258). “Por ello, el dolo del inductor se debe concretar sobre un objeto personal de la acción de inducción; es decir, tener en vista a quien habrá de cometer el hecho. Toda inducción exige un destinatario” (Maurach, Heinz Goss, & Zipf, 1995, p.440).

#### **4.2.9. El exceso en la inducción**

Bajo el concepto de exceso del autor hay que entender aquí todos los supuestos en los que el autor en la ejecución del hecho diverge o se desvía de la línea prefijada por la inducción, sea porque hace algo distinto, o sea porque hace más o menos. (Roxin, Derecho Penal Parte General Tomo II especiales formas de aparición del delito, 2014, p.244).

“El hecho ejecutado por el inducido debe coincidir en sus características esenciales con el representado y querido por el inductor” (Córdoba Roda & Rodríguez Mourullo, 1976, p.857).

“1. Hay exceso cuando una acción sobrepasa los límites fijados por la ley o impuestos por la necesidad” (Fontán Balestra, 2002, p.267). Sobre el particular, la doctrina es unánime en señalar que puede presentarse dos supuestos en donde el exceso en la conducta del autor material al momento de realizar el delito no resulta conforme a la influencia psicológica ejercida por el instigador, lo que trae consigo la modificación o la ausencia de responsabilidad penal en dichos intervinientes.

**4.2.9.1. Exceso cuantitativo.** Se produce cuando el instigado ejecuta un delito, cuyos resultados revisten mayor gravedad del que había sido influenciado momentos antes por el instigador. En ese caso, el instigador solo responderá por los hechos que fueron comprendidos

de manera inicial por su dolo, es decir, únicamente dentro de los límites del acontecer fáctico que quiso que fueran realizados. En la legislación peruana no se responde por el exceso cuantitativo en que haya incurrido el instigado al momento de la comisión de un delito.

El tratamiento de estas discrepancias, respecto de las cuales se producen por lo demás superposiciones parciales, se determina básicamente conforme a la regla según la cual el inductor responde por el acontecer sólo en el marco de su propio dolo, de manera que, al menos en principio, no debe ser recargado con el exceso. (Maurach, Heinz Goss, & Zipf, 1995, 447).

**4.2.9.2. Exceso cualitativo.** Cuando el instigado ejecuta un delito distinto en sus características esenciales de aquel que había sido previamente influenciado a realizarlo por parte del instigador, no se le podrá sancionar a este último. “La causación debe ser imputable objetivamente al inductor, lo que no sucede si no era previsible que surgiría la resolución criminal en el otro, o si ésta no resulta realización del riesgo creado por el influjo psíquico” (Mir Puig, 2008, p.408). “El exceso es cualitativo (extensivo) cuando la decisión y el acto del instigado se apartan de aquello a que el instigador lo determinó”. (Fontán Balestra, 2002, p.429). “a) Si el inducido comete una acción sustancialmente diferente a la prevista por el inductor, básicamente éste no debe responder por ello” (Maurach, Heinz Goss, & Zipf, 1995, p.449).

#### **4.2.10. Diferencias de la inducción con otras formas de participación**

La diferencia entre la instigación y la autoría inmediata radica en que el primero se configura a través de la influencia psicológica dirigida por una persona hacia otra con el objetivo de persuadirlo para que realice un delito específico sin participar en absoluto durante la fase ejecutiva y, en el caso del segundo, esta se refiere a que una persona ejecuta de manera directa y personal los elementos descriptivos y normativos descritos en el tipo penal.

Tratándose de la autoría mediata y de la instigación, es preciso afirmar que ambos tienen como característica central el empleo de una tercera persona para cometer directamente el delito, no obstante, la instigación se materializa a través de un influjo psíquico, a fin de convencer a un tercero a que realice un hecho punible concreto, el mismo que responderá penalmente como autor directo si lo ejecuta, mientras que en la autoría mediata el interviniente que realiza directamente el tipo penal no tiene el dominio del hecho, ya sea porque actúa sin dolo, se encuentra bajo un error, actúa justificadamente, es incapaz (sea por minoría de edad) o actúa bajo violencia o amenaza, y por consiguiente, el único responsable del hecho punible es el hombre de atrás que ha impartido la orden de ejecutarlo.

De la misma manera, el argumento esbozado en el primer párrafo es aplicable para poder delimitar las características que distinguen a la instigación de la complicidad, pese a que ambos tienen como característica semejante para que pueden ser condenados, que el autor material mínimamente haya dado inicio a los ejecutivos del tipo penal.

## **5. El Delito**

El delito, esto, es el hecho antijurídico y culpable amenazado con una pena constituye una forma de conducta a la que se atribuye un sentido social negativo específicamente diferenciado no sólo de los comportamientos con valor positivo o neutro; sino, de otros con valor negativo que, por distintas razones, no tienen entidad suficiente para alcanzar el rango de lo jurídico-penalmente relevante. (Gracia Martín, 2005, p.77).

c) No obstante su correspondencia con un tipo penal, no constituye delito aquella acción u omisión que es adecuada a la voluntad del derecho, expresada en el contexto del ordenamiento jurídico y dirigida a la preservación de los valores sobre los que descansa la vida de relación. (Cury Urzúa, 1973, p.11).

## 5.1. Categorías Jurídicas

El criminal concibe la ejecución de un delito. Tras de mayor o menor deliberación y lucha interior, resuelve llevarlo a cabo, lo prepara en su mente y, al fin, llega un momento en que le es preciso exteriorizar esta creación psicológica por medio de actos espirituales o materiales, pero externos ya, que suponen por sí una posible perturbación en el mundo que le rodea. (Quintano Ripolles, 1946, p.33).

En la configuración de un delito se hace presente una serie de categorías jurídicas que se constituyen en elementos esenciales que debe reunir necesariamente toda conducta para que pueda ser sancionada penalmente. Entre estas categorías jurídicas se encuentran:

### 5.1.1. Tipicidad

Se produce al subsumir una conducta dentro de un determinado tipo penal, por lo tanto, en el análisis acerca de la delictuosidad de un comportamiento deberá de verificarse como primer paso a través de un proceso cognitivo que este se encuentre previsto como delito en la parte especial del código penal y, como segundo paso, que no exista alguna causa de atipicidad que impida desde luego el encuadramiento de ese comportamiento en la figura delictiva materia de imputación. “Mediante la elaboración del tipo legal (stricto sensu), el legislador distingue las acciones penalmente relevantes de aquellas otras que no lo son y que, por lo tanto, no son sancionadas” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I, 2011, p.397).

Con ello, el objeto de la decisión político-criminal ya no aparece constituido por la cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena. De este modo, la delimitación del injusto punible como *injusto agravado* se convierte en la función esencial del tipo penal. (Schünemann, 1991, p.97).

### **5.1.2. Antijuricidad**

Una vez verificada la tipicidad de una conducta se procederá a la evaluación de su contradicción con el ordenamiento jurídico (antijuricidad formal) para advertir si se produjo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (antijuricidad material). En este ámbito deberá de verificarse que en el hecho principal no se presente una causa de justificación que impida la calificación de una conducta como antijurídica. “Hoy prevalece el criterio según el cual el hecho es antijurídico cuando, además de contradecir al orden jurídico, lesiona, pone en peligro o tiene aptitud para poner en peligro, según la previsión legal, bienes jurídicos tutelados por la ley penal” (Fontán Balestra, 2002, p.253).

### **5.1.3. Culpabilidad**

Finalmente, una vez determinada la antijuricidad de una conducta se pasará a una ulterior valoración para acreditar la concurrencia de la culpabilidad en el obrar del sujeto activo para lo cual habrá que comprobarse la presencia de los elementos que integran dicha categoría, siendo estos, la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma.

En tal sentido, hay que entender a la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Con ello se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles "posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma", cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto. No

se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico. (Roxin, DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I, 1997, p.807).

## **6. El Delito de Tráfico de Influencias**

El delito de tráfico de influencias surgió como política criminal, a fin de evitar la injerencia externa de actuaciones ilícitas de parte de terceras personas ajenas a la Administración pública, quienes alteraban la imparcialidad e independencia en el ejercicio de las labores de los funcionarios y de los servidores, que iban a conocer, estaban conociendo o habían conocido un determinado proceso judicial o administrativo. En la sociedad actual, se sabe que existe una cierta proclividad a que los trabajadores del Estado que administran justicia dentro de sus sectores puedan ser corrompidos por personas de la propia institución o ajenas a la misma, por ese motivo, este delito tiene como finalidad inmediata sancionar la existencia de conductas delictivas que se manifiestan a través de la negociación que realizan dos intervinientes con la intención de perturbar el normal desempeño en las funciones de los trabajadores del Estado (funcionario o servidor) que tuvieron, tienen o tendrán la resolución de una causa judicial o administrativa. Además, tiene como propósito mediato evitar que se genere un comportamiento posterior orientado igualmente a corromper a la Administración pública denominado cohecho pasivo y activo.

En la presente investigación, se analizará el delito de tráfico de influencias a partir del Código Penal de 1991, publicado el 08 de abril del año en mención -su inclusión como delito data del año de 1981, fecha en la cual fue incorporado en el Código Penal de 1924, en su artículo 353° A-, cuyo artículo 400° tenía la siguiente redacción: “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.”. Se evidencia de su texto legal, la presencia de un verbo rector principal y tres modalidades delictivas complementarias, cuya estructura es similar a lo previsto en la legislación penal vigente, con la salvedad que en ese entonces se imponía una pena más benigna; no sé establecía como conducta punible la invocación de influencias que se tenía sobre un servidor o funcionario que haya conocido un proceso judicial o administrativo y tampoco se señalaba como agravante que el traficante sea un servidor y/o funcionario.

Ya el 06 de octubre del 2004 mediante ley N° 28355, se modifica su texto legal indicando en esta oportunidad: “El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.”

Esta descripción normativa que regula la conducta típica del delito de tráfico de influencias resulta ser semejante a la del artículo 400° del Código Penal actual, e incluso, se prevé como supuesto agravante en su segundo párrafo que el traficante sea un servidor o funcionario, sin embargo, entre sus diferencias destacan: Que no se haya contemplado en su primer párrafo las penas limitativas de derechos (inhabilitación y multa) y también que se haya consignado en su segundo párrafo la pena de multa.

La ley N° 29703 publicada con fecha 10 de junio del 2011, merece especial atención por su corta vigencia (un mes) y por haber sido la única norma que tuvo una distinta regulación del delito de tráfico de influencias de sus predecesores, cuya redacción hacía mención: “El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.”

Conforme se desprende de su contenido, existe un orden distinto en cuanto a la colocación de las modalidades delictivas complementarias –incorporando una más, que viene dado por el término solicitar el cual tiene la misma connotación de un actuar que ya se encontraba comprendido por los otros verbos- que preceden al verbo rector principal, referido al ofrecimiento de ayuda. Además, solo se consideraba punible las influencias reales, más no las simuladas.

Con la entrada de la ley N° 29758 publicada el 21 de julio del 2011, se realiza una nueva modificación de su texto retornando a su forma inicial, y estableciendo en esta ocasión: “El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal."

La conducta prohibida consistente en su verbo rector principal y sus modalidades delictivas complementarias resultan ser similares a la del artículo 400° del Código Penal vigente, asimismo, también se prevé como un supuesto de agravante que el traficante sea un funcionario o servidor. La diferencia del primer cuerpo legal con el segundo, está en que no se había previsto en su primer párrafo las penas limitativas de derechos (inhabilitación y multa), y tampoco se consignó en su segundo párrafo la pena de multa.

Más adelante, con la publicación de la ley N° 30111 de fecha 26 de noviembre del 2013, se modifica su contenido señalando: "El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

Los elementos descriptivos y normativos de ese artículo son semejantes a lo establecido en el artículo 400° del Código Penal de 1991, e incluso, se tiene como un supuesto agravante que

el traficante de influencias sea un funcionario o servidor. La distinción se produce por no haberse previsto en su primer párrafo la pena de inhabilitación.

Finalmente, mediante la ley N° 1243 publicado con fecha 22 de octubre del 2016, el artículo 400° del Código Penal sufre su última modificación -vigente- indicando taxativamente “El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

Antes de abordar el análisis del mencionado delito debo indicar que la conducta prohibida en el delito de tráfico de influencias fue descrita de manera idéntica, durante todas las modificaciones sufridas por el artículo 400° del Código Penal de 1991 y que fueron tratadas anteriormente –excepto la que tuvo como duración un mes-, motivo por el cual, no habrá mayores inconvenientes cuando se realice la valoración de la conducta del interesado en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia tomando como base lo dispuesto en la legislación actual.

Ahora bien, estando a lo expuesto en su texto legal se advierte la concurrencia de tres intervinientes – más adelante se detallará el aporte de cada uno-, siendo estos los siguientes: El

traficante de influencias, el interesado y el funcionario o servidor que vaya a conocer, este conociendo, o haya conocido un proceso judicial o administrativo. Tratándose de los dos primeros, pueden ser particulares o un funcionario o servidor público. Para la consumación de este delito deberá de acreditarse la materialización de las modalidades delictivas complementarias por alguno de los sujetos procesales sin necesidad de verificarse que el traficante vaya a cumplir con las influencias ofrecidas. “El tipo penal no exige el ejercicio efectivo de la influencia invocada sobre el funcionario o servidor público determinado” (Salinas Siccha, 2009, p.558). “El legislador ha efectuado una anticipación del ámbito de la tutela penal al no requerir en su plano de tipicidad que necesariamente se produzca la influencia sobre el sujeto público” (Rojas Vargas, 2007, p.780).

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad N° 2214-2004, ha señalado textualmente “*[...] es necesario precisar que la conducta típica exigida al agente, en el delito de tráfico de influencias, es la de recibir, hacer dar o prometer para sí o para otro (por parte del interesado en el ejercicio de la influencia a su favor) donativo o promesa o cualquier otra ventaja. El tipo no exige en forma alguna que el agente o “traficante de humo” (como se le denomina en doctrina) entregue o prometa beneficio alguno al funcionario influenciado, incluso el tipo penal, ni siquiera exige que la influencia o el vínculo entre el traficante de humo y el funcionario público exista, ante lo cual, mal puede exigirse que el funcionario haya participado en la entrega de dinero que alega el procesado, a fin de constituir el ilícito atribuido al procesado*”.

Asimismo, en su estructura se evidencia la intervención de diversas conductas destacando entre estas, su verbo rector principal que está dado por el término invocar influencias, sin embargo, lo que define al delito como tal, y determina en sentido estricto el comportamiento a

sancionar es la invocación de influencias con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor que haya conocido, conoce o conocerá un proceso judicial o administrativo. “Es la frase “invocando influencias con el ofrecimiento de interceder” la que marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción, construida técnico legislativamente como un delito de dominio, esto es, de naturaleza común” (Rojas Vargas, 2007, p.787).

También se cuenta con la presencia de tres modalidades delictivas complementarias descritas por los términos “recibe, hace dar o prometer”, los cuales tienen que ser realizados –o aceptados en su ofrecimiento- necesariamente por alguno de los intervinientes para la configuración -consumación- del delito de tráfico de influencias. Con relación a este último punto, la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 374-2015-Lima, en su considerando Décimo Primero ha señalado “(...) b) Las frases “recibir, hacer dar o prometer” configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito (**el enfatizado es nuestro**)”. En efecto, se tiene que la máxima instancia judicial reconoce que esos verbos se constituyen en elementos necesarios para la materialización del delito de tráfico de influencias. No obstante, este mismo órgano jurisdiccional en el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, en su numeral 9 señala “(...) Aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias. En lo referente a esta última parte, conforme se detallará con mayor alcance en el tipo objetivo del delito de tráfico de influencias debo referir que la primera y la tercera modalidad (recibir y hacer prometer, esta última de manera excepcional puede ser efectuada por ese interviniente) delictiva complementaria son –o pueden

ser- realizadas a iniciativa y voluntad del interesado, sin haber existido requerimiento previo de parte del traficante, quedando dentro de su esfera personal que el delito vaya configurarse –de verificarse la ausencia de esas conductas, no existiría delito que sancionar-, por ese motivo, no comparto ese extremo del indicado acuerdo plenario en referencia a que el interesado no contribuye en la materialización del delito de tráfico de influencias.

De otro lado, es menester hacer referencia nuevamente que el artículo 400° del Código Penal, que regula al delito de tráfico de influencias tiene un orden en cuanto a las conductas que deben ser realizadas por el traficante de forma inicial, así como las posteriores, cuya secuencia es la siguiente: La invocación de influencias reales o simuladas, el ofrecimiento de interceder (ayuda) y las modalidades delictivas de recibir, hacer dar o prometer.

Pues bien, en lo concerniente a este punto, tanto la Corte de Suprema de Justicia como la doctrina nacional señalan que la realización de las modalidades delictivas complementarias al final de la fase ejecutiva del delito de tráfico de influencias origina su consumación. No obstante, a modo de ejercicio mental –cuya realización es de muy difícil producción- para verificar sí puede darse como última conducta –aparentemente- el ofrecimiento de interceder por parte del traficante, y no los verbos rectores complementarios, se plantea los siguientes gráficos:

A (traficante), quien se desempeña como secretario en la Sala Penal Nacional, le invoca a B (interesado), quien tiene un proceso judicial por alimentos en el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que tiene influencias (reales) ante el juez de familia que resolverá su proceso, y que podría ayudarlo a obtener una decisión favorable, pero deberá de entregarle la suma de S/. 5.000 (Cinco mil Soles); entonces B convencido del apoyo que le brindará A le hace entrega inmediata de la suma indicada. En tal gráfico, se evidencia claramente la

consumación de la conducta delictiva con la realización en último lugar del término recibir. Precisamente, este gráfico ejemplifica el total de los casos donde se ha producido la participación del interesado del delito de tráfico de influencias, en las resoluciones que serán analizadas más adelante con mayor profundidad.

En ese mismo ejemplo, A (traficante), le invoca a B (interesado), que tiene influencias (reales) ante el juez de familia que resolverá su proceso; entonces B le solicita ayuda, sin haber recibido previamente algún tipo requerimiento, y seguidamente le hace entrega de la suma de S/. 5.000 (Cinco mil Soles) – o le podría hacer la promesa de darle un beneficio-, en ese preciso momento, A **acepta dicha suma**, e inmediatamente después le indica que va interceder ante ese magistrado para apoyarlo en su proceso. Este escenario, resulta de muy complicada ejecución en el plano fáctico –más no como un supuesto teórico, donde sí puede plantearse-, ya que una persona sin haber recibido un compromiso –no solo se necesitaría de una oferta- de ayuda en un caso concreto, no podría hacer entrega inmediata (traspaso físico) de una suma de dinero, pues lo razonable sería que una vez que ya existe la plena seguridad –o al menos un alto grado de convicción- de obtener un apoyo, recién en ese instante, se produciría la dación de un beneficio económico. “Hacer simultánea la invocación con la concreción del medio corruptor es una posibilidad más académica que real” (Rojas Vargas, 2007, p.791).

En esa situación surgen las siguientes interrogantes con relación a la responsabilidad del interesado cuando este lleva a cabo desde un inicio las modalidades delictivas complementarias –entregar y hacer prometer, esta última de producción excepcional, antes del ofrecimiento de interceder (o ayudar) por parte del traficante ante un determinado funcionario o servidor-, después de que ya se haya realizado la invocación de influencias por el traficante ¿En ese contexto qué responsabilidad se le podría atribuir a ese interviniente? Actualmente, esa

intervención del interesado no resultaría ser reprimible a título de instigación -tampoco de autoría por ausencia de una normatividad expresa-, debido a dos razones:

La primera, porque ya se dio inicio a los actos ejecutivos del delito de tráfico de influencias -este argumento también resulta de aplicación para descartarlo como un acto de fortalecimiento de la decisión criminal- y la segunda, porque dicha conducta no posee las notas esenciales que distinguen a esta institución jurídica. Aquí, surge la interrogante ¿no podría considerarse dicho comportamiento como un acto de participación primaria? Pues bien, tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, y más aún, que el delito de tráfico de influencias es un delito participación necesaria donde la realización de sus modalidades delictivas complementarias son parte integrante de su tipo objetivo, y por ende, resultan indispensables para su propia consumación, lo que no sucede tratándose de la colaboración del cómplice primario, a pesar de que, su intervención dentro del desarrollo de un caso en concreto haya sido determinante, es decir, en la valoración en abstracto de todo delito el obrar del partícipe no se requiere para que pueda llegar a configurarse como tal.

De otro lado, conforme a la regulación del delito materia de análisis (vigente), este es clasificado desde el punto de vista de la exigencia de un determinado resultado como un delito de peligro abstracto (Exp. 06-2006.A.V, considerando décimo segundo, Recurso de Nulidad N° 4097-2008-Santa, considerando cuarto, Recurso de Nulidad N° 1280-2011-Huancavelica, considerando sexto y la Casación Penal N° 229-2015-Lima, considerando décimo octavo), en donde solamente habrá de verificarse que el comportamiento realizado se encuentre previsto en un tipo penal específico para haberse consumado, no siendo necesario que se haya puesto en peligro real, cierto e inminente a un bien jurídico o que exista algún tipo de resultado material que lo hubiera afectado. Según la distinción que establece la doctrina en base a la participación

necesaria de sus intervinientes, -es distinto el tema de la complicidad primaria- se trataría de un delito de encuentro que se caracteriza porque las conductas realizadas por sus agentes principales, si bien, obedecen a la satisfacción de sus intereses particulares la concurrencia de ambos es obligatoria para que pueda darse la afectación de un bien jurídico, es por esa razón, que esos comportamientos resultan encontrándose al momento de su ejecución, dicho de otro modo, sin la intervención directa y personal de cada uno de ellos, no sería posible la existencia de esta clase de delitos (cohecho activo y pasivo, tráfico de influencias, colusión, etc.). Por ende, debido a la importancia de la colaboración del interesado para la configuración del delito de tráfico de influencias no debe ser sancionado a título de instigador. “En los delitos de encuentro, en cambio, si bien actúan también varias personas hacia misma finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria” (Abanto Vásquez, 2013, p.67).

En nuestro derecho positivo vigente, el legislador ha comprendido expresamente en el tipo legal la participación de otra persona ajena al autor, cuya intervención es necesaria a efectos de la realización típica, intervención que puede ser punible o en su caso impune. (Peña Cabrera Freyre, 2007, p.369).

El concepto es impugnabile, ya que los participantes necesarios en caso alguno son siempre punibles y, en la hipótesis que lo sean, son siempre autores y no participantes; con todo, hay que mantener el concepto, y ello en parte, porque contribuye a esclarecer una propiedad de la propia y auténtica participación, a saber, su carácter contingente, pero, sobre todo, porque justamente las irregularidades inherentes al concepto de participación necesaria son el objeto de una notable regla: amenaza la ley, de dos personas que participan, sólo a una con pena, es en tal caso la otra impune, aunque ésta haga más de lo que sea conceptualmente necesario. (Ernst Mayer, 2007, p.479).

## **6.1. Tipicidad Objetiva**

### **6.1.1. Sujeto activo**

En la descripción del delito de tráfico de influencias se aprecia el empleo de las palabras “el que” para dar a conocer quiénes serían las personas que podrían llevar a cabo su ejecución, los cuales no necesitan poseer una cualidad o condición especial, por consiguiente, tanto los particulares, así como los funcionarios o servidores de la Administración pública pueden ser calificados como autores.

De la estructura del delito de tráfico de influencias conforme se ha señalado en los párrafos antecedentes se desprende también la concurrencia de tres conductas distintas pertenecientes a sujetos diferentes, pero solamente la intervención del primero y del segundo son suficientes para su configuración, y en caso de que se ejecute el tercer comportamiento traerá consigo su agotamiento y la materialización del delito de cohecho.

El traficante, es aquella persona que inicialmente invoca tener influencias reales o simuladas sobre un funcionario o servidor que va a conocer, este conociendo o haya conocido un proceso administrativo o judicial frente al interesado, el mismo que desea obtener una decisión favorable en un proceso, para lo cual, le hará entrega de un beneficio indebido, sea de naturaleza económica o de otra índole. Se requiere que el ofrecimiento de ayuda por parte del traficante comprenda al funcionario o servidor competente de resolver un caso judicial o administrativo en donde el interesado desea obtener un pronunciamiento favorable, es decir, si la invocación de influencias se refiere a un trabajador de la Administración pública que no tiene poder de decisión sobre un proceso determinado, no se dará la configuración del delito de tráfico de influencias. “Si se verifica que el destino de las influencias es un funcionario o servidor público que no tiene

alguna relación funcional con el caso o proceso que interesa al tercero, el delito en hermenéutica jurídica no se verifica” (Salinas Siccha, 2009, p.564).

Asimismo, este interviniente será ante quien se realice la promesa o la entrega del donativo, ventaja o beneficio material o inmaterial, o en su defecto designará a la persona sobre la cual deberá recaer esos medios corruptores. “El provecho económico u otra ventaja percibido o hecho prometer por el sujeto activo del delito pueden ser para él mismo o para un tercero” (Salinas Siccha, 2009, p.560). “El término <<tercero> es de significado amplio, abierto (familiares, amigos, allegados, otros funcionarios o servidores, etc.)”. (Rojas Vargas, 2007, p.798).

El interesado, es la persona ante quien el traficante realiza la invocación de influencias por el interés que tiene a título propio o ajeno en los resultados de un proceso judicial o administrativo, y a cambio de ese favor hace la promesa o la entrega – o acepta el hacer o el hacer prometer- de un donativo, ventaja o beneficio en dinero o en otra especie al traficante o a un tercero.

Sin el interesado no puede haber tráfico de influencias, lo que nos lleva a concluir que en el supuesto fáctico siempre existirán idealmente tres personas: dos de hecho (el interesado y el traficante) y una tercera de orden normativo (el funcionario o servidor público). (Rojas Vargas, 2007, p.802).

Finalmente, el funcionario o servidor de la Administración pública viene a ser aquella persona que conocerá, este conociendo o haya conocido un determinado proceso judicial o administrativo -se da la existencia de un vínculo funcional- donde el interesado tiene interés en que se emita un pronunciamiento favorable a su interés. “Quedan, pues, fuera del tipo los funcionarios o servidores que carezcan de facultades jurisdiccionales en sentido amplio (no

referido sólo a jueces, sino también a fiscales), así como en general todos aquellos otros funcionarios o servidores públicos” (Rojas Vargas, 2007, p.795). “La invocación de influencia y el ofrecimiento de intercesión ante funcionarios o servidores públicos distintos de los nominados específicamente en la norma penal” (Rojas Vargas, 2007, p.809). Es necesario hacer mención, que para la materialización del delito de tráfico de influencias no se requiere su intervención.

### **6.1.2 Sujeto pasivo**

Viene a ser exclusivamente el Estado por ser el único titular de toda actividad funcional que se produce en el seno de la Administración pública.

### **6.1.3. Acción típica**

La redacción del Artículo 400° del Código Penal está compuesto de varios actos, es decir, nos encontramos frente a un delito plurisubsistente, por un lado, involucra las conductas iniciales de invocar o tener, para seguidamente pasar a las conductas de recibir, hacer dar o hacer prometer, y culminar con la conducta de ofrecer. (Cancho, 2014, p.297).

Una vez más se precisa que la conducta delictiva principal que caracteriza a este delito viene dada por el verbo invocar, que según la definición dada por la Real Academia Española significaría “*Llamar en solicitud de ayuda de manera formal o ritual*”. En efecto, mediante el término influencias se da a entender aquel proceso psicológico a través del cual una persona debido a su posición de poder o control en un determinado contexto, trata de persuadir, sugestionar o convencer a otra a realizar u omitir alguna actividad en específico. “El contenido de la influencia nos remite a la presencia de un influjo o sugestión ejercida en tercera persona, sobre cuya voluntad formadora de decisiones el sujeto activo incidirá alterándola o conduciéndola a cursos decisorios predeterminados” (Rojas Vargas, 2007, p.789). Esta

capacidad de sugestión que dice poseer el traficante se refiere en estricto a la invocación de poder que tendría sobre un determinado funcionario o servidor con competencia en un determinado proceso judicial o administrativo por sus lazos de consanguinidad o de afinidad que existen entre ambos.

“Consiste en la "afirmación" o la "atribución" de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de esta influencia (amistad, parentesco, favores debidos, etc.)” (Abanto Vásquez, 2013, p.528).

Un tema a tratar en esta parte, es el referido al empleo en la redacción del texto del artículo 400° del Código Penal a los términos “Invocando o teniendo influencias”. En efecto, de esa frase puede notarse que solo uno de estos representa la conducta típica central que caracteriza a esta figura jurídica como tal y que esta dado por el término de invocar influencias ante un tercero, y no, por el solo hecho de tener influencias –esta palabra no implica la exteriorización de un comportamiento prohibido por lo que no sería susceptible de ser punible-. Siendo así, debido a una defectuosa redacción se utilizó esta expresión como parte integrante del elemento objetivo de dicho tipo penal, a pesar de que, no tiene relación con el bien jurídico que protege este delito.

La reforma practicada con la Ley Ne 28355 ha agregado una segunda acción inicial mediante las palabras o “teniendo” con lo que el legislador ha querido superar la amplia y difícil problemática que resulta de abrir el tipo con el gerundio “invocando”. Sin, embargo se aprecia nítidamente la impostura de tal opción de redacción legislativa: “el que teniendo influencias reales o simuladas recibe, se hace dar o prometer”, al faltarle la oferta que hace atractiva la conducta típica y la concesión del medio corruptor para el traficante o tercero,

generando una suerte de coacción que desnaturaliza la figura Penal (Rojas Vargas, 2007, p.787).

En ese mismo sentido, a través del expediente A.V. 05-2008, de fecha 23 de agosto del 2010, respecto a las diversas acciones delictivas que conforman la estructura del delito de tráfico de influencias –no se evidencia en absoluto, que se le considere al término” tener” influencias como parte o componente que define el contenido de este tipo penal- se establece:

“ **DÉCIMO TERCERO:** Que el delito de tráfico de influencias tipificado en el artículo cuatrocientos del Código Penal, modificado por Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, del seis de octubre de dos mil cuatro, reprime las siguientes conductas: I) invocar influencias reales o simuladas, con lo que el legislador al buscar la protección del correcto desempeño de la Administración Pública prohíbe anteladamente –delito de peligro abstracto- cualquier posibilidad de afectar su desarrollo; II) el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; cabe señalar que para la configuración de este supuesto carece de relevancia típica que el interesado acepte la propuesta que le formule el sujeto activo del delito; III) recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja, lo que no se restringe al ámbito estrictamente monetario, pues también están comprendidos favores o prebendas de otra naturaleza.”

De otro lado, el comportamiento del traficante va orientado a invocar influencias reales o simuladas que dice tener sobre un funcionario o servidor del Estado que conoció, conoce o conocerá un proceso judicial o administrativo. Dicha invocación de influencias se constituye en el núcleo central que define al delito de tráfico de influencias, no obstante, no es suficiente para

que se configure la totalidad del comportamiento prohibido, ya que necesariamente habrá de encontrarse vinculado a una conducta subsecuente que viene a ser el ofrecimiento de ayuda en un proceso judicial o administrativo. “El componente teleológico o finalístico de la conducta que nos muestra la orientación o el destino probable de la acción ilícita está representado con la frase o “con el ofrecimiento de”” (Rojas Vargas, 2007, p.788). Este ofrecimiento de interceder ante un servidor o funcionario de parte del traficante debe entenderse, en el sentido, de obtener un pronunciamiento final (lícito o ilícito) a favor del interesado, que va en detrimento del prestigio y normal funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa. “Se vende la "influencia", o sea el prestigio, el predominio o la fuerza moral en el ánimo del funcionario” (Abanto Vásquez, 2013, p.531).

El contenido de esta intercesión puede versar sobre una petición lícita o ilícita, justa o injusta, pero deberá tratarse de un efecto que favorezca al interesado o allegados o no le perjudique, o que perjudique a terceros (resulta poco admisible que se trate de una petición que le sea lesiva). (Rojas Vargas, 2007, p.794).

Este tipo de influencias puede ser real o simulada. Será real en aquellos supuestos en los cuales el traficante por la posición en que se encuentra posee vínculos de consanguinidad, afinidad, laboral, entre otros, con el funcionario o servidor que va a conocer, este conociendo o conoció un determinado proceso en donde el interesado desea obtener un resultado que le sea favorable, situación que le otorga una imagen de credibilidad a sus afirmaciones de apoyo. “Estaremos ante una influencia real cuando se verifique que el agente realmente tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia, y, por tanto, tiene el poder o la capacidad de orientar su voluntad hacia una dirección determinada” (Salinas Siccha, 2009, p.557).

La influencia simulada se da en los casos donde el traficante no ostenta ningún nexo con el funcionario o servidor que conocerá, este conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo de interés para el interesado, tratando de hacerle creer que sí podrá ayudarlo. “Un sector de la doctrina afirma que “lo incriminado en este precepto no es la posibilidad de influir sino alardear de poseer (Mir Puig C. , 2016, p.130.)”. “Esta motivación de ayuda aparente o irreal, implica necesariamente que el traficante se valga del engaño como medio de persuasión, creando una situación ficticia de colaboración en un caso en concreto para el comprador de humo. Debe existir un mínimo de racionalidad en la oferta. (Rojas Vargas, 2007, p.810)”.

Estamos ante influencias simuladas o venta de humo cuando se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia, y por lo tanto, no hay forma ni tiene capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada. (Salinas Siccha, 2009, P.558).

Para este segundo caso el sujeto activo del delito urdirá estrategias, creará figuras de falsas vinculaciones, exagerará mínimos gestos de acercamiento, etc.; en otras palabras, engañará, lo que ha originado que esta modalidad de tráfico de influencias sea comúnmente identificada en un sector de la doctrina italiana como una especial figura de estafa. (Rojas Vargas, 2007, p.790).

Entre las modalidades delictivas complementarias del delito de tráfico de influencias, destacan tres, siendo estas las de “recibir, hacer dar o hacer prometer”; los mismos que serán valorados conjuntamente con su verbo rector principal y su componente finalístico, que viene dado por la frase “invocar influencias reales o simuladas con el ofrecimiento de interceder”, y también con sus diversos medios corruptores que se presenta en esa negociación ilícita tales como el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Debe indicarse que en la

redacción del delito de tráfico de influencias se puede advertir la concurrencia de una variedad de comportamientos que son necesarios que se lleven a cabo para su configuración, no obstante, en esta oportunidad se analizará su estructura normativa tomando en cuenta solo a las diversas modalidades delictivas complementarias que existen, y que a su vez se constituyen en sus otros verbos que presenta este tipo penal, ya que en esas actuaciones se concreta el intercambio de voluntades entre el traficante y el interesado –el contacto entre ambos se puede dar en otras ocasiones, pero aquí únicamente se evaluará ese extremo-, y también porque esas conductas justificarían las razones de su represión a título de autor a través de la creación de un nuevo tipo penal.

Recibir, hacer dar, hacer prometer son verbos rectores que, configurando modalidades delictivas y pese a su enorme importancia, pues definen la consumación del delito, no expresan sin embargo la singularidad del ilícito penal de tráfico de influencias, ya que son comunes a otros tipos penales de infracción de deber (el cohecho uno de ellos). (Rojas Vargas, 2007, p.787).

La primera modalidad complementaria se origina por la invocación de influencias reales o simuladas efectuadas por el traficante con el propósito de interceder ante un funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, **recibiendo** para sí o para un tercero, un donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio de parte del interesado. Se tiene como primera modalidad a la conducta de recibir que se manifiesta a través de la entrega física o electrónica de un bien patrimonial o no patrimonial por el interesado al traficante o a un tercero. “El recibir significa que el agente acepta, acoge, admite, embolsa o toma el donativo u otra ventaja o beneficio que el tercero interesado le entrega a cambio de las influencias que ofrece aquél” (Salinas Siccha, 2009, p.559).

La idea de prometer o entregar algo nace de manera libre y espontánea en la propia conciencia del interesado sin que haya existido un requerimiento previo de parte del traficante –ahí radica la distinción con la segunda modalidad-. “El tercero interesado ya está predispuesto a hacer la entrega a cambio de la promesa de influenciar”. (Salinas Siccha, 2009, p.559). Esta modalidad delictiva se consuma con la recepción del donativo o cualquier otra ventaja o beneficio por el traficante. “La simple propuesta de interceder mientras no se produzca la recepción del medio corruptor es acto preparatorio no punible. (Rojas Vargas, 2007, p.808).”

Esta acción puede darse a través de la recepción directa del bien por parte del propio traficante o en la persona que este designe sin que haya algún tipo de inconveniente en ambos casos.

La segunda modalidad complementaria delictiva se produce por la invocación de influencias reales o simuladas efectuadas por el traficante, con el propósito de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo, **haciéndole dar** para sí o para un tercero donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio de parte del interesado. Con el término “hacer” se da a entender la solicitud del traficante -de manera inversa a la de recibir- dirigida hacia el interesado, para que este le hiciera entrega de un bien económico o de otra naturaleza, por la ayuda real o ficticia que realizará a su favor ante la Administración pública. “El agente no se limita a recibir sino a hacer nacer en el tercero interesado la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el traficante” (Salinas Siccha, 2009, p.560). Esta modalidad delictiva se consuma con la solicitud de parte del traficante de hacer dar para sí o para un tercero, un donativo, una ventaja o un beneficio, y con la aceptación del interesado de hacer entrega de lo requerido previamente sin necesidad de verificar si efectivamente se ha

producido su traspaso físico o virtual. La entrega de lo requerido puede darse de manera inmediata o después de haber transcurrido un lapso breve de tiempo. Sin embargo, lo que distingue a esta segunda modalidad de la tercera es que esta nace exclusivamente a iniciativa del traficante, además, la entrega del bien por parte del interesado se efectúa en un corto periodo de tiempo, contrariamente a lo que sucede con la promesa de hacer que se encuentra condicionada en la mayoría de los casos a que exista ya una decisión que le favorezca o al menos haya la certeza que el resultado del proceso le será beneficioso.

La tercera modalidad se origina por la invocación de influencias reales o simuladas efectuadas por el traficante con el propósito de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un proceso judicial o administrativo, **haciéndole prometer** para sí o para un tercero un donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio de parte del interesado. Al igual que en la segunda modalidad, aquí la promesa de un donativo, beneficio o ventaja surge por iniciativa del traficante, ya que en su redacción se ha empleado el “término hacer dar o prometer”, con el cual se quiso dar a entender que una persona previamente a realizar un acto de favorecimiento, le solicita una promesa a otra. En esta situación se manifiesta cuando el traficante le hace prometer al interesado, entregarle un donativo, beneficio o ventaja económica o de otra índole por la ayuda que recibirá.

Aquí surge la interrogante ¿Qué sucede cuando la promesa de hacer surge por decisión del interesado sin que haya existido algún tipo de requerimiento previo del traficante? Al respecto debo sostener, que si bien, el sentido de la norma indica que la ejecución de esta modalidad se da por la voluntad del traficante, esto no es impedimento para que pueda surgir a iniciativa del interesado y posteriormente el traficante ratifique y acepte el contenido de la promesa. “Mayormente aparece cuando el agente logra que el tercero interesado le ofrezca entregar

donativo una vez que el funcionario o servidor de la administración de justicia se pronuncie en un determinado sentido” (Salinas Siccha, 2009, p.560).

Esta modalidad delictiva se consuma con la promesa de parte del interesado de hacer entrega de un beneficio, un donativo o una ventaja de posible ejecución en un futuro próximo – inmediato o mediato- al traficante o a la persona que designe –no se requiere que la promesa se cumpla más adelante, ya que de producirse esa situación estaríamos ante un supuesto de agotamiento-. Y en el caso, que dicha modalidad sea efectuada inicialmente por el interesado su consumación se dará en el preciso momento en que el traficante admita la promesa dada en oferta sin necesidad de que se verifique de igual forma el cumplimiento de la promesa. “En el caso de la "promesa" hay un delito de "mera actividad": para la consumación no se necesita que el sujeto activo cumpla con su ofrecimiento” (Abanto Vásquez, 2013, p.534).

#### **6.1.4. Medios empleados en su comisión**

Los medios de corrupción que se utilizan durante el intercambio de voluntades entre el interesado y el traficante con el propósito de asegurar la consumación del delito de tráfico de influencias van desde factores económicos, hasta aquellos que no son cuantificables de forma patrimonial. Siendo así, entre los objetos corruptores destacan el donativo de un bien material, la promesa de hacer entrega de un provecho económico o de otra índole, y cualquier otra ventaja o beneficio patrimonial o no patrimonial. “El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente” (Salinas Siccha, 2009, p.561). “La promesa en cambio se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato” (Salinas Siccha, 2009, p.562). “El interceder ante funcionario o servidor público judicial o administrativo sin existir

de por medio donativo, promesa o ventaja es atípico por la no concurrencia del aludido componente objetivo del tipo” (Rojas Vargas, 2007, p.808,809).

## **6.2. Tipo Subjetivo**

Tanto el verbo rector principal, así como las modalidades delictivas complementarias del delito de tráfico de influencias deben ser realizadas mediante un dolo directo, a fin de poder determinar la imposición de una pena para el traficante y el interesado, caso contrario, si se produce por medio de un dolo eventual, o peor aún, por un actuar imprudente, no sería jurídicamente posible establecer sanción alguna en contra de ambos intervinientes. “No puede bastar el "dolo eventual", pues los elementos objetivos al ser conocidos no permiten otra cosa” (Abanto Vásquez, 2013, p.534).

## **6.3. Tentativa**

Un sector de la doctrina afirma que existe tentativa en el delito de tráfico de influencias, mientras no se produzca “la dación de los medios corruptores complementarios”, en tanto, que otros sector indica que no sería admisible, postura que comparto por los siguientes argumentos:

Al respecto, el artículo 16° del Código Penal establece *“En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”*. Efectuando una interpretación literal de ese artículo se advierte que existe tentativa mientras no se consume el delito, ya sea debido a hechos externos e independientes a la voluntad del autor o por actos propios de su competencia. Tratándose del delito de tráfico de influencias la tentativa se produciría –posición a favor -, en primer lugar, cuando el traficante ha realizado el verbo rector con su componente finalístico, incluida la ejecución de las modalidades delictivas complementarias, faltando solo que estas sean aceptadas por el interesado, y en segundo lugar, cuando el traficante ha realizado el verbo rector con su

componente finalístico, pero aún no se ejecutaron las modalidades delictivas que correspondían al interesado -entregar y hacer prometer-.

En ambos supuestos, ya sea por la ausencia de la realización de las modalidades delictivas complementarias por el interesado, o debido a que aún no acepta la oferta del traficante se produciría la tentativa en el delito de tráfico de influencias, lo que va en contra de esa institución jurídica, puesto que la desnaturaliza en su característica principal habida cuenta que para la consumación en los delitos de peligro abstracto –y en general- no se requiere de otra voluntad distinta a la del autor –el traficante nunca podría por sí mismo consumir el delito-.

Este proceder en contrario, ha obedecido a la redacción compleja y defectuosa que regula al delito de tráfico de influencias. Al examinarse el bien jurídico que se ha pretendido proteger mediante la tipificación de esta conducta que viene a ser el prestigio y el normal funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa para las influencias reales y la imagen o el prestigio que posee una institución pública en los supuestos de influencias simuladas, puedo llegar a la conclusión que esos comportamientos del traficante consistentes en la invocación de influencias reales o simuladas con el ofrecimiento de ayuda en un proceso judicial o administrativa (la ejecución de estas acciones por sí solas constituyen lo prohibido) y la solicitud de hacer dar o hacer prometer la entrega de un bien material o inmaterial al interesado (sin necesidad de su aceptación), afectan de forma potencial y directa el bien jurídico que se pretendió proteger, y no se entiende, por qué la configuración de este delito haya quedado supeditado a esa forma de regulación.

Es por ello, que la realización de esas modalidades delictivas complementarias por parte del interesado, deberían de ser constitutivas de un delito independiente atribuible a ese interviniente a título de autor –como se hizo en el delito de cohecho activo-

#### 6.4. Bien Jurídico Protegido

Con relación al bien jurídico que se tutela en el delito de tráfico de influencias existe un debate en la doctrina respecto, a cuál haya sido el bien jurídico que se pretendió proteger con la incorporación de esta conducta dentro del Código Penal. Es por ello, que a continuación se hace mención a las posiciones más aceptadas con relación a este punto.

El bien jurídico genérico lo constituye el recto y normal funcionamiento de la administración público en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa. (...) El bien jurídico específico que se pretende proteger y preservar es el prestigio y regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa (...). (Salinas Siccha, 2009, p.567).

El "bien jurídico específico" u OBJETO del bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser ningún "prestigio" o el "buen nombre" de la Administración Pública, pues este concepto no armoniza con un Estado social y democrático de Derecho", tal como se ha demostrado en las consideraciones iniciales. Aquí. Más bien, también existe un atentado, aunque lejano, contra la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función; y, en el supuesto de la "influencia simulada", el "patrimonio individual". (Abanto Vásquez, 2013, p.524,525).

En concordancia con lo anteriormente señalado, es de considerar que el bien jurídico protegido que resulta comprometido en el delito de tráfico de influencias regulado en el artículo 400° del Código penal peruano es el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública, específicamente la administración de justicia jurisdiccional o administrativa. (Rojas Vargas, 2007, p.785).

Conforme puede advertirse no existe unanimidad en la doctrina con relación al bien jurídico que se pretende proteger, sin embargo, la postura que comparto es aquella referida a que el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias tratándose de influencias reales viene a ser el prestigio y el normal funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa, ya que la finalidad ulterior de dicha norma penal se enfoca en tratar de evitar que cualquier agente que no sea parte de la Administración pública o incluso siendo parte la misma, perturbe el normal ejercicio en las labores de otros trabajadores dependientes al Estado, y para el supuesto de influencias simuladas, impide que se ponga en tela de juicio el ejercicio imparcial y legal de las funciones públicas por parte de terceras personas, que presumen falsamente que pueden lograr corromperla, trayendo consigo que se denigre la imagen o el prestigio que posee una institución pública frente a la sociedad –en ese mismo parecer se pronuncia la Casación N° 374-2015-LIMA, en su décimo quinto considerando-.

## CAPÍTULO II MARCO METODOLÓGICO

### 1. Planteamiento del Problema

#### 1.1. Descripción de la Realidad Problemática

Respecto al delito de tráfico de influencias y específicamente a la posición que se viene asumiendo actualmente, a fin de atribuir responsabilidad penal al interesado o también denominado comprador de humo o solicitante de influencias a título de instigador debe indicarse que “la inducción a un delito que el autor ya decidió cometer (*omnímodo facturas*) es, por lo tanto, imposible. En tal caso sólo queda por analizar si puede tratarse de una tentativa punible de instigación” (Bacigalupo Zapater, 1999, p. 526).

Las teorías de la participación y de la autoría han sido materia de un amplio desarrollo por la jurisprudencia, y más aún por la doctrina, habiendo sido en esta última donde se establecieron los fundamentos que deben observarse cuando se determine el grado de responsabilidad de una persona por la comisión de un hecho punible.

En la práctica jurisdiccional, a pesar de tenerse un soporte doctrinario consolidado referente a la instigación, los operadores del derecho al momento de imponer una sentencia condenatoria al interesado por su participación en el delito de tráfico de influencias en calidad de instigador, desconocen las notas esenciales que caracterizan a ese concepto dogmático, ya que tanto la doctrina nacional como extranjera es unánime en señalar que una conducta será encuadrada dentro de la figura de la instigación, sí solo sí, su intervención se limita exclusivamente a hacer surgir en otra persona (autor material) a través de la persuasión, provocación o incitación su voluntad de llevar a cabo un delito, no admitiéndose algún tipo de colaboración o ayuda de tal interviniente durante su fase ejecutiva.

La problemática materia de la presente investigación se centra principalmente en tratar de demostrar que los fundamentos empleados por todas las instancias jurisdiccionales del país al momento de imponer una sentencia condenatoria al interesado del delito de tráfico de influencias a título de instigador resultan ser erróneos, y consecuentemente, vulneran diversos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Política, tales como el principio de motivación de las resoluciones judiciales, pues los argumentos que son esgrimidos no resultan ser razonables al tratar de encuadrar una conducta dentro del ámbito de la instigación desde un punto de vista dogmático, y el principio de legalidad en materia penal desde su dimensión como un derecho subjetivo, es decir, aquella garantía que tiene toda persona de que lo prohibido se encuentre regulado en una norma jurídica estricta, cierta, previa y escrita.

En tal contexto, surgen las siguientes interrogantes ¿Existe algún argumento idóneo que sea el adecuado a emplear para que al interesado del delito de tráfico de influencias se le sancione en calidad de instigador? ¿Bajo qué título de participación resultaría ser sancionable la conducta desplegada por el interesado del delito de tráfico de influencias, sino se le impone una pena en calidad de instigador? ¿Puede sostenerse de manera categórica que la conducta del interesado del delito de tráfico de influencias es una conducta socialmente permitida, y, por consiguiente, no resulta ser reprimible penalmente? ¿Es correcto afirmar que la conducta del interesado reviste los caracteres de una conducta susceptible de ser calificada como autoría de un delito independiente, pero debido a la ausencia de una normatividad expresa que prevé dicha situación, impide se le considere como tal? ¿Qué derechos y principios se vulneran en la actualidad cuando se reprime al interesado del delito de tráfico de influencias en calidad de instigador?

## **1.2. Formulación del Problema**

### **1.2.1. Problema general**

De qué manera el empleo erróneo de un argumento dogmático respecto a la teoría de la intervención delictiva, origina que se califique al interesado del delito de tráfico de influencias como instigador, afectando el principio de legalidad y la debida motivación de las resoluciones judiciales.

### **1.2.2. Problemas específicos**

¿Cuáles son los principios del derecho penal y constitucional que se vulneran al condenársele al interesado del delito de tráfico de influencias a título de instigador?

¿De qué manera la doctrina nacional, aborda el tema de la participación del interesado del delito de tráfico de influencias a título de instigador?

¿Cuál es la postura dogmática que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia del país al sancionar al interesado del delito de tráfico de influencias a título de instigador?

### **1.3. Objetivos de la Investigación**

#### **1.3.1. Objetivo general**

Determinar y demostrar que el empleo erróneo de un argumento dogmático respecto a la teoría de la intervención delictiva, origina que se califique al interesado del delito de tráfico de influencias como instigador, afectando el principio de legalidad y la debida motivación de las resoluciones judiciales.

#### **1.3.2. Objetivos específicos**

- A. Establecer cuáles son los principios del derecho penal y constitucional que se vulneran al condenársele al interesado del delito de tráfico de influencias a título de instigador.
- B. Examinar de qué manera la doctrina nacional, aborda el tema de la participación del interesado del delito de tráfico de influencias a título de instigador.
- C. Analizar con sentido crítico la postura dogmática que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia del país al sancionar al interesado del delito de tráfico de influencias a título de instigador.

## **1.4. Formulación de Hipótesis**

### **1.4.1. Hipótesis general**

El empleo erróneo de un argumento dogmático respecto a la teoría de la intervención delictiva, origina que se califique al interesado del delito de tráfico de influencias como instigador, afectando el principio de legalidad y la debida motivación de las resoluciones judiciales.

### **1.4.2. Hipótesis específicas**

A.- En la Jurisprudencia de las instancias jurisdiccionales a nivel nacional, incluida la Corte Suprema de Justicia, no se ha utilizado de manera idónea los argumentos dogmáticos que caracterizan a la instigación como tal, a efecto de establecer la responsabilidad penal del interesado del delito de tráfico de influencias, bajo ese título de imputación.

B.- En la práctica procesal se viene sancionando penalmente al interesado del delito de tráfico de influencias, en calidad de instigador, contraviniendo abiertamente la Constitución Política y las leyes.

## **2. Justificación de la Investigación**

La presente investigación se justifica, en primer lugar, porque permite que a nivel de la jurisprudencia nacional se adopte de manera unánime la postura referida a la responsabilidad penal en los delitos contra la Administración pública a título de autor y no de instigador, de todos aquellos intervinientes cuyas conductas se requieran indispensablemente para la configuración de esta clase de tipos penales (participación necesaria). En segundo lugar, y como justificación central, porque demuestra la errónea aplicación que vienen realizando los órganos jurisdiccionales del concepto dogmático de la instigación al sancionar al interesado del delito de tráfico de influencias bajo esa forma de participación, a pesar de que, el actuar de ese interviniente no posee las notas esenciales que caracterizan a esa institución jurídica como tal y ,por lo tanto, evitar que se sigan emitiendo fallos que vulneran el principio de legalidad y el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Finalmente, en tercer lugar, ilustrará a los legisladores acerca de la necesidad de que se tipifique obligatoriamente la conducta del interesado como autor de un delito independiente del que actualmente existe debido a las características delictivas que reviste ese actuar y, asimismo, se les da a conocer el peligro potencial que implica esta intervención para la afectación de un bien jurídico relacionado con la propia Administración pública –busca corromper a los funcionarios o servidores-.

### **3. Delimitación de la Investigación**

#### **3.1. Delimitación Temporal**

Se desarrollo teniendo en cuenta las causas donde el interesado del delito de tráfico de influencias, ha sido sentenciado a título de autor, de instigador, de cómplice, o su conducta ha quedado impune (para realizar una contrastación de posturas y evidenciar el diferente tratamiento que se le ha venido dando a esa figura) durante el período comprendido desde el año 2001 al 2017, esto es, un lapso de 17 años, incidiendo fundamentalmente en los últimos cinco años (por la modificatoria y vigencia del artículo que regula el delito de tráfico de influencias).

#### **3.2. Delimitación Espacial**

Los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia del Perú (Salas permanentes y transitorias). A mayor abundamiento y ante la escasez de fallos de tal instancia, se analizaron las resoluciones de las Cortes superiores de Justicia.

#### **3.3. Delimitación Social**

La investigación tiene como objeto de estudio a un sector de los operadores del proceso penal (jueces penales).

#### **3.4. Delimitación Física**

Se investigaron los fallos (sentencias) que han girado en torno al tema del interesado del delito de tráfico de influencias indicado en la delimitación temporal y también los acuerdos plenarios existentes sobre la materia.

#### **4. Viabilidad de la Investigación**

Para verificar la factibilidad de la investigación, se valoraron una serie de limitaciones tales como: El factor geográfico, por encontrarme residiendo en un lugar distinto de aquel donde se ha recabado las muestras, que vendría a ser la Corte de Suprema de Justicia –casi la totalidad de resoluciones-; el factor económico, pues conforme se hizo mención previamente, la muestra a ser examinada se ubicó en un sitio distante (Lima), de mi domicilio, y también debido a los traslados continuos que se realizó a la capital para recibir orientación por mi asesor y adquirir diversos materiales de lectura. Asimismo, otro inconveniente que se presentó sobre el tema a tratar, se produjo debido a la existencia de un grupo reducido de sentencias emitidas por la máxima instancia judicial por su escasa incidencia delictiva, y además porqué en algunos casos los procesos culminaron ante las Cortes Superiores de Justicia a nivel nacional. Finalmente, un último impedimento que se hizo presente, es que en algunos casos no ha logrado recabarse la resolución completa, para ser evaluada detalladamente.

Ergo, estos obstáculos fueron superados de manera exitosa, por haber tenido los recursos humanos, económicos y materiales (se analizaron también los fallos de los jueces superiores y se emplearon extractos de las resoluciones plasmadas en algunos libros o artículos, en aquellos supuestos en donde no se pudo conseguir todo el texto de la resolución.), durante el desarrollo de dicha investigación.

## 5. Diseño de la Investigación

### 5.1. Tipo de Investigación

**5.1.1. No experimental.** La investigación es esencialmente teórica, ya que durante su desarrollo no se efectuó la manipulación de alguna de las variables de la hipótesis, a fin de contrastar y comprobar la validez de las mismas, es decir, no existió la posibilidad de construir las situaciones que fueron estudiadas habiendo únicamente observado tal fenómeno en su realidad para posteriormente haber sido analizadas.

Por otra parte, sobre la base de conceptos teóricos-dogmáticos se trató de describir, explicar, determinar y dar a conocer las particularidades y características de los partícipes en el delito de tráfico de influencias. Las pautas de la presente investigación son: **descripción, explicación y construcción. Descriptivo**, porque en ella se expuso detalladamente los postulados teóricos concernientes a la participación de una persona en un delito, en calidad de autor e instigador. **Explicativo**, porque se realizó un análisis crítico de las posturas teóricas desarrolladas en base a la dogmática penal, lo cual permitió dar respuesta a las interrogantes que han sido planteadas. **Constructiva**, porque se formularon planteamientos personales sobre los criterios que deben tenerse en consideración al momento de establecer la responsabilidad de una persona a título instigador en el delito de tráfico de influencias desde una comprensión normativo-valorativa.

## **5.2. Diseño Muestral**

### **5.2.1. Universo o población**

Ha abarcado principalmente la valoración de las sentencias de la Corte de Suprema de Justicia, y de manera excepcional las resoluciones de las Cortes Superiores de Justicia, donde se analizaron la conducta del interesado del delito de tráfico de influencias desde los diversos títulos de imputación tales como la autoría, la instigación, la complicidad, e incluso, se ha evaluado aquel supuesto donde la conducta de ese interviniente ha quedado impune o se le considero agraviado desde los periodos comprendidos del 2001 al 2017.

### **5.2.2. Muestra**

Del total del universo, se procedió a la selección de una cierta cantidad de expedientes penales que tuvieron relación con dicha investigación (se tomaron en cuenta el número escaso de sentencias que existen al respecto).

## **6. Técnicas para la Recolección de Datos**

### **6.1. Descripción de los Instrumentos**

El principal instrumento utilizado en la presente investigación fue la Guía de Análisis Documental.

#### **6.1.1 Análisis documental**

Se ha centrado el análisis sobre las decisiones finales de los jueces de la Corte Suprema de Justicia (para mayor abundamiento y ante la escasez de fallos de esa instancia, se evaluó las resoluciones de los jueces superiores) contenidas en las sentencias, conocidas a través de sus publicaciones.

#### **6.1.2 Validez y confiabilidad de los instrumentos**

Como fuentes que fueron empleadas en la investigación para la obtención de información se encuentran: Recopilación documental de bibliografía, materiales de investigación (tesis), artículos, revistas, publicaciones en páginas Web y demás trabajos obrantes en distintas bibliotecas a nivel nacional.

## **7. Aspectos Éticos**

Respecto al presente tema, la información que se obtuvo de los diversos documentos físicos, así, como aquella proporcionada por el internet y que sirvieron como sustento para su desarrollo fueron debidamente consignadas como fuentes bibliográficas o electrónicas respetando en todo momento la autoría de sus creadores, esto con la finalidad de verificar la autenticidad del trabajo, ya que bajo ningún concepto podría ser copia parcial o total de otra investigación llevada anteriormente dentro de los mismos términos, y si bien, ha sido objeto de análisis en diversos artículos y publicaciones, el enfoque que se le da en esta ocasión es propia.

### CAPÍTULO III

#### 1. La Posición del Interesado en el Delito de Tráfico de Influencias

El interesado es la persona que se halla colocada en una singular ubicación entre el traficante y los destinatarios finales de la influencia, hallándose por lo común urgido en la búsqueda de salidas favorables a sus conflictos o colocado en situación de premura o simplemente de interés para que su caso judicial o administrativo sea resuelto conforme a sus expectativas. (Rojas Vargas, 2007)

El desarrollo dogmático realizado sobre las teorías que fundamentan la distinción entre autor y partícipe y las que establecen la punibilidad de la instigación, asimismo, la valoración de los elementos objetivos y subjetivos del delito de tráfico de influencias, han traído consigo el surgimiento de diversas interrogantes sobre la presente problemática como ¿En qué casos se está frente a una conducta calificada como autoría o como participación en el delito de tráfico de influencias? ¿Por qué se sanciona al interesado como instigador? ¿Bajo qué criterios se subsume un comportamiento dentro de dicho título de imputación? ¿Quiénes son los intervinientes en el delito de tráfico de influencias y que roles cumplen los mismos durante su ejecución? ¿Conforme a la redacción actual del artículo 400° del Código Penal, es admisible atribuir responsabilidad penal al interesado del delito de tráfico de influencias en calidad de autor?

A continuación, se abordará el tema central de la tesis que actualmente es materia de debate en la doctrina peruana, debido a sus implicancias en la resolución de casos a nivel jurisdiccional. Pues bien, el asunto trata acerca de la responsabilidad del interesado del delito de tráfico de influencias, a quien la Corte Suprema de Justicia y demás instancias judiciales, -al tratar de hacer frente a los actos de corrupción y sancionar la intervención de aquellas personas que no tienen poder de decisión sobre la resolución de un caso dentro de la Administración pública- lo

vienen considerando durante estos últimos años como instigador -anteriormente su conducta fue impune, luego se le calificó dentro del ámbito de la complicidad primaria y de la autoría-, a pesar de que, su aporte resulta siendo tan importante para la configuración de dicho tipo penal. “Dicho de otra forma, la consumación del tráfico de influencias deriva de la intervención del interesado, lo que dota de contenido el merecimiento de pena frente a su conducta de encuentro (San Martín Castro, Carlos, & Leandro, 2002, p.62).

“Al enfrentarse a estos casos, la jurisprudencia de nuestro país ha optado por la solución según la cual el interesado en el delito de tráfico de influencias respondería como partícipe del delito, es decir, como cómplice o instigador del delito” (Pariona Arana, 2014, p.56).

En ese orden de ideas, debido a la importancia de su contribución por tratarse de un partícipe necesario, el Estado debe adoptar como parte de su política criminal sancionar su intervención a título de autor a través de la creación de un delito autónomo distinto del que se encuentra previsto en el artículo 400°. “En efecto, un combate eficaz al flagelo de la corrupción debe perseguir y sancionar punitivamente no sólo al funcionario público, sino se necesita también que los ciudadanos sean intimidados con la amenaza penal (...)”. (Peña Cabrera Freyre, 2007, p.371).

La regulación legal de la conducta del interesado será analizada desde diversos puntos de vista teniendo en consideración su intervención antes y después de la ejecución del verbo rector principal que da inicio a la configuración del delito de tráfico de influencias, a fin de evaluar los argumentos que justificarían su subsunción dentro del título de imputación de instigación, o más por el contrario, se trataría de un supuesto de autoría o de complicidad primaria.

Siendo así, la **primera situación materia de análisis**, se dará cuando una tercera persona influye psicológicamente al traficante para que le ofrezca al interesado sus influencias de poder

obtener una decisión favorable en un determinado proceso judicial o administrativo de su interés, y a cambio de ello, le solicita la entrega o le hace prometer darle un donativo, ventaja o beneficio patrimonial o de otra índole.

Una vez que el traficante realizó la invocación de influencias reales o simuladas con el ofrecimiento de interceder y, asimismo, ha llevado a cabo la segunda y tercera modalidad delictiva complementaria, –mas no la primera, por corresponder su ejecución exclusiva a la otra parte- el comportamiento del interesado consistirá únicamente en aceptar hacer entrega de lo solicitado (hacer dar) por el traficante o asentir la promesa ofrecida (hacer prometer) por ese mismo interviniente.

En esa situación, no existe mayor discusión o problemática respecto a la configuración de la instigación de parte del tercero sobre el traficante, por haber hecho surgir en este su voluntad criminal. Pero aquí surgen otras interrogantes ¿qué sucede con las modalidades delictivas complementarias, cuya ejecución o aceptación de su realización, corresponden al interesado con la finalidad de obtener una decisión favorable; estas tienen alguna relevancia penal?

Efectivamente, con relación a la primera y a la tercera modalidad -esta última, realizada de manera excepcional por el interesado- se evidencia la enorme importancia que reviste la conducta del interesado para la consumación de este delito; de igual manera, en el caso de la segunda y tercera modalidad -cuando surgen a iniciativa del traficante-, podría sostenerse que de no acreditarse la aceptación por parte del interesado de la solicitud de ayuda ofertada por el traficante (hacer dar o hacer prometer) tampoco llegaría a configurarse este delito.

Es por esas consideraciones, que tales comportamientos del interesado no podrían ser englobados dentro de la complicidad primaria, debido en primer lugar, a que no se hicieron presentes durante la ejecución del verbo rector principal y de su componente teleológico por

parte del traficante, y en segundo lugar, porque las diversas intervenciones que fueron descritas y en las que participa el interesado, no pueden ser calificadas como simples actos de complicidad, pues del propio tipo penal se infiere que su intervención resulta necesaria no solo para la consumación de ese delito, sino incluso para su propia configuración por tratarse de un delito de encuentro –de no existir este interviniente, no se podría realizar la negociación delictiva-.

A mayor abundamiento, con el objetivo de justificar a la conclusión arribada con relación al tema de la complicidad primaria, debe hacerse referencia al Acuerdo Plenario N 3-2015/CIJ-116 donde se precisa que no podrá sancionarse al interesado del delito de tráfico de influencias por ese título de imputación, debido a que no realiza algún tipo de colaboración durante la ejecución de su acción típica.

Esa misma situación, pero desde una posición distinta de sus intervinientes, que vendría a ser cuando la realización de las modalidades delictivas complementarias –primera y tercera, ya que la segunda solamente corresponde al traficante- son efectuadas por el propio interesado, al hacer la entrega o prometer dar un donativo, beneficio o ventaja al traficante o a una tercera persona que este designe, por la ayuda que le brindará.

A modo de ejemplo, A (traficante) quien trabaja como secretario en la Sala Penal Nacional, le invoca a B (interesado), quien tiene un proceso judicial por alimentos, en el Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima que tiene influencias (reales) ante el juez de familia que resolverá su proceso, y que podría ayudarlo a obtener una decisión favorable, entonces B, convencido de esa ayuda de forma espontánea y libre sin que haya existido un requerimiento previo de entrega de parte de A, le da la suma de S/. 5.000 (Cinco mil soles). En

este contexto, también resultan aplicables los fundamentos que fueron detallados en los párrafos precedentes para descartar la punibilidad del interesado por complicidad primaria.

Ahora bien, una vez que se ha concluido que por esas intervenciones no podría considerársele al interesado como cómplice primario; acto seguido se procederá a analizar si en ambas situaciones descritas puede atribuírsele la calidad de instigador –también se evaluará de manera general ese comportamiento desde el ámbito de la autoría, a efectos, de determinar si reúne las características de un actuar susceptible de ser regulado como delito y de esa manera dar a conocer la necesidad de su tipificación en el Código Penal-.

Al respecto, debe descartarse la posibilidad de su encuadramiento dentro de la figura de la instigación en aquellos supuestos donde la acción típica ya habría sido realizada por el traficante, por lo que no cabe la posibilidad de instigar sobre un hecho que ya se ha materializado, aunque todavía no se haya consumado (se encuentra aún pendiente, la ejecución de la primera o tercera modalidad). Esta afirmación, también encuentra respaldo en el mencionado Acuerdo Plenario, en cuyo considerado 11 se precisa ““el interesado” en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el “vendedor de influencias” mediante un influjo psíquico”.

**La segunda situación a ser analizada**, es la que trae mayores debates acerca de la responsabilidad del interesado a título de autor o de instigador, y sobre el cual se examinará con mayor profundidad la motivación de los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia – y de las Cortes Superiores- para verificar si se produjo o no, la vulneración de un derecho constitucional dentro de este contexto. Siendo así, este supuesto se da cuando el interesado de forma voluntaria sin que haya existido requerimiento previo de alguna persona

(tercero), le solicita de forma directa al traficante a que le ofrezca una ayuda ante un determinado servidor o funcionario que conoce, conocerá o conoció un específico proceso judicial o administrativo.

Esta intervención será valorada desde dos escenarios en los cuales podría darse – probablemente- la figura de la instigación. **El primer escenario** se manifiesta cuando el interesado instiga al traficante –aquí se emplea apropiadamente el término instigar y no solicitar-, indicándole que invoque tener influencias de ayuda en un proceso judicial o administrativo a todas aquellas personas que necesiten de su colaboración sin hacerle mención de forma expresa que tal apoyo lo dirija a una persona determinada, pero si determinable, y a cambio de eso, les solicite un beneficio o ventaja patrimonial o no patrimonial por el favor que les ofrece realizar. Para una mejor comprensión del problema, se pone el siguiente ejemplo:

A (interesado), quien tiene un proceso judicial en materia penal en la Corte Superior de Justicia de Lima, le refiere insistentemente a B (traficante de influencias), quien trabaja como secretario en la Sala Penal Nacional, que cuando las personas concurran ante su despacho para averiguar el estado de sus procesos, debe aprovechar esa oportunidad para invocarles que puede ayudarlos en cualquier otro proceso que tengan en los demás juzgados, por las amistades que tiene, y a cambio de esa ayuda, les solicitará un beneficio o ventaja -incluso aquí se concibe la idea de que el interesado le precise al traficante la identificación exacta de algunas personas que tienen procesos pendientes, y a los cuales les puede ofrecer su apoyo-, entonces, como A tiene un proceso en el Juzgado de B, y también en el Juzgado de Familia, se apersona para averiguar cómo va su caso penal y le comenta que también tiene un proceso de alimentos, en ese instante B -quien se recuerda de la conversación con A-, le invoca tener influencias ante el Juez del

Juzgado de Familia que viene conociendo su caso, y le ofrece ayudarlo, pero a cambio le hace dar la suma de s/.1.000.00 (mil soles) a un familiar suyo, quien lo recibe personalmente.

Con relación a este punto he de sostener que no cabe admitir la postura de que el interesado pueda responder a título de instigador del delito de tráfico de influencias, a pesar de que su conducta revista algunas notas –que a simple vista parecerían hacerlos semejantes- que caracterizan a dicha institución jurídica tales como la existencia de un influjo psíquico a cometer un delito en concreto y que se dirija a una persona determinada -o determinable-. “La actividad persuasiva del instigador puede alcanzar a varias personas sin necesidad de que las conozca personalmente” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO II, 2011, p.171).

Asimismo, es inseguro la solución respecto de la persona del autor, sobre todo cuando el instigador se dirige a varios: en este aspecto se exige, en general, que los destinatarios al menos formen un grupo cerrado que el instigador percibe; de otro modo, entra en acción (...). (Stratenwerth, 2005, p.425).

En efecto, tal negativa se da en primer lugar, por la forma deficiente en que se encuentra redactado la figura del delito de tráfico de influencias en el Código Penal, pues en su estructura se establece una serie de modalidades delictivas complementarias que necesitan no solo ser ejecutadas por algunos de los sujetos procesales –compete al interesado la realización de la primera modalidad y también en algunos casos de la tercera modalidad- para su consumación, sino también se requiere en algunas de estas sean aceptadas por la otra parte. Por esa razón, pese a que la conducta del interesado consista nada más en la aceptación de las modalidades delictivas complementarias –segunda y tercera- conforme se viene señalando, no es admisible considerarlo como instigador propiamente dicho, ya que su aporte resulta siendo indispensable

para la configuración de este delito. “El instigador no realiza la infracción, ni “toma parte”, en sentido material, en su ejecución; persuade a un tercero para cometa la acción típica. Sólo ejerce una influencia psicológica sobre éste. Con el objeto de hacerle cometer el hecho punible” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO II, 2011, p.168).

El inductor nunca participa en la fase de ejecución del delito, pues de lo contrario pasaría a ser coautor, por ello quien dirige su comportamiento a la afectación del bien jurídico o a su efectiva puesta en peligro es el autor, lo que permite fundamentar una mayor pena concretizada. (Rodríguez Delgado, S.F.)

En segundo lugar, estando a la naturaleza del delito de tráfico de influencias que viene a ser de encuentro, por lo tanto, resultaría incogruente sancionar al interesado a título de instigación, ya que sería el único delito del Código Penal donde la intervención de un partícipe necesario – distinto a la del cómplice primario-, cuya concurrencia es requisito indispensable para la existencia de esta clase de delitos, sea reprimido de esa manera.

**El segundo escenario**, se producirá cuando el interesado le solicita al traficante que interceda por él, por las influencias que tiene ante un determinado funcionario o servidor que conoce, conocerá o conoció un proceso administrativo o judicial, donde desea obtener una decisión favorable, entregándole a cambio de ese apoyo una ventaja económica.

Ejemplo. A (interesado), quien tiene un proceso judicial en materia penal y de familia en la Corte Superior de Justicia de Lima, le solicita a B (traficante de influencias), quien trabaja como secretario en la Sala Penal Nacional, sí podría ofrecerle algún tipo de ayuda con el Juez del Juzgado de Familia para que lo favorezca en el proceso de alimentos que tiene en ese despacho, y a cambio de eso, él le hará entrega de un beneficio o ventaja económica o de otra índole.

Entonces, como A tiene un proceso en el Juzgado de B, un día que se apersona para averiguar su caso B le invoca tener influencias con el Juez de Familia que viene conociendo su causa, asegurándole que puede obtener una decisión que lo favorezca, pero a cambio le hace dar la suma de s/.1.000.00 (mil nuevos soles) a un familiar suyo, el cual lo recibe personalmente.

Ya en tal contexto, se advierte un tema controversial para la configuración de la instigación debido al intercambio de voluntades entre el interesado y el traficante, pues el instigador, si bien, hace surgir la voluntad criminal en el traficante, esta conducta antes de ser calificada como una influencia psicológica propiamente dicha se trataría de una solicitud, petición o requerimiento de ayuda en un proceso donde el interesado tiene interés y, por ende, la valoración que se efectúe de ese comportamiento tendrá la misma connotación o naturaleza de la solicitud realizada por el sujeto activo en el delito de cohecho activo, en donde el interviniente –a quien también se le conoce como interesado- solicita una ayuda al sujeto pasivo para que cumpla o incumpla con sus obligaciones, es sancionado a título de autor –claro está con la salvedad que aquí no se está frente al funcionario o servidor que cumplirá o no con sus funciones-.

“El legislador debería tipificar en la Parte Especial el comportamiento del traficante y del interesado como lo ha hecho con el cohecho pasivo y cohecho activo” (Pariona Arana, 2014, p.56). En consecuencia, ese comportamiento del interesado constituye en sí, un acto que afecta (potencialmente) el prestigio y normal desenvolvimiento de las funciones de la Administración pública, razón por la cual, debería de ser objeto de una sanción penal por tratarse de un caso de autoría, pero al no existir una norma donde se establezca esa conducta como delito, no sería susceptible de ser punible.

Un sector de la doctrina postula que en esa situación es admisible calificar al interesado como instigador, por la sencilla razón de haber hecho surgir –o fortaleció- en el traficante su

resolución criminal. No obstante, esa postura a criterio personal resulta ser equivocada por los siguientes fundamentos que paso a explicar a continuación: Es cierto que puede afirmarse que el interesado ha formado la voluntad delictiva del traficante, pero esta no es producto de la influencia psicológica que caracteriza a la instigación como tal –se admite que la sugestión, la provocación o incluso una solicitud son vías satisfactorias a través de las cuales puede manifestarse el influjo psíquico-, ya que esta última difiere completamente de la solicitud o la petición de ayuda que se produce en el contexto materia de análisis, pues la primera va orientada estrictamente a incitar o provocar que se realice un delito, mientras que en la segunda, existe una negociación delictiva o un acuerdo entre el traficante y el interesado, donde lo que se busca de forma inicial es obtener un ofrecimiento de ayuda en un proceso –no importa la manera que se va a lograr ese propósito, ya sea porque se tiene influencias sobre el funcionario o servidor que resolverá el caso o a pesar de no tenerlo, tratará de que se corrompa con una dádiva u otro medio-, y no, que el traficante le invoque tener influencias –lo que puede darse en forma secundaria con la intención de que se genere certeza en la convicción del interesado-. En tal sentido, si bajo ese panorama se sostiene que existe instigación, esta apreciación desnaturalizaría a ese concepto dogmático, puesto que la influencia psicológica siempre va dirigida a que el sujeto realice la acción típica y que para el caso del delito de tráfico de influencias se daría cuando el interesado incita o provoca psicológicamente al traficante a que le invoque tener influencias reales o simuladas sobre un funcionario o servidor que le ayudará en la resolución de un caso concreto, y después de eso el traficante ejecuta la invocación del influjo psíquico ante el interesado. Al respecto se tiene el siguiente gráfico para una mejor ilustración.

A (interesado), le influye psicológicamente a B (traficante), a que le invoque tener influencias ante el Juez de Familia que resolverá su proceso de alimentos (apelación), entonces, B le invoca tener influencias ante ese magistrado a A y le ofrece ayudarlo, solicitándole a cambio la entrega de un bien.

Este sería la actuación que correspondería realizar al interesado del delito de tráfico de influencias ante el traficante para que esa actividad pueda ser calificada como un acto de instigación, pero la posibilidad de que pueda darse resulta de imposible ejecución, ya que si uno necesita una ayuda, no resulta lógico que vaya a pedir que le invoquen influencias, y luego de eso, recién pedir un apoyo, sino que lo razonable en ese contexto sería solicitar directamente un favor o una ayuda.

Además, debe agregarse que la participación del interesado no solamente se limita a esta conducta, sino también puede intervenir realizando diversas acciones como ser la persona ante quién se va a realizar el ofrecimiento de ayuda -hecho por el cual, sí o sí, se necesita de su existencia-, realizar tratativas previas acerca de la forma y demás circunstancias de cómo se ejecutará el hecho, y siempre será el beneficiado –no importa si es parte en ese proceso, lo significativo es que tiene interés en la solución de una determinada forma- con la decisión final que vaya adoptarse en el proceso judicial o administrativo a “Como lo hemos sugerido, se está casi ante un caso de «negocio delictuoso», 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” (Hurtado Pozo, <https://www.unifr.ch>, s.f).

Finalmente, también se requiere de manera obligatoria su concurrencia en la ejecución de las modalidades delictivas complementarias de entregar o hacer prometer (esta última que puede

ser llevado a cabo de forma excepcional por su persona) o al dar su aceptación para que el delito se configure – de verificarse su ausencia la conducta del traficante sería impune-.

Acuerdo que además se gesta a través del compromiso de contraprestaciones recíprocas.

Así, por un lado, el intermediario se compromete a interceder en favor del interesado ante la Administración Pública a partir del ejercicio de influencias sobre un funcionario público, mientras que éste último entregará algún beneficio a cambio de dicha gestión. (Torres Pacha, s.f.)

**Un tercer escenario**, a ser valorado se da en el tema del reforzamiento en la instigación, conforme a lo previsto en el Acuerdo Plenario N 3-2015/CIJ-116, ello, con el propósito de verificar en qué circunstancias podría presentarse esta figura, además de los supuestos que ya fueron tratados. Pues bien, que sucede cuando el traficante desea cometer el delito materia de análisis, pero no se encuentra plenamente decidido a ejecutarlo y en ese momento el interesado le influye psicológicamente para que lo ejecute haciéndole entrega de una ventaja o beneficio económico o de otra índole logrando de esa forma que el traficante lleve adelante su ejecución.

Al momento de desarrollarse dogmáticamente la instigación se hizo referencia al suceso donde el agente que ya se encontraba plenamente dispuesto a cometer un delito (*omnímodo facturas*) no podía ser instigado; afirmación que también es válida para los delitos contra la Administración pública, sin embargo, si el sujeto activo aún tiene alguna duda o se encuentra indeciso de cometer el delito, si resulta admisible que pueda sancionarse su intervención dentro del ámbito de la instigación. Con referencia a este escenario, tampoco es posible sostener la existencia de la instigación por todas las razones que fueron expuestas en los párrafos anteriores.

En conclusión, en el delito de tráfico de influencias el interesado no responderá como instigador en ninguna de las tres situaciones que ya fueron analizadas previamente, sea porque

su conducta se requiere indispensablemente para la configuración del delito de tráfico de influencias o porque su actuar no reviste las características de la instigación.

**Finalmente, un cuarto escenario** a ser evaluado se origina cuando el interesado entrega o promete dar un bien patrimonial o no patrimonial al traficante o a una tercera persona que este designe por la ayuda que recibirá en un determinado proceso judicial o administrativo, esto con la única finalidad de que se descubra el actuar ilícito de ese interviniente. En ese panorama, el comportamiento del interesado implica un acto de colaboración para combatir los diversos actos de corrupción que pueden dañar el funcionamiento correcto de la Administración pública o su prestigio –en un futuro próximo evitar que se corrompa el ejercicio en las funciones de los trabajadores con poder de decisión del Estado-, motivo por el cual, es correcto que esa colaboración deba quedar impune.

Se producirá la impunidad en la intervención del interesado –bajo el título de imputación de autoría-, cuando conforme a las pruebas actuadas en la investigación se logre evidenciar claramente que su actuar en todo momento tenía como fin exclusivo, que el sujeto activo sea descubierto -si es posible detenido en flagrancia- y capturado.

No se producirá la exclusión de la responsabilidad del interesado, si a pesar de haber denunciado la conducta delictiva del traficante este actuar se ha debido única y exclusivamente por no haber obtenido un pronunciamiento a su favor en un proceso administrativo o judicial o cuando el traficante se desiste a ayudarlo, luego de haber recibido una ventaja o beneficio económico o de otra índole de su parte -se incluye los casos de no devolución de lo recibido-. En estos supuestos, el interesado debería responder en condición de autor -podría atenuarse la pena-, sin embargo, por la ausencia de una regulación legal expresa de ese comportamiento no

es posible atribuirle responsabilidad bajo tal figura, y tampoco podría imputársele tales hechos como instigador o cómplice por los argumentos que ya fueron señalados.

## **2. Principios Constitucionales Vulnerados por la Aplicación de una Sentencia Condenatoria al Interesado del Delito de Tráfico de Influencias**

### **2.1. Principio de Legalidad en el Derecho Penal**

En un Estado de Derecho Constitucional, la garantía y vigencia de los derechos fundamentales de las personas se constituyen en los pilares que inspiran la estructura de todo ordenamiento jurídico. En esa línea, nuestra Constitución Política recoge una serie de principios, derechos y deberes atribuidos a todas las personas por su sola condición de ser humano (dignidad), razón por la cual, se le considera como fin supremo de la sociedad. “Es por esta razón que en un Estado de Derecho se debe salvaguardar el reinado del principio de legalidad. Su vigencia es irrenunciable y su violación injustificable” (Urquiza Olaechea, 2005, p.390).

Dentro de ese contexto, uno de los principios más importantes que destacan del resto viene a ser el principio de legalidad, cuyas labores se centran en regular la aplicación del ius puniendi que corresponde al Estado frente a las conductas calificadas como delitos y también evitar los actos arbitrarios provenientes tanto de los particulares como de la propia Administración pública, garantizando de esa forma el pleno ejercicio y goce de los demás derechos de las personas. “El principio de legalidad en materia penal tiene el mérito de limitar a los poderes públicos, principalmente a quienes ejercen la administración de Justicia como es el caso del Poder Judicial a que caigan en arbitrariedades” (Noguera Ramos, 2007, p.117). El principio de legalidad significa y proclama el imperium de la ley, la total supremacía de la ley, el necesario

sometimiento de todos –del ciudadano, de las instituciones del Estado- a la Ley. (García-Pablos de Molina, 2009, p.428).

El principio de legalidad desde una óptica constitucional, se fundamenta en la división de poderes del Estado, concretamente se acentúa en las funciones del Poder Legislativo, a quien le corresponde la expedición de leyes para regular las diversas materias en los sectores existentes, ya que personifica la democracia y representa al pueblo. Entre las funciones que corresponden a ese sector dentro del ámbito del derecho penal, destacan las referidas a la tipificación de una conducta como delictiva, la sanción penal a imponerse, y el proceso que deberá de seguirse ante la comisión de un determinado hecho punible, los cuales deberán de estar expresamente previstos en una ley expedida por ese poder (sería lo más idóneo), sin embargo, en estos últimos años se ha observado un proceder negativo en el caso de la legislación nacional al momento de adoptar las políticas de criminalización y represión de las conductas ilícitas, ya que tales atribuciones fueron asumidas por el Poder Ejecutivo a través de sus decretos legislativos, debido a las facultades conferidas por el Congreso para regular una determinada materia. “Como sabemos, las normas jurídicas deben emanar de la voluntad del pueblo, y no de un dictador. Para ello tenemos un parlamento conformado por Congresistas que son elegidos libremente y son ellos los que están legitimados para dictar leyes.” (Noguera Ramos, 2007, p.118). “Los decretos legislativos no deben crear delitos ni penas, pues por un lado, no son expresión de la voluntad popular, porque ocurre que quienes elaboran este tipo de normas jurídicas no representa a la Nación” (Urquiza Olaechea, 2005, p.397,398).

“El mandato de taxatividad o de determinación pesa sobre el legislador a quien, como representante de la voluntad popular y único legitimado para establecer, en su nombre,

delitos y penas, corresponde la función de definir la conducta prohibida, según la doctrina de la división de poderes” (García-Pablos de Molina, 2009, p.458).

El principio de legalidad desde el ámbito del penal, también se encuentra previsto en la Constitución Política del Perú en el artículo 2º, numeral 24, inciso d) que a la letra señala “Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no éste previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Este principio, según una interpretación literal de dicho artículo aborda dos ámbitos del derecho penal, siendo estos: La primera, referida al aspecto sustantivo en donde se concibe que una persona no podrá ser condenada por una conducta comisiva u omisiva, que en el preciso momento de su ejecución no se encuentre previsto de manera clara y expresa en la ley como delito –con sus características que permitan diferenciarlas de otros comportamientos calificados también como delictivos-, al igual que la pena a imponerse, la misma que se dará únicamente en la forma y dentro de los límites que establezca el marco normativo al respecto. (Código Penal). “Como se ha dicho, la ley –y sólo la ley, no el juez, ni la Administración- debe describir de forma clara y exhaustiva la conducta prohibida y la pena que está merece” (García-Pablos de Molina, 2009, p.464).

En segundo lugar, desde el punto de vista procesal se da conocer que una persona no podrá ser procesada por la presunta comisión de un delito, sino existe una ley que lo establezca de manera categórica e individualizada, e igualmente también deberá de señalar el procedimiento que se debe seguir para la imposición de una pena dentro de un proceso regular con el objetivo de cautelar los derechos de los intervinientes. “En el Estado de Derecho, no cabe atribuir

responsabilidad a ningún ciudadano sin la necesaria intervención previa del Juez predeterminado en la ley y la celebración de un juicio justo, con todas las garantías” (García-Pablos de Molina, 2009, p.445).

Estas garantías actúan en el momento de la definición legal de los delitos y las penas y en el de la decisión sobre la responsabilidad penal y la pena aplicable, pero a ellas se han añadido otras que operan en momentos distintos, concretamente, el principio de legalidad exige también que la decisión sobre la responsabilidad penal y sobre la pena aplicable se lleve a cabo mediante el proceso establecido legalmente y por los órganos judiciales competentes, en cumplimiento de lo que se conoce como garantía procesal y jurisdiccional. (Noguera Ramos, 2007, p.114).

El principio de legalidad también se encuentra expresamente regulado, tanto en el Código Penal en su artículo II del Título Preliminar refiere “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”, así, como en el Código Procesal Penal en su artículo VI del Título Preliminar establece “Las medidas que limitan derechos fundamentales salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley (...)” y asimismo en su artículo VII del Título Preliminar indica “1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. 2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente,

incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible. **3.** La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. **4.** En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo.

De lo anteriormente señalado, se colige que en ambos cuerpos legales puede apreciarse el tratamiento peculiar que se imparte al regular el principio de legalidad. Siendo así, el primero de ellos, tiene similitud con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, pues pone énfasis en la calificación de un hecho como delito y en la determinación de la pena a imponerse a los responsables de su ejecución; situaciones que deberán de encontrarse previamente descritas en una ley, ya que su aplicación conlleva necesariamente a una restricción a los derechos de los justiciables dentro de un proceso penal. “La regulación de determinadas conductas implica la restricción de derechos fundamentales. Por ello la vigencia del mismo, únicamente se realiza y debe realizarse a través de la ley, mas no mediante la jurisprudencia, el derecho consuetudinario o cualquier otra fuente” (Urquiza Olaechea, 2005, p.408). “Debemos tener siempre en cuenta, que el principio de legalidad es importante y viene a ser la base del principio de culpabilidad, ya que, si no hay delito ni pena, no podrá ser posible atribuir a alguien como culpable jurídicamente” (Noguera Ramos, 2007, p.116,117).

Tratándose del Código Procesal penal, en su primer artículo se establece que las medidas procesales que restrinjan derechos solo podrán imponerse si una ley determina su aplicación, evaluándose en cada caso concreto los presupuestos que la fundamentan. En su segundo artículo se señala que la ley procesal penal, a partir de su entrada en vigencia se aplicará a todos aquellos

procesos que se encuentran en trámite (salvo algunos casos que deberán de seguir regulándose con la ley procesal anterior), asimismo, trata los temas de la retroactividad benigna de la ley cuando solamente favorezca al imputado, de la interpretación restrictiva de la ley en todos aquellos casos en que exista una restricción a los derechos del procesado, y de la interpretación analógica de la ley cuando sea beneficioso para el procesado, caso contrario, no resulta ser admisible su aplicación.

En el derecho penal, el principio de legalidad presenta una serie de postulados o garantías que resumen los alcances de su contenido y a la vez se constituyen en los soportes de su fundamento, siendo estos los siguientes: *Nullum crimen sine lege scripta, certa, stricta et praevia* y *Nullum poena sine lege scripta, certa, stricta et praevia*.

### **2.1.1. Nullum crimen sine lege scripta, certa et praevia**

Este postulado contiene una serie de exigencias que debe reunir el principio de legalidad, a efectos, de otorgarle validez y eficacia a su aplicación.

La primera exigencia, está dada por la necesidad de que exista una ley escrita donde se detalle las características generales y específicas (parte general y especial) que debe tener una conducta para ser calificada como delito, así, como la pena a imponerse ante la comisión de un determinado delito. “Así, se estatuye, de manera taxativa, que la ley es la única base de la incriminación de comportamientos y de la imposición de sanciones penales” (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I*, 2011, p.153).

La segunda exigencia, aborda el tema del mandato de determinación de la ley, a través del cual se trata de dar a entender que para el cumplimiento a cabalidad de una norma penal por todas las personas, no solo se necesita que se encuentre en vigencia, sino también es requisito

indispensable que en la redacción de su contenido se haya expuesto con meridiana claridad y exactitud los supuestos a los cuales debe aplicarse (falta, delito y penas); evitando su vaguedad, oscuridad o ambigüedad, y consecuentemente los actos arbitrarios que puedan darse en contra de la sociedad, debido a que las decisiones que fuesen emitidas por los órganos jurisdiccionales quedarían sometidas a su libre criterio de conciencia. “En efecto, las leyes penales deben describir los delitos de la forma más clara y precisa, para que el ciudadano común pueda conocer que conductas se encuentran prohibidas” (Noguera Ramos, 2007, p.121). No obstante, esta característica no debe entenderse bajo la idea de exigir al legislador una claridad y precisión absoluta en la redacción, al momento de establecerse los distintos enunciados normativos. “Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso” (Urquiza Olaechea, 2005, p.394).

La tercera exigencia tiene correlación con la segunda, pues también hace referencia a que la ley debe tener un cierto grado de especificidad o determinación de su contenido, pero la distinción con la regla anterior se acentúa en el tema de la analogía, que es una forma de interpretación a través del cual, se aplica un supuesto previsto en una norma penal para un caso en concreto, a otro en donde no existe regulación legal expresa. En conclusión, frente a las múltiples situaciones que puedan presentarse en el plano fáctico, sea de carácter penal o procesal penal, existe una ley que se encargará de regularlo. No obstante, es la propia Constitución Política quien permite de manera taxativa el empleo de una interpretación analógica cuando la misma favorezca al procesado (analogía *in bonam partem*). “Mayoritariamente la doctrina considera que la prohibición de la analogía solamente rige cuando se trata de la **analogía in malam partem**, la cual es extensiva de la punibilidad” (Noguera Ramos, 2007, p.121).

La cuarta exigencia, trata acerca de la punibilidad de una conducta calificada como delito o falta, en donde se requiere que la persona que vaya a ser sancionada por la comisión de un hecho punible haya tomado conocimiento previamente del contenido de una ley (vigencia), y de esa manera haya tenido la posibilidad de adecuar su comportamiento a los lineamientos que establece. En otras palabras, este postulado del principio de legalidad permite tanto a los particulares, así, como a las instituciones públicas, se informen sobre la existencia de normas prohibitivas e imperativas que regulan las conductas dentro un determinado contexto social. “La idea de previsibilidad sintetiza todo aquello que un hipotético infractor debe saber antes de actuar: qué conductas están prohibidas o no, qué pena se le puede imponer, etc.” (García-Pablos de Molina, 2009, p.439).

Con relación a la afectación de este principio cuando se sanciona al interesado del delito de tráfico de influencias debe sostenerse lo siguiente:

1.- En un inicio, la conducta del interesado del delito de tráfico de influencias quedaba impune, y ni siquiera, era materia de valoración sobre la posible delictuosidad que podía revestir ese actuar. Posteriormente, a fin de hacer frente a los actos de corrupción se le estuvo condenando al interesado a título de cómplice primario, luego como autor y ahora último como instigador, tratando de lograr que su conducta se encuadrará en algún título de imputación establecido en la parte general del Código Penal. Esta forma de proceder, trajo consigo una afectación directa al principio de legalidad, debido a que se ha venido forzando –y se sigue haciendo- a todos estos conceptos dogmáticos al tratar de subsumir la conducta del interesado dentro de los mismos, a pesar, de no ser lo correcto porque dicho comportamiento no posee las características que definen y distinguen a cada uno de ellos.

2.- La redacción del artículo 400° del Código Penal, no prevé expresamente como conducta prohibida a la intervención del interesado, sin embargo, su necesaria participación se deduce también de su propio texto, de la frase invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, la misma que tiene que ser realizada por el traficante frente a un tercero, en este caso ante el interesado. Es por eso, que su actuar susceptible de ser calificado como delictivo no se deduce únicamente de tales sucesos, sino más bien, se desprende de todas aquellas intervenciones que ya fueron detalladas anteriormente, y principalmente de su participación en las modalidades delictivas complementarias.

3.- Una vez determinada la concurrencia indispensable del interesado en el delito de tráfico de influencias, puede concluirse que su conducta conforme a lo establecido en el artículo 400° del Código Penal, no puede ser constitutiva de un actuar inmerso dentro de la figura jurídica de la instigación, ya que su intervención resulta ser activa y se manifiesta durante la fase ejecutiva del delito en mención, como un elemento objetivo indispensable para su configuración plena, sin el cual no sería posible llegue a consumarse. Es debido a la enorme importancia que reviste su aporte, que sería irracional y absurdo atribuirle la condición de instigador, cuando lo indicado y correcto sería que su conducta quede impune.

4. Finalmente, imponer una sentencia condenatoria al interesado del delito de tráfico de influencias en calidad de instigador, implica una vulneración del principio de legalidad debido a que contraviene lo dispuesto en el artículo 24° del Código Penal, ya que su aplicación en tal contexto desconoce las notas esenciales que distinguen a esa institución jurídica como tal, estrictamente en lo referente a su forma de materialización, que se da a través de un influjo psíquico con la intención de persuadir o convencer a una persona a que ejecute un delito, y más no, implica una solicitud o petición de ayuda con el subsecuente otorgamiento de un medio

corruptor para lograr que el traficante realice la conducta prohibida como ocurre en el presente caso, asimismo, su intervención se produce únicamente antes de que se haya dado inicio a los actos ejecutivos de un tipo penal, mientras que aquí, el interesado participa en la fase ejecutiva del delito realizando los elementos descriptivos que señala la norma. En conclusión, determinar una sanción para el interesado en condición de instigador, debido a que su comportamiento posee algunas peculiaridades que los hacen relativamente semejantes en determinados aspectos, conlleva a una afectación directa y abierta del principio de legalidad a nivel constitucional.

## **2.2. Principio de Motivación de las Resoluciones Judiciales**

“La motivación representa, si queremos definirla con elementos iniciales, una suerte de último estadio en el ejercicio de la argumentación propia de las decisiones judiciales y por ello, reviste importancia ius fundamental en muchas Constituciones” (Figuroa Gutarra, 2014, p.15). Su estudio abarca el tema de la fundamentación de hecho y de derecho que debe tener obligatoriamente todo pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales que restrinjan o limiten algún derecho de los justiciables, con el objetivo de evitar que las diversas situaciones de conflicto jurídico se solucionen en mérito a criterios discrecionales de tales magistrados, guiados únicamente por su criterio de conciencia, sin ningún tipo de argumentación que las justifique.

Este principio garantiza a la vez otros derechos que se ven directamente afectados por su omisión, tales como el derecho de defensa, pues impide conocer las razones de una decisión judicial para poder adoptar las medidas necesarias para hacer frente a una situación de posible desventaja; el derecho a la seguridad jurídica, ya que de por sí, no permite a la población tener la firme confianza, que en casos similares la solución que vaya adoptarse deberá ser la misma - lo que sucedería si la respuesta obtenida se hubiera basado en consideraciones subjetivas y

carentes de asidero legal-, y el derecho al debido proceso, el mismo que comprende una serie de garantías y libertades que debe reunir todo proceso para ser calificado como regular.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales debe ser tomado como un parámetro de su legitimación frente a la sociedad, ya que las personas ante una adecuada y razonable argumentación donde se expone con claridad las razones del porque se adoptó esa decisión en un caso en concreto, contribuye al fortalecimiento y genera confianza de las personas en la labor que desempeñan sus autoridades en bienestar de la sociedad.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 139° numeral 5 de la Constitución Política que a la letra establece “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. Siendo así, se impone como una exigencia a nivel constitucional la motivación de todas aquellas resoluciones judiciales por parte de los jueces de todas las instancias, quienes se encuentran obligados a argumentar racionalmente los enunciados fácticos y jurídicos existentes en un caso específico, a fin de justificar interna y externamente sus razonamientos, y de esa forma evitar el decisionismo o los argumentos caprichosos que no se amparen en datos objetivos.

“Por lo tanto, toda decisión judicial debe satisfacer los estándares de justificación interna y externa, en tanto la ausencia de una u otra, no permite la validez de la misma” (Figueroa Gutarra, 2014, p.23)

Al respecto el Tribunal Constitucional en el la sentencia 00728-2008-PHC/TC (Caso Giuliana Llamoja), ha señalado una lista de defectos que se presentan en los argumentos de hecho o de derecho al tratar de motivar las resoluciones judiciales, siendo estos:

**Inexistencia de motivación o motivación aparente.** -Se produce ante la ausencia de razones coherentes y racionales que justifiquen el fallo, o cuando esta obedece a argumentos presumiblemente válidos por la forma de su exposición, pero después de un mínimo análisis resultan ser ficticios, sin ningún tipo de respaldo o asidero fáctico o jurídico.

**Falta de motivación interna del razonamiento.** - Esta se presenta ante la invalidez de la conclusión, a consecuencia, de las premisas que fueron empleadas y al defecto al momento de la inferencia o del razonamiento lógico, o debido a la falta de coherencia en la narración de los argumentos, lo que conlleva a que no se pueda comprender las razones que justificaron esa decisión.

**Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.** - Se produce cuando no se ha demostrado la validez de las premisas por no haber sido corroboradas con datos objetivos en relación al material probatorio, o porque la disposición normativa que se correlaciona con el fundamento fáctico o jurídico no resulta ser razonable. “Con la debida fundamentación se garantiza que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos, de las pruebas y de su valoración jurídica” (Villegas Paiva, 2014, p.303).

**La motivación insuficiente.** - Si bien, existen argumentos respecto a la pretensión solicitada, no obstante, está de por sí resulta ser insuficiente al tratar de argumentar de forma coherente y racional a los fundamentos de hecho y de derecho que se presentan en un determinado pronunciamiento. “Aquí observamos un problema de gradualidad, es decir, el juez cumple con motivar peor lo hace de modo insuficiente” (Figueroa Gutarra, 2014, p.81).

**La motivación sustancialmente incongruente.** - La motivación de las resoluciones judiciales debe abarcar de manera necesaria el pronunciamiento de cada una de las pretensiones

estrictamente en los términos solicitados por los justiciables, evitando su modificación o alteración (incongruencia activa). Asimismo, el órgano jurisdiccional no debe omitir pronunciarse sobre algunas de las pretensiones planteadas durante el proceso, y en caso de producirse dicha situación ocasionará la vulneración de los sujetos procesales (incongruencia omisiva). “En esencia, el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de decidir la pretensión puesta en su conocimiento, no omita, altere o se exceda en la definición de las peticiones incoadas” (Figueroa Gutarra, 2014, p.82).

**Motivaciones cualificadas.** - En caso de decisiones que impliquen la denegatoria de una demanda, o como consecuencia de su adopción se vaya a afectar otros derechos fundamentales de los justiciables, es preciso que su argumentación comprenda tanto a la justificación del fallo, así, como el derecho que será objeto de limitación.

Los alcances de la motivación para considerarla como plena suficiente, se vuelven más estrictos cuando se trata de limitar o restringir algún derecho fundamental, así, pues, existe un deber de motivación más estricto cuando las medidas adoptadas por la resolución judicial son limitativas de cualquier derecho fundamental o libertad pública, obligación impuesta por su reforzada protección constitucional. (Villegas Paiva, 2014, p.307)

De la revisión del material jurisprudencial que ha servido de muestra, se advierte que el principal defecto en que incurrieron las resoluciones en cuanto a la vulneración de este principio – cada defecto, es detallado con mayor alcance en el análisis de cada resolución- viene dado por la inexistencia de motivación o motivación aparente, al tratar de encuadrar unos hechos (conducta) dentro de una norma que no prevé ese supuesto, ocasionando con esta forma de proceder que se desnaturalice en esencia la institución jurídica que se encontraba prevista dentro

de la misma, es decir, al sancionar la conducta del interesado como instigador, los órganos jurisdiccionales en primer lugar asimilan equivocadamente una solicitud, petición o requerimiento de ayuda en un hecho delictivo con una influencia psicológica dirigida a hacer surgir la voluntad criminal en una persona. Para una mejor ilustración se pone el siguiente gráfico donde se nota claramente el hecho que fue considerado - o del cuál se ha inferido- en las resoluciones que fueron analizadas como un actuar susceptible de ser calificada como una influencia psicológica.

A (interesado), le influye psicológicamente a B (traficante), que es secretario en la Sala Penal Nacional, a que le ayude en su proceso de alimentos (en apelación), y seguidamente B, le dice que él posee influencias ante el juez que resolverá su caso, ofreciéndole ayudarlo, pero a cambio le solicita la entrega de un bien.

Este ejemplo se constituye a criterio personal en una solicitud del interesado dirigida al traficante, el cuál es considerado como un acto de instigación erróneamente –en las resoluciones que fueron materia de valoración-, ya que se evidencia que lo que pretende el interesado de forma inicial es que el traficante le ofrezca ayudarlo en un proceso –no importa la manera como vaya a lograrlo-, y no, que el traficante le invoque tener influencias –lo que puede darse en forma secundaria con la intención de que se genere certeza en la convicción del interesado-. Efectivamente, considerar bajo ese contexto al interesado como instigador implica desconocer la característica central de esta institución jurídica, que esta referida a que la influencia psíquica siempre va orientada a que el autor realice la acción típica de forma directa, y más no, que se le requiera a una persona que le brinde una ayuda, por lo tanto, omitir la evaluación en cada caso

y de frente sostener que se trata de un influjo psíquico, nos lleva ineludiblemente a realizar una motivación inexistente o aparente para justificar semejante conclusión.

A mayor abundamiento, en todas las resoluciones donde se resolvió imponer una condena al interesado a título de instigador, cómplice primario o autor, e incluso, en los casos en que su actuar ha quedado impune –o fue agraviado-, en ninguna de ellas se ha analizado el porqué un comportamiento que es parte integrante del tipo objetivo del delito de tráfico de influencias y cuya participación se da obligatoriamente durante la fase ejecutiva, puede ser calificado dentro del ámbito de la instigación, lo cuál denota una ausencia absoluta de motivación al respecto.

## CAPÍTULO IV DISCUSIÓN

### 1. Análisis de las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el Delito de Tráfico de Influencias

#### 1.1. Interesado-Instigador (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia)

**Recurso de Nulidad N° 1737-2013**

**Sentenciados:** Sebastián Carbonell Montoya y Jorge Luis Gutiérrez Lizarazo (traficantes-Autores)

**Sentenciado:** Joel Arturo Quispe Daviran (interesado-instigador)

**Agraviado:** El Estado

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** El principio de legalidad se ve lesionado por haber atribuido un título de imputación como es la instigación, a la conducta del interesado, a pesar de que, no se presentan las características que definen a ese concepto dogmático conforme a lo dispuesto en el artículo 24° del Código Penal. El Principio de motivación de las resoluciones judiciales se ve afectado, debido a una aparente argumentación de las razones que justificaron la decisión adoptada y que, para el presente caso estaría referido a los fundamentos empleados para calificar la conducta del interesado dentro de la instigación, pues a simple vista resultarían ser racionales y coherentes, no obstante, al verificar sus premisas, especialmente aquellas referidas a los hechos –si se trata de una influencia psicológica, como se ejecutó el ofrecimiento de ayuda, quien ha realizado las modalidades delictivas complementarias y demás circunstancias que rodearon su producción- y al correlacionarlas con el asidero legal aplicado a ese supuesto, se

llega a la conclusión que existen incompatibilidad entre el fundamento de hecho y de derecho, por ende, no resulta ser correcta la solución al conflicto jurídico existente.

**Defectos y observaciones:**

En este recurso, la conducta del interesado (sentenciado por instigación) reviste las características de un requerimiento de ayuda en un proceso constitucional de amparo, y no se trata propiamente de un influjo psíquico -dirigido al traficante-, conforme se desprende del material probatorio recabado durante las investigaciones, e incluso, ha sido el propio interesado, quien ha contactado a los sujetos activos (Sebastián Carbonell Montoya y Jorge Luis Gutiérrez Lizarazo, sentenciados por tráfico de influencias activo) para que le ayuden en una determinada causa, y les hizo promesas de hacerle entrega de un beneficio económico una vez obtenido una decisión favorable –no se precisa de manera textual bajo ese término, sino se establece “*se aprecia pues determino dolosamente a terceros a cometer el hecho punible; así en el presente caso el encausado determinó a los servidores judiciales para influir a su vez en los Vocales de la Segunda Sala Superior Civil de Lima, para obtener una resolución favorable en el proceso de amparo a efectos de ser reincorporado a la Policía Nacional del Perú, a cambio de beneficios económicos para los servidores (...)*”-, y recién cuando el pronunciamiento no le fue favorable, procedió a denunciarlos -cuarto escenario analizado-.

En este contexto, se evidencia la enorme importancia del actuar del interesado para la configuración del delito de tráfico de influencias –a través de su petición de apoyo, ha creado una situación de riesgo potencial de afectación al bien jurídico protegido por este tipo penal, agregado a ello, también ha llevado a cabo una de las modalidades delictivas complementarias-, y a la vez, permite demostrar la motivación aparente en la que habría incurrido dicha resolución, al no haber hecho mención a los temas que fueron materia de desarrollo en la

presente investigación, siendo uno de estos, saber cuándo se está o no ante una conducta calificada como instigación –no limitarse a señalar en el caso en concreto, que es un influjo psíquico que ha dado nacimiento a una voluntad criminal sin verificar las demás circunstancias tales como, su concurrencia obligatoria para que exista delito, si efectivamente se trata de una presión psicológica o de una actuación consistente en una solicitud o petición de ayuda que resulta ser igual a la que se encuentra previsto en el delito de cohecho, entre otros puntos-.

## **1.2. Interesada-Instigadora (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia)**

**Recurso de Nulidad N° 1401-2003.Lima**

**Sentenciado:** Vladimiro Montesinos Torres (traficante-autor)

**Sentenciada:** Jacqueline Antonieta Beltrán Ortega y otros (interesada-instigadora)

**Agraviado:** El Estado

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** El principio de legalidad se ve lesionado por haber atribuido un título de imputación como es la instigación, a la conducta de la interesada, a pesar de que, la misma no presente las características que definen a ese concepto dogmático conforme a lo dispuesto en el artículo 24° del Código Penal. El Principio de motivación de las resoluciones judiciales se ve afectado, debido a una aparente argumentación de las razones que justificaron la decisión adoptada, y que para el presente caso, estaría referido a los fundamentos empleados para calificar la conducta de la interesada dentro de la instigación, pues a simple vista resultarían ser racionales y coherentes, no obstante, al verificar sus premisas referidas estrictamente a los hechos –si se trata de una influencia psicológica, como se ejecutó el ofrecimiento de ayuda,

quien ha realizado las modalidades delictivas complementarias y demás circunstancias que rodearon su producción- y correlacionarlas con el asidero legal aplicado a ese supuesto, se llega a la conclusión que existen incompatibilidad entre ambos argumentos, y por ende, no resulta ser correcta la solución al conflicto jurídico existente.

**Defectos y observaciones:**

En este recurso se advierte, que la conducta de la interesada Jacqueline Antonieta Beltrán Ortega reviste las características de un requerimiento de ayuda en un proceso de indulto para su hermano Américo Pérez Ortega y su tío político Antonio Vera Juárez, quienes no cumplían con los requisitos para su concesión –no se trata propiamente de un influjo psíquico- dirigido al traficante, con quién, mantenía una relación sentimental (convivencia), conforme se desprende del material probatorio recabado –no se precisa expresamente en la parte considerativa de la indicada resolución cuál haya sido la modalidad delictiva complementaria que habría consumado el delito, pero no cabe duda que una de ellas debió de haberse materializado, lo cual deja abierta la posibilidad de que pudieron ser las que correspondían al interesado-.

En este contexto, se evidencia la enorme importancia del actuar de la interesada para la configuración del delito de tráfico de influencias –a través de su petición de apoyo, ha creado una situación de riesgo potencial de afectación al bien jurídico protegido por este tipo penal, agregado a ello, también ha llevado a cabo una de las modalidades delictivas complementarias- y además porque permite demostrar la motivación aparente en la que habría incurrido dicha resolución, al no haber hecho mención a los temas que fueron materia de desarrollo en la presente investigación, siendo uno de estos, saber cuándo se está o no ante una conducta calificada como instigación –no limitarse a señalar que es un influjo psíquico que ha dado nacimiento a una voluntad criminal sin verificar las demás circunstancias como la concurrencia

obligatoria de dos personas para que exista el delito, si efectivamente se trata de una presión psicológica o de una solicitud o petición de ayuda que resulta ser semejante a la que se presenta para el delito de cohecho, entre otros puntos-.

### **1.3. Interesado-Complicidad Primaria (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia)**

**Recurso de Nulidad N° 1789-2011**

**Sentenciada:** Elizabeth Nelly Reyes Torres (traficante-autor)

**Sentenciado:** Teodoro Hernández Sánchez (interesado-cómplice)

**Agraviado:** El Estado

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** El principio de legalidad se ve lesionado por haber atribuido un título de imputación como es la complicidad primaria, a la conducta del interesado, a pesar de que, la misma no presente las características que definen a ese concepto dogmático conforme a lo dispuesto en el artículo 25° del Código Penal. El Principio de motivación de las resoluciones judiciales se ve afectado, debido a una aparente argumentación de las razones que justificaron la decisión adoptada, y que para el presente caso, estaría referido a los fundamentos empleados para calificar la conducta del interesado dentro de la complicidad primaria, pues a simple vista resultan ser racionales y coherentes, no obstante, al verificar sus premisas referidas estrictamente a los hechos –si se trata de una influencia psicológica, como se ejecutó el ofrecimiento de ayuda, quien ha realizado las modalidades delictivas complementarias y demás circunstancias que rodearon su producción- y al correlacionarlas con el asidero legal aplicado a

ese supuesto, se llega a la conclusión que existen incompatibilidad entre el fundamento de hecho y de derecho, por ende, no resulta ser correcta la solución al conflicto jurídico existente.

**Defectos y observaciones:**

En este recurso se advierte, se evidencia que al interesado Teodoro Hernández Sánchez –en su condición de Alcalde- se le sanciona como cómplice primario del delito de tráfico de influencias debido a entrega de la suma de mil quinientos nuevos soles a la traficante Elizabeth Nelly Reyes Torres, quien en su condición de Secretaria del Área de Secretaria Técnica de la Comisión Interministerial de Asuntos Sociales-Cias, de la Presidencia del Consejo de Ministros, le había invocado tener influencias para ayudarlo en el trámite de una solicitud de donación de un vehículo que estaba solicitando.

Tal valoración de la complicidad por la entrega de un bien mueble, conlleva a una deficiente motivación, pues en primer lugar, no explica si su conducta solo se ha limitado a este suceso de intervención o ha existido otros momentos, en segundo lugar, no explica el por qué tendría que ser calificado ese actuar dentro de ese título de imputación, sino ha ejecutado algún tipo de colaboración al traficante para la materialización del verbo rector principal o su componente finalístico, y en tercer lugar, no se ha precisado por qué una conducta que resulta indispensable para la configuración de un delito –no en la valoración de su necesaria presencia en un caso concreto, sino en su concurrencia obligatoria ya que así lo dispone el propio tipo penal - puede ser considerado como un acto de complicidad primaria.

**1.4. Interesado-Impune (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia)**

**Recurso de Nulidad N° 76-2010**

**Sentenciada:** Mariana Guevara Martínez (traficante-autor)

**Agraviado:** El Estado

**Delito:** Tráfico de influencias

**Interesada:** Florcita Alvarado Cano (impune)

**Órgano emisor:** Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** Esta decisión judicial, corrobora nuestra posición acerca de la impunidad del interesado del delito de tráfico de influencias, y por ende, no restringe o vulnera algún derecho de los sujetos procesales, sin embargo, resulta necesario hacer una análisis a modo ilustrativo, para exponer los argumentos del por qué su comportamiento no podría ser subsumido dentro del título de imputación de la instigación, a pesar de que, ese actuar en el caso concreto, resulta ser similar a otros en los cuáles esa misma instancia lo ha sancionado en calidad de instigador –o hizo su valoración en tal sentido, no obstante, no habersele condenado-.

**Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se evidencia que la interesada Florcita Alvarado Cano, concurre de manera voluntaria al domicilio de la sentenciada Mariana Guevara Gutiérrez, a fin de informarle –nótese que en tal resolución, si bien, no se alude con el término de influencia psicológica a la comunicación sostenida entre la interesada y la traficante, esta se desprendería también de los propios hechos, en donde se indica que Florcita Alvarado Cano teniendo pleno conocimiento que la persona ante quien acudía podía ayudarle- sobre el problema judicial que venía atravesando su esposo José Fernández Jiménez Ojeda que estaba detenido, ya que de por sí, esta sabía que la traficante podía ayudarle por medios lícitos o ilícitos a la liberación de su pareja, debido a las influencias –simuladas- que decía tener ante la policía nacional y diversos magistrados. En esa misma línea, la interesada también hizo entrega de una suma de dinero

requerido por la traficante –hacer dar- por el apoyo que le daría –habiendo contribuido a la consumación de este ilícito-.

**Recurso de Nulidad N° 1959-2011**

**Sentenciado:** Eugenio Hernán Valencia Mamani (traficante-autor)

**Agraviado:** El Estado

**Interesado:** Cesáreo Flores Beizaga (impune)

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** Esta decisión judicial, corrobora nuestra posición acerca de la impunidad del interesado del delito de tráfico de influencias, y por ende, no restringe o vulnera algún derecho de los sujetos procesales, sin embargo, resulta necesario hacer un análisis a modo ilustrativo, para exponer los argumentos del por qué su comportamiento no podría ser subsumido dentro del título de imputación de la instigación, a pesar de que, ese actuar en el caso concreto, resulta ser semejante a otros en los cuáles esa misma instancia lo ha sancionado en calidad de instigador.

**Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se evidencia que el interesado Cesáreo Flores Beizaga, en circunstancias que se encontraba en la oficina de admisión de la Escuela de Sub Oficiales de la Policía Nacional del Perú, recibió una oferta de parte del traficante para ayudarlo a hacer ingresar a su sobrina Lira Castillo Layme a la indicada institución a cambio de que le hiciera la entrega de la suma de seiscientos dólares americanos. Acto seguido, le ha entregado solamente el monto de trescientos dólares americanos en la Comisaría de Santa Marta y al no haberse

cumplido con la ayuda le solicitaron la devolución. En este punto, en caso se hubiera debatido la instigación no sería admisible sostenerla por ausencia de una influencia psicológica como tal, puesto que de los mismos hechos se tiene la existencia de un requerimiento de ayuda formulado por el interesado y dirigida hacia el traficante, para obtener una decisión a su favor consistente en el ingreso de su sobrina a la Escuela de Sub Oficiales de la Policía Nacional del Perú, por esa razón, ese actuar de igual manera hubiera quedado impune, al no encontrarse previsto como delito en nuestra legislación penal. En esa misma línea, el interesado también hizo entrega de una suma de dinero requerido por el traficante –hacer dar- por el apoyo que le daría –habiendo contribuido a la consumación de este ilícito-.

**Recurso de Nulidad N° 2431-2010**

**Sentenciado:** Nestor José Luyo Salazar (traficante-autor)

**Agraviado:** El Estado

**Interesado:** Henry Augusto Agurto Vivar (impune)

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** Esta decisión judicial, corrobora nuestra posición acerca de la impunidad del interesado del delito de tráfico de influencias, y por ende, no restringe o vulnera algún derecho de los sujetos procesales, sin embargo, resulta necesario hacer una análisis a modo ilustrativo, para exponer los argumentos del por qué su comportamiento no podría ser subsumido dentro del título de imputación de la instigación, a pesar de que, ese actuar en el caso concreto, resulta ser similar a otros en los cuáles esa misma instancia lo ha

sancionado en calidad de instigador –o hizo su valoración en tal sentido, no obstante, no habersele condenado-.

**Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se evidencia que el interesado Henry Augusto Agurto Vivar hacía entrega reiteradamente de una cierta cantidad de dinero (para los pasajes y demás trámites administrativos) al traficante para que lo ayude (quinto considerando de la resolución) a conservar su puesto de trabajo como personal administrativo en la Institución Educativa número tres mil sesenta y tres, ya que este le decía que existían problemas con su plaza, por lo que debía de realizar gestiones para que pueda conservarlo –formuló impugnación contra la resolución de la UGEL número cero dos que pretendía reubicar al interesado en otro lugar, de lo que se desprende que las influencias que decía efectuar eran reales-, siendo así, el último acto de entrega de un bien realizado por el interesado al traficante, consistió en un par de zapatos y en un billete de cien nuevos soles, momentos donde fue intervenido por personal policial.

En este punto, en caso se hubiera debatido la instigación no sería admisible sostenerla por ausencia de una influencia psicológica como tal, puesto que de los mismos hechos se tiene la existencia de un requerimiento de ayuda formulado por el interesado y dirigida hacia el traficante, para conservar su puesto de trabajo como personal de seguridad, por esa razón, ese actuar bajo el análisis de su intervención en el delito de tráfico de influencias -puede tratarse de otro delito- hubiera quedado impune, al no encontrarse previsto como delito en la legislación penal. En esa misma línea, el interesado también hizo entrega continua de varios montos de dinero y otros objetos requeridos por el traficante en oportunidades diferentes –hacer dar- por el apoyo que estaba recibiendo -habiendo contribuido a la consumación de este ilícito-, situación que nos permite afirmar que ese comportamiento ha coadyuvado a corromper a la

Administración pública durante un breve periodo –se ha omitido analizar la concurrencia del delito de cohecho pasivo y activo-.

**Recurso de Nulidad N° 3151-2011**

**Sentenciado:** Carolina Estefanía Baquerizo Aliaga, Alen Jiménez Zapata y otros (traficantes-autores)

**Agraviado:** El Estado

**Interesados:** Eleodora Miguel Rodríguez y Enrique Alfonso Cabello Gutarra (impune)

**Delito:** Tráfico de influencias y otros

**Órgano emisor:** Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** Esta decisión judicial, corrobora nuestra posición acerca de la impunidad del interesado del delito de tráfico de influencias, y por ende, no restringe o vulnera algún derecho de los sujetos procesales intervinientes, sin embargo, resulta necesario hacer una análisis a modo ilustrativo, para exponer los argumentos del por qué sus comportamientos no podrían ser subsumidos dentro del título de imputación de la instigación, a pesar de que, ese actuar en el caso en concreto, resulta ser igual a otros, en los cuáles esa misma instancia lo ha sancionado en calidad de instigador –o hizo su valoración en ese sentido, pese a no habersele sentenciado-.

**Defectos y observaciones:**

En dicho recurso, se evidencia que los interesados Eleodora Miguel Rodríguez y Enrique Alfonso Cabello Gutarra hicieron entrega de manera voluntaria de sus currículos y de una cierta cantidad de dinero a los traficantes debido a las influencias que invocaban tener para

conseguirles un puesto de trabajo en el Ministerio del Trabajo, por sus condiciones de militantes del partido Perú Posible y sus relaciones amicales con altos funcionarios.

En caso se hubiera debatido la instigación no sería admisible sostenerla por ausencia de una influencia psicológica como tal, puesto que de los mismos hechos se tiene la existencia de un requerimiento de ayuda formulado por los interesados y dirigida hacia el traficante para que lograrán obtener un empleo en el Ministerio del Trabajo, por esa razón, ese actuar de igual manera hubiera quedado impune, al no encontrarse previsto como delito en nuestra legislación penal. En esa misma línea, los interesados también hicieron entrega de una suma de dinero requerido por la traficante –hacer dar- por el apoyo que le daría –contribuyendo de esa forma a la consumación de este ilícito.

A mayor énfasis, del contenido de esta resolución se desprende que el Ministerio Público toma conocimiento de estos hechos por medio de un reportaje periodístico, sin hacerse mayor mención a que hayan sido o no los interesados, quienes permitieron que se divulgue esa información a un medio de comunicación -lo cual es relevante, a fin de comprender que en muchos casos, cuando estos intervinientes no obtienen la ayuda ofrecida o por qué no se les hace devolución de lo entregado, recién en ese momento, proceden con la respectiva denuncia o informan a terceros sobre lo ocurrido.

#### **1.5. Interesado-Impune (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia)**

**Recurso de Nulidad N° 10-V-01**

**Sentenciado:** Alejandro Rodríguez Medrano (traficante-autor)

**Agraviado:** El Estado

**Interesado:** Enrique Escardo Gallo (impune)

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** Esta decisión judicial, corrobora nuestra posición acerca de la impunidad del interesado del delito de tráfico de influencias, y por ende, no restringe o vulnera algún derecho de los sujetos procesales intervinientes, empero, resulta necesario hacer una análisis a modo ilustrativo, para exponer los argumentos del por qué su comportamiento no podría ser subsumido dentro del título de imputación de la instigación, a pesar de que, ese actuar en el caso en concreto, resulta ser igual a otros, en los cuáles esa misma instancia lo ha sancionado en calidad de instigador –o hizo su valoración en tal sentido, pese a no habersele sentenciado.

**Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se evidencia que el interesado Enrique Escardo Gallo, tuvo varias reuniones (informales) con el traficante Alejandro Rodríguez Medrano –quien debido a su cargo de Juez Supremo Provisional de la Corte Suprema de Justicia-, en cuyas oportunidades pudo haberle solicitado ayuda (resulta lo más probable), a efecto, de que ordenará a la Jueza Suplente en lo Penal Sonia Medina Calvo, resuelva a su favor el proceso de querrela que había interpuesto en contra del periodista Hugo Guerra Arteaga. En caso se hubiera debatido la instigación no sería admisible sostenerla por ausencia de una influencia psicológica como tal, puesto que de los mismos hechos se advierte la existencia de un requerimiento de ayuda formulado por el interesado y dirigida hacia el traficante para obtener una decisión a su favor en un determinado proceso de querrela donde era parte, por esa razón, ese actuar bajo el análisis de su intervención en el delito de tráfico de influencias -puede tratarse de otro delito- hubiera quedado impune al no encontrarse previsto como delito en la legislación penal. No se distingue claramente de la

narración de los fundamentos fácticos de la sentencia, cuál ha sido la modalidad delictiva complementaria que se realizó, pero sin lugar a dudas, una de ellas debió de haberse efectuado porque la pena impuesta al traficante se dio sobre la base de un delito consumado –lo más probable es que se tratará de la modalidad de hacer dar-.

**Recurso de Nulidad N° 4218-2009**

**Sentenciado:** Roberto Neptalí Solano Sandoval (traficante-autor)

**Sentenciado:** Jorge Clavijo Velásquez (cómplice)

**Agraviado:** El Estado

**Interesada:** Gladys Yovera Miranda (impune)

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** Esta decisión judicial, corrobora nuestra posición acerca de la impunidad del interesado del delito de tráfico de influencias, y por ende, no restringe o vulnera algún derecho de los sujetos procesales intervinientes, sin embargo, resulta necesario hacer una análisis a modo ilustrativo, para exponer los argumentos del por qué su comportamiento no podría ser subsumido dentro del título de imputación de la instigación, a pesar de que, ese actuar en el caso en concreto, resulta ser igual a otros, en los cuáles esa misma instancia lo ha sancionado en calidad de instigador. También se tiene como defecto en dicha resolución, la inexistencia de motivación en el extremo de considerar a la interesada como parte agraviada.

**Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se advierte que la interesada Gladys Yovera Miranda (impune) hizo entrega de la suma de cuatro mil soles al traficante Roberto Neptalí Solano Sandoval –secretario en el mismo despacho del juez que iba a emitir sentencia- y a su cómplice Jorge Clavijo Velásquez, quienes habían invocado tener influencias para interceder ante el Juez del Primer Juzgado Penal de Talará que se encargaría de la emisión de una resolución que le otorgaría libertad al hermano de la interesada que venía siendo procesado por el delito de tráfico ilícito de drogas. Del contenido de la resolución no se tiene, cuál ha sido la causa para que la interesada haya interpuesto una denuncia en contra del traficante –incumplimiento de la influencia o desistimiento de la misma-.

En lo concerniente a esta parte, si se hubiera debatido la instigación no sería admisible sostenerla por ausencia de una influencia psicológica como tal, puesto que de los mismos hechos se evidencia la existencia de un requerimiento de ayuda formulado por la interesada y dirigida hacia el traficante para obtener la libertad de su hermano que venía siendo procesado penalmente, por esa razón, ese actuar bajo el análisis de su intervención en el delito de tráfico de influencias -puede tratarse de otro delito- hubiera quedado impune al no encontrarse previsto como delito en la legislación penal. La entrega de dinero del interesado al traficante se dio por el requerimiento que este último le hizo -hacer dar- porque le iba a ayudar.

Sin embargo, no se está de acuerdo con que se le haya considerado como parte agraviada a la interesada conforme a las razones que ya fueron anteriormente mencionadas. Más aún, ni siquiera se desprende de los hechos que haya realizado la entrega de un bien patrimonial o no patrimonial al traficante para verificar si se ha producido la afectación de algún bien jurídico suyo -supuesto en el cual habrá de verificarse de manera obligatoria, que la denuncia no se haya

producido únicamente porque no se cumplió con el ofrecimiento dado o el traficante se ha desistido de ayudarlo quedándose con el dinero, entre otros motivos-.

**Recurso de Nulidad N° 4292-2009**

**Sentenciada:** Amanda Isabel Rumiche Martínez (traficante-autor)

**Agraviado:** El Estado

**Interesados:** Humberto Luciano Ulloa y José Artemio Gonzáles Julca (impune)

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** Esta decisión judicial, corrobora nuestra posición acerca de la impunidad del interesado del delito de tráfico de influencias, y por ende, no restringe o vulnera algún derecho de los sujetos procesales, sin embargo, resulta necesario hacer una análisis a modo ilustrativo, para exponer los argumentos del por qué sus comportamientos no podrían ser subsumidos dentro del título de imputación de la instigación, a pesar de que, ese actuar en el caso concreto, resulta ser similar a otros en los cuáles esa misma instancia lo ha sancionado en calidad de instigador.

**Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se advierte que los interesados Humberto Luciano Ulloa y José Artemio Gonzáles Julca, hicieron entrega de la suma de quinientos nuevos soles cada uno, a la traficante Amanda Isabel Rumiche Martínez, quien se presentó como abogada con el objetivo de obtener la libertad de sus hijos (Juan Carlos Gonzáles Luciano y Juan Alexander Luciano Rosales), quienes habían sido detenidos previamente. Del contenido de esta resolución se

evidencia, que la causa para que los interesados hayan denunciado ese hecho, se da porque la traficante no logró la liberación de sus hijos y se quedó con parte del dinero.

En este punto, en caso se hubiera debatido la instigación no sería admisible sostenerla por ausencia de una influencia psicológica como tal, puesto que de los mismos hechos se desprende la existencia de un requerimiento de ayuda formulado por los interesados y dirigido hacia la traficante, para obtener la libertad de sus hijos, por esa razón, ese actuar bajo el análisis de su intervención en el delito de tráfico de influencias -puede tratarse de otro delito- hubiera quedado impune al no encontrarse previsto como delito en la legislación penal. La entrega de dinero del interesado al traficante se dio por el requerimiento que este último le hizo -hacer dar- porque le iba a ayudar.

**Recurso de Nulidad A.V. N° 05-2008-10-LIMA**

**Sentenciado:** Luis Alberto Mena Nuñez (traficante-autor)

**Agraviado:** El Estado

**Interesado:** Raúl Sixto Sánchez Soto (impune)

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** Esta decisión judicial, corrobora nuestra posición acerca de la impunidad del interesado del delito de tráfico de influencias, y por ende, no restringe o vulnera algún derecho de los sujetos procesales, empero, resulta necesario hacer un análisis a modo ilustrativo, para exponer los argumentos del por qué su comportamiento no podría ser subsumido dentro del título de imputación de la instigación, a pesar de que, ese actuar en el caso concreto, resulta ser similar a otros en los cuáles esa misma instancia, lo ha

sancionado en calidad de instigador –o hizo su valoración en ese sentido, pese a no habersele sentenciado-.

**Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se advierte que el interesado Raúl Sixto Sánchez Soto en condición de representante legal de la empresa CONSETTUR Machupicchu Sociedad Anónima, durante los periodos del 2003 al 2006, solicitó una ayuda al traficante a quien hizo entrega en diversas ocasiones de varios montos de dinero, haciendo un total de siete mil dólares americanos –que le fueron enviados desde el Cusco en dos cuotas- al traficante Luis Alberto Mena Nuñez, quien en su condición de integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial le había invocado tener influencias –llegado a materializarse dicho apoyo- con los jueces que estaban a cargo de los procesos donde la indicada persona jurídica venía enfrentándose contra la Beneficencia Pública del Cusco.

En caso se hubiera debatido la instigación no sería admisible sostenerla por ausencia de una influencia psicológica como tal, puesto que de los mismos hechos se evidencia la existencia de un requerimiento de ayuda formulado por el interesado y dirigida hacia el traficante, para obtener la concesión del hotel Cusco, por esa razón, ese actuar bajo el análisis de su intervención en el delito de tráfico de influencias -puede tratarse de otro delito- hubiera quedado impune al no encontrarse previsto como delito en la legislación penal. La entrega de dinero del interesado al traficante se dio por el requerimiento que este último le hizo -hacer dar- porque le iba a ayudar.

Mención aparte, merece el comportamiento del interesado, quien además de haber realizado las conductas descritas previamente también ha llegado a respaldar los argumentos de defensa del traficante, mediante la elaboración de un documento extemporáneo – tiene como fecha el

14 de marzo del 2008, fecha posterior a la emisión del informe periodístico el día 03 de marzo del 2008- en donde se consignaba que el traficante efectuará la devolución del dinero que le había sido enviado para hacerle entrega al abogado Iván Wilder Macedo Gárnica –quien a través de una carta notarial ha señalado que solo le dieron la suma de mil dólares por sus servicios prestados-, estos con la intención de tratar de evitar mayores problemas.

#### **1.6. Interesado-Impune (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia)**

**Expediente N° 06-2006. A.V.**

**Sentenciado:** Eduardo Alberto Palacios Villar (traficante-autor)

**Agraviado:** El Estado

**Interesado:** Wilfredo Ipanaqué Lezcano (impune)

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** Esta decisión judicial, corrobora nuestra posición acerca de la impunidad del interesado del delito de tráfico de influencias, y por ende, no restringe o vulnera algún derecho de los sujetos procesales, no obstante, resulta necesario hacer una análisis a modo ilustrativo, para exponer los argumentos del por qué su comportamiento no podría ser subsumido dentro del título de imputación de la instigación, a pesar de que, ese actuar en el caso en concreto, resulta ser igual a otros, en los cuáles esa misma instancia lo ha sancionado en calidad de instigador –o hizo su valoración en ese sentido, no obstante, no habersele condenado-.

**Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se evidencia que el interesado Wilfredo Ipanaqué Lezcano (efectivo policial), tuvo varias reuniones (informales) con el traficante Eduardo Alberto Palacios Villa –quien debido a su cargo de Juez Supremo Provisional de la Corte Suprema de Justicia, tenía la posibilidad de interceder ante los Vocales que integraban la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia-, a fin de que resuelva a su favor el recurso de casación que había interpuesto ante dicha instancia y a cambio de esa ayuda hizo la entrega de dinero, de botellas de licor y otros bienes. Sin embargo, recién cuando la Sala Transitoria de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente su pretensión –incumpliendo con la negociación-, el interesado puso de conocimiento a la Comisaría de Cotabambas-Cercado de Lima, los requerimientos efectuados por el traficante y por la servidora Gloria Ludeña Mendoza, montándose un operativo que terminó con la captura en flagrancia de ambas personas.

En este punto, en caso se hubiera debatido la instigación no sería admisible sostenerla por ausencia de una influencia psicológica como tal, puesto que de los mismos hechos se advierte la existencia de un requerimiento de ayuda formulado por el interesado y dirigida hacia el traficante para obtener una decisión a su favor en su recurso de casación que había interpuesto, por esa razón, ese actuar bajo el análisis de su intervención en el delito de tráfico de influencias -puede tratarse de otro delito- hubiera quedado impune al no encontrarse previsto como delito en la legislación penal. La entrega de dinero del interesado al traficante se dio por el requerimiento que este último le hizo -hacer dar- porque le iba a ayudar.

## **1.7. Interesado-Impune-Absolución del Traficante (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia)**

### **Recurso de Nulidad N° 827-2010**

**Absuelta:** María Esther Banda Pérez (traficante-autor)

**Interesada:** Maribel del Rosario Ventura Gonzales (impune)

**Agraviado:** El Estado

**Delito:** Falsificación de Documento Público y Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia absolutoria

**Principios vulnerados:** En el contenido de esta resolución, no se practicó ningún tipo de valoración sobre la delictuosidad en la conducta de la interesada, debido a haberse emitido pronunciamiento por la ausencia de responsabilidad de la traficante, en consecuencia, resultaba innecesario evaluar su desempeño como partícipe durante el desarrollo del delito de tráfico de influencias al no haber un autor a quién atribuírsele su comisión. Siendo así, no se advierte la restricción o vulneración de algún principio o derecho de los sujetos procesales, ergo, resulta necesario hacer un análisis del comportamiento de esa interviniente con la finalidad de demostrar que ese actuar debería ser materia de regulación independiente en un tipo penal autónomo, para reprimírsele en calidad de autor y no de partícipe, como se viene haciendo actualmente.

### **Defectos y observaciones:**

En este recurso, si bien, se pronuncia por la absolución de la traficante al no concurrir los elementos objetivos del tipo penal del delito de tráfico de influencias –no se trató de un servidor o funcionario que tenía competencia sobre la resolución de un caso específico-, por lo que no

se realizó análisis alguno sobre la conducta delictiva de Maribel del Rosario Ventura Gonzáles, en calidad de interesada –debió de haberse afirmado de forma sencilla que al no haber un autor, no podría existir tampoco partícipes-, esto con la finalidad de conocer el título de imputación que le correspondería por su participación dentro de ese contexto. No obstante, debe señalarse que la participación de la interesada ha consistido en solicitar por intermedio de su madre una ayuda a la traficante, habiendo sido su progenitora quien también hizo entrega de un monto de dinero –esta habría sido la forma en que se produjo su intervención, por intermedio de una tercera persona-.

**Recurso de Nulidad N° 1764-2012**

**Absuelto:** Victor Hugo Carlos Espinoza (traficante-autor)

**Interesada:** Luz Victoria Torres Berrospi (impune)

**Agraviado:** El Estado

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** En el contenido de esta resolución no se practicó ningún tipo de valoración sobre la delictuosidad en la conducta de la interesada, debido a haberse emitido pronunciamiento por la ausencia de responsabilidad del traficante, en consecuencia, resultaba innecesario evaluar su desempeño como partícipe durante el desarrollo del delito de tráfico de influencias al no haber un autor a quién atribuírsele su comisión. Siendo así, no se advierte la restricción o vulneración de algún principio o derecho de los sujetos procesales, sin embargo, resulta necesario hacer un análisis del comportamiento de esa interviniente con la finalidad de demostrar el desprecio que tiene por una correcta

administración de justicia –habida cuenta que ha tratado de corromper a un trabajador del Estado- por lo tanto, ese actuar debería ser materia de regulación independiente en un tipo penal autónomo, para reprimirse en calidad de autor y no de partícipe, como se viene haciendo actualmente.

### **Defectos y observaciones:**

En este recurso, si bien, se pronuncia por la absolución del traficante por insuficiencia probatoria, no se realizó análisis alguno sobre la conducta delictiva de la interesada Luz Victoria Torres Berrospi (impune), -debió de haberse afirmado de forma sencilla que, al no haber un autor, no podría existir tampoco partícipes, esto con la finalidad de conocer el título de imputación que le correspondería por su participación dentro de ese contexto-.

Al respecto, si se hubiera debatido la instigación no sería admisible sostenerla por ausencia de una influencia psicológica como tal, puesto que de los hechos se evidencia la existencia de un requerimiento de ayuda formulado por la interesada y dirigida hacia el traficante para obtener la excarcelación de su cónyuge, por esa razón, ese actuar bajo el análisis de su intervención en el delito de tráfico de influencias -puede tratarse de otro delito- hubiera quedado impune al no encontrarse previsto como delito en la legislación penal. En esa misma línea, la interesada también hizo entrega de la suma de seiscientos dólares americanos al traficante –hacer dar- por el apoyo que le iba a dar –habiendo contribuido a la consumación de este ilícito-. Recién la interesada procede a interponer una denuncia contra el traficante cuando no logra cumplir con lo ofrecido.

### **1.8. Interesado-Impune-Prescripción (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia)**

#### **Recurso de Nulidad N° 3623-2005 (Prescripción)**

**Traficante:** Vladimiro Montesinos Torres (autor-absuelto)

**Agraviado:** El Estado

**Absuelto:** Dionisio Romero Seminario (instigador-interesado)

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia absolutoria

**Principios vulnerados:** El pronunciamiento final se dio por el tema de la prescripción, razón por la cual, no se emitirá opinión alguna respecto a que dicha decisión haya infringido o no algún derecho de los sujetos procesales. Empero, lo que si será materia de valoración son los argumentos esgrimidos en la parte considerativa de la mencionada resolución donde se evalúa si la conducta del interesado puede ser calificada como un acto de instigación, llegándose a la conclusión lógica y racional de que no sería admisible, debido a la ausencia de un influjo psíquico realizado por el interesado sobre el autor material. Esta solución da a entender que de haberse producido la influencia psicológica se trataría de un caso de instigación; postura que resultaría ser a todas luces incorrecta por consistir ese comportamiento conforme se ha venido sosteniendo en una solicitud o requerimiento de ayuda para que interceda ante un juez encargado de la designación de los administradores judiciales (negociación delictiva), e incluso, su intervención se habría manifestado en la ejecución de una de las modalidades delictivas complementarias (promete hacer declaraciones favorables para Fujimori, y en contra de Andrade).

**Defectos y observaciones:**

En este recurso, la Corte Suprema de Justicia da a conocer el error en que habría incurrido el Ministerio Público al imputarle la condición de instigador al interesado del delito de tráfico de

influencias, sin haber cumplido con precisar de manera adecuada en la formulación de cargos (fundamentos de hecho), qué conductas de dicho interviniente son susceptibles de ser englobadas bajo ese título de imputación –no se ha indicado que actuar constituiría la influencia psicológica-, pues los hechos que fueron mencionados no se encuadraban –tal razonamiento se hizo tomando como base el material probatorio recabado consistente en las grabaciones que mantuvo el interesado Dionisio Romero Seminario con el traficante Vladimiro Montesinos Torres, para conversar sobre la designación de 04 personas como administradores judiciales de la empresa Hayduk, logrando cumplirse ese encargo debido a que tenía una deuda con el BCP, y había sido intervenida por encontrársele la cantidad de 300 kilos de droga, razón por la cual, sus bienes iban a ser rematados, entonces el interesado como dueño del BCP tenía que cobrar la deuda que le debía a la institución que representaba- en el delito materia de análisis.

Por ese motivo, de la información obtenida de la conversación entre Vladimiro Montesinos Torres y Dionisio Romero Seminario, no se evidencia que este último haya ejercido un influjo psíquico para la formación de la voluntad del traficante, a fin de que este le ofrezca ayudarlo en el proceso de su interés. No obstante, pese al contenido de la transcripción de la conversación no puede advertirse expresamente el empleo de un término que aluda inequívocamente a la persuasión o al convencimiento dirigido por parte del interesado hacia el traficante, con la intención de que este le ofrezca sus influencias de ayuda ante el Juez que iba a resolver la designación de los administradores judiciales de la empresa Hayduk.

**Recurso de Nulidad N° 4166-2004-LIMA (Prescripción)**

**Traficante:** Vladimiro Montesinos Torres

**Interesados:** Andrónico Mariano Luksic Craig, Gonzalo Menéndez Duque y Luis Fernando Pacheco Novoa

**Agraviado:** El Estado

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia absolutoria

**Principios vulnerados:** La decisión final se dio por el tema de la prescripción, motivo por el cual, no se emitirá opinión alguna respecto a que dicha decisión haya infringido o no algún derecho de los sujetos procesales. Empero, lo que si será materia de valoración son los argumentos esgrimidos en la parte considerativa de la mencionada resolución donde se evalúa si la conducta del interesado puede ser calificada como un acto de instigación.

**Defectos y observaciones:**

En este recurso, se advierte que la conducta de los interesados (Andrónico Mariano Luksic Craig y Gonzalo Menéndez Duque), revisten las características de peticiones o solicitudes de ayuda en un proceso judicial en contra de la Municipalidad Provincial de Lima Metropolitana –no se trata propiamente de un influjo psíquico- dirigido hacia el traficante, ello, conforme se desprende del material probatorio recabado, e incluso, han sido los propios interesados, quienes ha contactado al traficante (Vladimiro Montesinos Torres) para tal fin ilícito, a quién le prometieron hacerle entrega de un beneficio económico una vez obtenido una decisión favorable de los jueces que estaban resolviendo su causa –modalidad que se habría perfeccionado con la entrega de dinero por los interesados, pues lograron obtener un pronunciamiento a favor de la empresa “*Lucchetti*”-.

En este contexto, se evidencia la enorme importancia del actuar de los interesados para la configuración y consumación del delito de tráfico de influencias –a través de sus requerimientos de apoyo, han creado una situación de riesgo potencial de afectación al bien jurídico protegido

por este tipo penal, agregado a ello, también han llevado a cabo una de las modalidades delictivas complementarias-. En efecto, en base a estas dos últimas circunstancias, en el supuesto que el proceso no se hubiera archivado por la prescripción, denotaría una motivación aparente en la que habría incurrido dicha resolución, al no haber hecho mención a los temas que fueron materia de desarrollo en la presente investigación, siendo uno de estos, saber cuándo se está o no ante una conducta calificada como instigación –no limitarse a señalar en el caso concreto que es un influjo psíquico que ha dado nacimiento a una voluntad criminal sin verificar las demás circunstancias como su concurrencia obligatoria para que exista delito, si efectivamente se trata de una presión psicológica o de una actuación consistente en una solicitud o petición de ayuda que resulta ser igual a la que se encuentra previsto en el delito de cohecho, entre otros puntos-.

#### **1.9. Interesada-agraviada (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia)**

**Recurso de Nulidad N° 1926-2013**

**Sentenciado:** Enrique Lázaro Estrella (traficante-autor)

**Agraviado:** El Estado y Mary Luz Rau López (Interesada)

**Delito:** Tráfico de influencias

**Órgano emisor:** Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

**Tipo de resolución:** Sentencia condenatoria

**Principios vulnerados:** El principio de motivación de las resoluciones judiciales, por la ausencia de razones coherentes que justifiquen solamente el extremo referido a la consideración de la interesada como agraviada.

**Defectos y observaciones:**

En este recurso se advierte, que a pesar de que la interesada (Mary Luz Rau López) mantuvo contacto con el traficante en varias oportunidades, e incluso, le ofreció hacer entrega de una cierta cantidad de dinero por la ayuda que le iba a brindar en un proceso de alimentos en el Juzgado Transitorio de Familia, este actuar se realizó con la única intención –según el material probatorio- de acreditar la conducta ilícita del traficante para su captura en flagrancia, en consecuencia, resulta justificado la impunidad de su intervención.

Sin embargo, no se está de acuerdo con que se le haya considerado como parte agraviada a la interesada conforme a las razones que ya fueron anteriormente mencionadas. Mas aún, ni siquiera se desprende de los hechos que haya realizado la entrega de un bien patrimonial o no patrimonial al traficante para verificar si se ha producido la afectación de algún bien jurídico suyo -supuesto en el cual habrá de verificarse de manera obligatoria, que la denuncia no se haya producido únicamente porque no se cumplió con el ofrecimiento dado o el traficante se ha desistido de ayudarlo quedándose con el dinero, entre otros motivos-.

**2. Análisis de las Sentencias de la Cortes Superiores de Justicia sobre el Delito de Tráfico de Influencias****2.1. Interesado-Instigador-Impune (Corte Superior de Justicia de Lima-Tercera Sala Penal Liquidadora)****Expediente N° 105-2008****Absuelto:** Rómulo Augusto León Alegría (traficante-autor)**Interesado:** Jostein Kar Kjerstad O Jostein Kare Kjerstad O Jostein Kaare Kjerstad (instigador-tráfico de influencias)**Agraviado:** El Estado

**Delitos:** Tráfico de Influencias, entre otros

**Delitos:** Tráfico de Influencias, entre otros

**Órgano emisor:** Corte Superior de Justicia de Lima Tercera Sala Penal Liquidadora

**Tipo de resolución:** Sentencia absolutoria

**Principios vulnerados:** En el contenido de esta resolución, pese a haberse emitido pronunciamiento por la ausencia de responsabilidad del traficante del delito de tráfico de influencias, se abordó el análisis de las contribuciones de los demás partícipes desde el ámbito de la instigación, no resultando adecuada la argumentación para descartar el encuadramiento en dicho título de imputación en ese caso concreto, ya que se sostiene que no se presentó la figura de la instigación por no existir la influencia psicológica, no obstante, no señalan que el requerimiento de ayuda que realiza el interesado sobre el traficante, no podría ser calificado como un simple acto de influjo psíquico, y tampoco se indica que tal interviniente nunca será instigador porque su concurrencia es necesaria en la configuración del delito de tráfico de influencias. No se produjo la vulneración de algún derecho de los sujetos procesales.

**Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se advierte que se ha efectuado una valoración de la conducta del interesado desde el ámbito de la instigación –precisan que al no existir el traficante, porqué su actividad sería de un gestor de intereses, aunque de manera informal conforme a la existencia de un contrato y al pago de honorarios por parte de la empresa Noruega, que vendría ser su empleador-, donde se concluye que por ser los hechos materia de imputación una actividad no delictiva, no existiría partícipes, además se afirma que los interesados no han realizado algún tipo de influencia psicológica contra el traficante para que le ofrezca una ayuda, razón por la

cual, su conducta no reviste los elementos que caracterizan a esta institución jurídica como tal, pero aceptan su existencia en aquellos supuestos en **que hace surgir la voluntad criminal del traficante** –sin analizar si una contribución de tanta importancia, cuya ausencia imposibilita incluso la configuración de este tipo penal, debe ser calificado o no como un acto de instigación-

## **2.2. Interesado- Impune (Corte Superior de Justicia de Lima- Sala Penal Especial)**

**Expediente N° 017-2001**

**Absuelto:** Vladimiro Montesinos Torres (traficante-autor)

**Agraviado:** El Estado

**Interesado:** Alexander Martín Kouri Bumachar (instigador-impune).

**Delito:** Tráfico de influencias y otros.

**Órgano emisor:** Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Penal Especial “B”.

**Tipo de resolución:** Sentencia absolutoria

**Principios vulnerados:** El principio de legalidad se ve lesionado por haber atribuido un título de imputación como es la instigación, a la conducta del interesado, a pesar de que, la misma no presente las características que definen a ese concepto dogmático conforme a lo dispuesto en el artículo 24° del Código Penal. El Principio de motivación de las resoluciones judiciales, debido a una aparente argumentación de las razones que justificaron la decisión adoptada, y que para el presente caso, estaría referido a los fundamentos empleados para calificar la conducta del interesado dentro de la instigación, pues a simple vista resultarían ser racionales y coherentes, no obstante, al verificar sus premisas referidas a los hechos –si se trata de una influencia psicológica, como se ejecutó el ofrecimiento de ayuda, quien ha realizado las modalidades delictivas complementarias y quien simplemente las acepta, si los medios empleados por el instigador para convencer al instigador resultan ser idóneos o no y demás

circunstancias que rodearon su producción- y al correlacionarlas con el asidero legal aplicado a ese supuesto, se llega a la conclusión que existen incompatibilidad entre el fundamento de hecho y de derecho, y por ende, no resulta ser correcta la solución al conflicto jurídico existente.

**Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se advierte que a la persona de Alexander Martín Kouri Bumachar se le atribuyó la condición de instigador por dos razones, la primera de ellas referida a que este interviniente acudió a Vladimiro Torres, sabiendo que este poseía influencias dentro de la policía, incluido la DINANDRO, por su condición de asesor presidencial, con la intención de que le ayudará sobre la situación de su primo Fernando Félix Couri Cahuas, quien se encontraba detenido por el delito de tráfico ilícito de drogas en tal instalación policial. Y la segunda, con el propósito de que le ayudará por las influencias reales que tenía ante el Jurado Nacional de Elecciones en la resolución de la tacha que le había interpuesto la agrupación política Somos Perú al símbolo de su agrupación política Chim pum Callao.

En caso se hubiera debatido la instigación no sería admisible sostenerla por ausencia de una influencia psicológica como tal, puesto que de los propios hechos se evidencia la existencia de un requerimiento de ayuda formulado por el interesado en ambos casos y que fue dirigida hacia el traficante para obtener ayuda sobre la situación de un familiar detenido y una decisión favorable del Jurado Nacional de Elecciones, por esa razón, ese actuar bajo el análisis de su intervención en el delito de tráfico de influencias -puede tratarse de otro delito- hubiera quedado impune al no encontrarse previsto como delito en la legislación penal. Si bien, en el presente caso se abordó el análisis de la naturaleza de la modalidad delictiva complementaria y el medio empleado por el interesado durante su ejecución, llegando a la conclusión de que no podría valorarse el apoyo político como objeto de contraprestación, empero, en el supuesto que se haya

demostrado su idoneidad, tampoco hubiera sido posible atribuirle ese título de imputación, debido a la ausencia de los otros elementos necesarios para la configuración del delito de tráfico de influencias.

### **2.3. Interesada- Impune (Corte Superior de Justicia de Lima- Sala Penal de Apelaciones)**

**Expediente N° 00172-2011-6-1826-JR-PE-01**

**Sentenciado:** Gino Bruno Miano La Roca (estafa)

**Sentenciada:** Alicia Vega Ayala (Falsedad ideológica y omisión de deberes funcionales)

**Interesada:** Chavely Jessica Aliaga Laura (impune)

**Agraviado:** El Estado

**Delitos:** Estafa y otros

**Órgano emisor:** Corte Superior de Justicia de Lima Sala Penal de Apelaciones

**Tipo de resolución:** Sentencia absolutoria

**Principios vulnerados:** El razonamiento lógico deductivo empleado en la argumentación jurídica de la decisión final, resulta ser correcta, ya que la persona de Alicia Vega Ayala y Gino Bruno Miano La Roca no vienen a ser los sujetos intervinientes, cuya presencia de requiere de manera obligatoria en el delito de tráfico de influencias, es decir, no es la interesada, ni el traficante respectivamente en ese orden, ya que no llevaron adelante la negociación o el acuerdo delictivo de voluntades con la intención de corromper a la Administración pública, por lo tanto, no se ha producido la afectación de algún derecho o principio de dichos sujetos procesales.

#### **Defectos y observaciones:**

En el indicado recurso, se advierte que la absolución del traficante se dio porque no se podía ser calificado como un acto de instigación, debido precisamente a que este no tenía la voluntad

ni el conocimiento de ser parte de algún hecho delictivo, por tal razón, al tratarse de un delito de encuentro no ha sido posible su configuración en el presente caso –si bien, no lo manifiestan expresamente de esa forma, esta conclusión se infiere indubitablemente de los argumentos que son empleados en sus considerandos, en donde señalan que no ha existido ningún tipo de negociación o acuerdo ilícito entre ambos para que puedan ser considerados como traficante e instigador respectivamente-.

### 3. Conclusiones

1. Se ha demostrado jurídicamente que no es posible establecer responsabilidad en contra del interesado del delito de tráfico de influencias en calidad de instigador –tampoco de cualquier otro título de imputación- en ninguna situación, ello, debido principalmente a tres razones: La primera porque el obrar del interesado no se trata de una influencia psicológica propiamente dicho, la segunda, ya que el delito de tráfico de influencias es un delito de encuentro, y como tal se requiere un acuerdo de voluntades entre el traficante y el interesado para que pueda existir, y la tercera, porque su intervención se manifiesta durante la fase ejecutiva del delito en mención.
2. Conforme se ha señalado, resulta fácticamente imposible que se produzca aquel suceso donde el interesado vaya a influir psicológicamente al traficante , a fin de que este último le invoque tener influencias ante un determinado servidor o funcionario, y recién en ese momento el traficante le refiera tener influencias ante una determinada autoridad con poder de decisión dentro de la Administración pública, puesto que lo que pretende el interesado desde un inicio con su accionar es que le ofrezcan una ayuda, y no que le invoquen tener influencias, es decir, la comunicación dirigida por el interesado hacia el traficante, más que ser un influjo psíquico que caracteriza y define a la instigación en esencia viene a ser una petición, solicitud o requerimiento de apoyo o colaboración en un determinado proceso judicial o administrativo.
3. El delito de tráfico de influencias regulado en el artículo 400° del Código Penal al ser un delito de encuentro, requiere obligatoriamente la presencia de dos intervinientes a los que se les denomina traficante e interesado quienes colaboran de manera activa durante su fase de ejecución para que este pueda llegar a perfeccionarse, y si bien, el actuar del

interesado no se encuentra expresamente señalado en el texto del mencionado artículo su intervención necesaria se desprende o se deduce también de su propia lectura, específicamente de la parte de las modalidades delictivas complementarias que están dadas por lo términos de “entregar, hacer dar o hacer prometer”.

4. La participación del interesado también se manifiesta durante la fase ejecutiva del delito de tráfico de influencias a través de una conducta que se constituye en parte integrante de su tipo objetivo, lo que no sucede cuando se es instigador. Por esa razón se requiere su presencia de manera indispensable para la configuración del delito, siendo así, su actuar se hará presente en la ejecución directa de la primera y tercera modalidad delictiva complementaria (entregar y hacer prometer, esta última de manera excepcional), o en el caso de la realización de la segunda y tercera modalidad (hacer dar y hacer prometer) por parte del traficante, de igual forma, la participación del interesado se da al momento de mostrar su aceptación o conformidad con la solicitud previamente dada en oferta, esto con la finalidad de que el delito se pueda materializar. Por tal razón, no puede argumentarse de manera razonable como un comportamiento que reviste tanta importancia, pueda estar siendo considerado como un acto de participación.
5. Se provoca la afectación del principio de legalidad en materia penal, al imponérsele una pena al interesado del delito de tráfico de influencias en calidad de instigador conforme a lo dispuesto en el artículo 24° del Código Penal, a pesar de que, su conducta no reviste las características esenciales que definen a esta institución jurídica como tal, ya que no consiste en una influencia psicológica dirigida a hacer surgir en otro su decisión criminal, y más por el contrario, se trata de un requerimiento o petición de apoyo en un determinado proceso judicial o administrativo. De la misma manera, se vulnera ese

principio porque el instigador nunca interviene durante el desarrollo del hecho delictivo, como sí ocurrió en los casos que fueron analizados en donde al interesado se le sentenció bajo ese título de imputación.

6. Con relación al principio de motivación de las resoluciones judiciales su vulneración se da al momento que los órganos jurisdiccionales tratan de justificar interna y externamente la responsabilidad del interesado del delito de tráfico de influencias en calidad de instigador, para lo cuál recurren a argumentos aparentemente válidos, pero luego de un análisis riguroso a las premisas que sirvieron para sustentar la conclusión a la que se ha arribado se advierte que no ha existido una motivación adecuada o esta solo era aparentemente válida, todo ello debido a la ausencia de un fundamento de derecho que permita justificar la subsunción de esos hechos en el artículo 24° del Código Penal. Asimismo, en los pronunciamientos jurisdiccionales que fueron materia de valoración se visualizó también un defecto en cuanto a su motivación, porque no explicaron en absoluto el por qué una conducta que resulta ser necesaria para la configuración del delito de tráfico de influencias puede ser considerado dentro de la instigación

#### 4. Bibliografía

- HISTORIA DEL DERECHO PERUANO. (s.f de s.f de s.f). <https://myslide.es>. Obtenido de <https://myslide.es>: <https://myslide.es/documents/codigos-penales.html>
- Abanto Vásquez, M. A. (2013). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra Editores.
- Bacigalupo Zapater, E. (1996). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Santa Fe de Bogotá: TAMIS.
- Bacigalupo Zapater, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: HAMMURABI S.R.L.
- Bacigalupo, E. (2009). *Teoría y práctica del derecho penal Tomo II*. Madrid: MARCIAL PONS.
- Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*. Madrid: MARCIAL PONS.
- Bramont-Arias Torres, L. M. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: EDDILI S.A.
- Cancho, A. R. (2014). EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA: DISCUSIONES POLÍTICO-CRIMINALES Y DOGMÁTICAS. En A. R. Cancho, S. Vásquez Shimajuko, F. Rojas Vargas, E. García Navarro, J. Reátegui Sánchez, A. R. Cabrera Freyre, & N. Paredes Chávez, *LA IMPUTACIÓN DEL DELITO Y DE LA PENA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS* (págs. 271,307). Lima: Ediciones Jurídicas del Centro.
- Castillo Alva, J. (2004). *PRINCIPIOS DE DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. Lima: GACETA JURÍDICA S.A.
- Cerezo Mir, J. (2006). *Obras Completas I Derecho Penal Parte General*. Lima: ARA Editores.
- Cobo del Rosal, M., & Vives Antón, T. S. (1996). *Derecho penal parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CÓDIGO PENAL DEL PERÚ. (30 de enero de 1863). <https://archive.org>. Obtenido de <https://archive.org>: <https://archive.org/stream/cdigopenaldelpe00pergoog#page/n8/mode/2up>
- CÓDIGO PENAL SANTA, C. D.-P. (27 de Octubre de 1836). <https://books.google.com.pe>. Obtenido de <https://books.google.com.pe>: [https://books.google.com.pe/books?id=oiI2AQAAMAAJ&pg=PR6&lpg=PR6&dq=C%C3%B3digo+penal+SantaCruz+del+estado+nor+peruano&source=bl&ots=Cd6Osptgzk&sig=pcdVUjtT97cur2X\\_RyqhWSfiXbl&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjplZ6U7NrNAhUMGh4KHavJDXsQ6AEIQDAL#v=onepage&q=C%C3%B3dig](https://books.google.com.pe/books?id=oiI2AQAAMAAJ&pg=PR6&lpg=PR6&dq=C%C3%B3digo+penal+SantaCruz+del+estado+nor+peruano&source=bl&ots=Cd6Osptgzk&sig=pcdVUjtT97cur2X_RyqhWSfiXbl&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjplZ6U7NrNAhUMGh4KHavJDXsQ6AEIQDAL#v=onepage&q=C%C3%B3dig)
- Corcoy Bidasolo, M. (2014). Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente. En E. Gimbernat Ordeig, L. Gracia Martín, E. Peñaranda Ramos, M. Á. Rueda Martín, C. Suárez Gonzáles, & J. Urquizo Olaechea, *DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL MATERIAL Y PROCESAL Y POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEAS TOMO I* (págs. 177-207). Lima: GACETA JURÍDICA S.A.
- Córdoba Roda, J., & Rodríguez Mourullo, G. (1976). *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL TOMO I*. Barcelona: ARIEL.
- Cury Urzúa, E. (1973). *Orientación para el estudio de la teoría del delito*. Santiago: Ediciones Nueva Universidad.

- del Castillo Codes, E. (2007). *La imprudencia: Autoría y participación*. Madrid: DYKINSON S.L.
- Ernst Mayer, M. (2007). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: B de F Ltda.
- Etcheberry, A. (1976). *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Editora Nacional Gabriela Mistral.
- Feijóo Sánchez, B. (2001). *Límites de la participación criminal ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?* Lima: Cordillera S.A.C.
- Figueroa Gutarra, E. (2014). *EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN*. Lima: GACETA JURÍDICA S.A.
- Fletcher, G. P. (1997). *Conceptos básicos de derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Fontán Balestra, C. (2002). *DERECHO PENAL INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL*. Buenos Aires: LEXISNEXIS Abeledo-Perrot.
- García Belaunde, D. (s.f de s.f de 1996). <http://revistas.pucp.edu.pe>. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe>: [http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/epoca\\_003.pdf](http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/epoca_003.pdf)
- García Cavero, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Lima: GRIJLEY E.I.R.L.
- García del Blanco, V. (2006). *La coautoría en derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- García-Pablos de Molina, A. (2009). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Gimbernat Ordeig, E. (2012). *AUTOR Y CÓMPLICE EN DERECHO PENAL*. Buenos Aires: B de F.
- Gómez González, O. T. (2001). *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: DYKINSON.
- Gómez Rivero, M. d. (1995). *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Górriz Royo, E. M. (2008). *El concepto de autor en derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gracia Martín, L. (2005). *Fundamentos de Dogmática Penal*. Lima: IDEMSA.
- Heinrich Jescheck, H. (1993). *Tratado de derecho penal parte general*. Granada: COMARES.
- Hurtado Pozo, J. (s.f de s.f de s.f). <https://www.unifr.ch>. Obtenido de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2005\\_12.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_12.pdf)
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I*. Lima: Moreno S.A.
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO II*. Lima: Moreno S.A.
- J. Fierro, G. (1964). *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires: EDIAR.
- Jiménez de Asua, L. (1964). *TRATADO DE DERECHO PENAL TOMO I*. Buenos Aires: LOSADA S.A.
- López Barja de Quiroga, J. (2004). *Derecho Penal Parte General Tomo II Fundamentos de extensión de la punibilidad*. Lima: Gaceta Jurídica.
- López de Barja de Quiroga, J., Bacigalupo Zapater, E., Calderón Cerezo, Á., Colmenero Menéndez de Luarca, M., Conde Pumpido Tourón, C., Giménez García, J., . . . Vieira Morante, F. J. (2007). *Comentarios al Código Penal Tomo I*. Barcelona: Bosch S.A.
- Luzón Peña, D. M., y García Conlledo, M. D., Alcácer Guirao, R., Gómez Rivero, C., Mir Puig, S., Reyes Cuartas, J. F., & Arboleda Ripoll, F. E. (2003). Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría. *DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO REVISTA INTERNACIONAL*, 237.

- Maurach, R., Heinz Goss, K., & Zipf, E. (1995). *Derecho penal parte general 2*. Buenos Aires: ASTREA.
- Merkel, A. (2013). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. Buenos Aires: B d F.
- Mir Puig, C. (2016). *COMENTARIOS A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: REPERTOR S.L.
- Miró Linares, F. (2009). *Conocimiento e Imputación en la participación delictiva*. Barcelona: Atelier.
- Muñoz Conde, F. (2008). *Teoría General del Delito*. Bogotá: TEMIS S.A.
- Noguera Ramos, I. (2007). *FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.
- Olásolo Alonso, H. (2009). *ENSAYOS SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL*. Medellín: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Olmedo Cardenete, M. D. (1999). *La inducción como forma de participación accesoria*. Madrid: EDESA.
- Pariona Arana, R. (2014). *Derecho Penal*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- Parma, C., & Guevara Vásquez, I. P. (2015). *Autoría y participación criminal*. Lima: IDEAS SOLUCIÓN S.A.C.
- Pena Cabrera Freyre, A. (2004). *DERECHO PENAL PERUANO*. Lima: RODHAS.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2007). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. Lima: RODHAS.
- Peñaranda Ramos, E. (2015). *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Buenos Aires: B de F Ltda.
- Perez Tello, R. (2014). El fundamento normativo de la autoría en Código Penal peruanos. *Gaceta Penal & procesal penal Tomo 64*, 65-72.
- Quintano Ripolles, A. (1946). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Revista de derecho privado.
- Quintero Olivares, G., Morales Prats, F., & Prats Canut, J. M. (2000). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Navarra: ARANZADI S.A.
- Quiroz Salazar, W. F. (2001). *Lecciones de derecho penal*. Lima: Imsergraf.
- Ramos Tapia, M. I., Zugaldía Espinar, J. M., Torres Herrera, M. R., Pérez Alonso, E. J., & de Espinoza Ceballos, E. M. (2010). *Fundamentos de derecho penal (Parte General)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Reátegui Sánchez, J. (2014). *Autoría y participación en el delito*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Rey y Arrojo, M. L. (1947). *¿Qué es el delito?* Buenos Aires: Atlántida.
- Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito: Fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodriguez Delgado, J. A. (s.f de s.f de s.f). *Instituto de Ciencia Procesal*. Obtenido de <http://www.incipp.org.pe>: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/traficojuliorodriguez.pdf>
- Rodríguez Delgado, J. A. (S.F. de S.F. de S.F.). *file:///C:/Users/PRUEBA\_2-PC/Downloads/12355-49148-1-PB.pdf*. Recuperado el 14 de Agosto de 2017, de

- file:///C:/Users/PRUEBA\_2-PC/Downloads/12355-49148-1-PB.pdf:  
file:///C:/Users/PRUEBA\_2-PC/Downloads/12355-49148-1-PB.pdf
- Rodríguez Mourullo, G., Jorge Barreiro, A., Suárez González, C., Lascurain Sánchez, J. A., Cancio Meliá, M., & Feijóo Sánchez, B. (1997). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: CIVITAS S.A.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: GRIJLEY E.I.R.L.
- Roxin, C. (1997). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I*. Madrid: CIVITAS S.A.
- Roxin, C. (2000). *AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL*. Madrid: MARCIAL PONS.
- Roxin, C. (2013). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General Tomo II especiales formas de aparición del delito*. Navarra: Aranzadi S.A.
- Salinas Siccha, R. (2009). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: IUSTITIA y GRIJLEY.
- San Martín Castro, C. E., Carlos, C. C., & Leandro, R. P. (2002). *Los Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir*. Lima: JURISTA EDITORES E.I.R.L.
- Schünemann, B. (1991). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: TECNOS S.A.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho penal Parte general I El hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi srl.
- Tavares Lobato, J. (2015). *Teoría general de la participación criminal y acciones neutrales*. Río de Janeiro: Juruá Internacional.
- Torres Pacha, D. (s.f. de s.f. de s.f.). <http://idehpucp.pucp.edu.pe>. Recuperado el 15 de octubre de 2017, de <http://idehpucp.pucp.edu.pe>: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-3-IDEHPUCP-2-PAG-12-16.pdf>
- Urquiza Olaechea, J. (2005). Principio de legalidad en materia penal. En J. Urquiza Olaechea, & otros, *LA CONSTITUCIÓN COMENTADA TOMO I* (pág. 17). Lima: GACETA JURÍDICA S.A.
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima : ARA EDITORES.
- Villavicencio Terreros, F. (2013). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Villegas Paiva, E. A. (2014). La debida motivación de las resoluciones judiciales como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima en el proceso penal. *GACETA PENAL& procesal penal*, 299-316.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: ROQUE DEPALMA.
- Zaffaroni, E. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General Tomo II*. Lima: Ediciones jurídicas.
- Zuñiga Rodríguez, L. (s.f de s.f de s.f). <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet>. Obtenido de <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet>: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-EINuevoCodigoPenalPeruano-46389%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-EINuevoCodigoPenalPeruano-46389%20(4).pdf)