



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO

PENAL Y PROCESAL PENAL

TESIS:

**EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS PARA LA
EMISIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO**

PRESENTADA POR:

ABG. EDGAR DANIEL HERNÁNDEZ ANCHAY

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

**MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL
Y PROCESAL PENAL**

LAMBAYEQUE – PERÚ

2019

**EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS PARA LA EMISIÓN DE UN
ACTO ADMINISTRATIVO**

Abg. Edgar D. Hernández Anchay

Autor

Dr. Freddy W. Hernández Rengifo

Asesor

Presentada a la Escuela de PostGrado de la Universidad Nacional Pedro
Ruiz Gallo, para Optar el Grado Académico de Maestro en Derecho con
Mención en Derecho Penal y Procesal Penal.

APROBADO POR:

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez

Presidente

Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero

Secretario

Dr. Ricardo Ponte Durango

Vocal

DEDICATORIA:

A mis queridos padres Segundo Salvador Hernández Villalobos (+) y Matilde Glorinda Anchay Santa Cruz, quienes son fuente de inspiración y ejemplo de vida.

A mi hija Daniela Fernanda Hernández León, quién es mi fortaleza, alegría y esperanza de vida.

AGRADECIMIENTO:

A mi hermano Freddy Widmar Hernández Rengifo, quién gracias a él, logré formarme como abogado y ha sido, es y será, fuente de inspiración para seguir contribuyendo por la noble causa de impartir justicia.

ÍNDICE

Resumen.....	8
Abstract.....	9
Introducción.....	10
CAPÍTULO I: Análisis del Objeto de Estudio.....	12
1.1. Ubicación.....	13
1.2. El Problema.....	14
1.2.1. Formulación del Problema.....	15
1.2.2. Justificación del Problema.....	16
1.3. Objetivos de la Investigación.....	16
1.3.1. Objetivo General.....	17
1.3.2. Objetivos Específicos.....	17
1.4. Aspectos Metodológicos.....	17
1.4.1. Formulación de Hipótesis.....	17
1.4.2. Variables e Indicadores.....	18
1.4.3. Población y Muestra.....	18
1.4.4. Materiales, Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.....	19
1.4.5. Métodos y Procedimientos para Recolección de Datos.....	20
CAPÍTULO II: El Delito de Tráfico de Influencias.....	22
2.1. Antecedentes en la Legislación Penal Nacional.....	23
2.2. Descripción Típica.....	26
2.3. Bien Jurídico Protegido.....	28
2.4. Sujetos.....	33

2.5. Las Influencias Reales o Simuladas.....	34
2.6. El Presupuesto de la Existencia de un Caso Judicial o Administrativo.....	35
CAPÍTULO III: El Acto Administrativo.....	38
3.1. Definición.....	39
3.2. Requisitos de Validez del Acto Administrativo.....	40
3.2.1. Competencia.....	40
3.2.2. Objeto o Contenido.....	42
3.2.3. Finalidad Pública.....	44
3.2.4. Motivación.....	44
3.2.5. Procedimiento Regular.....	45
3.3. Clases de Actos Administrativos.....	46
3.4. Elementos del Acto Administrativo.....	49
CAPÍTULO IV: La Discrecionalidad Administrativa.....	51
4.1. Discrecionalidad Jurídica.....	52
4.2. Discrecionalidad Administrativa.....	53
4.3. Grados y Tipos de Discrecionalidad Administrativa.....	53
4.4. Jurisdicción Administrativa.....	57
4.5. Presupuesto para el Delito de Tráfico de Influencias.....	61
CAPÍTULO V: Análisis y Discusión de los Resultados.....	64
5.1. Análisis y Discusión de Resultados.....	65
5.2. Presentación de la Información Obtenida.....	65

5.3. Presentación de Resultados.....	86
5.4. Discusión de Resultados.....	86
5.5. Propuesta Legal.....	87
Conclusiones.....	90
Recomendaciones.....	91
Referencias Bibliográficas.....	92

RESUMEN

La situación actual a nivel nacional nos presenta un escenario de desconfianza y desaprobación en la función pública por parte de la población, ello, debido a los constantes casos de corrupción de funcionarios que son conocidos no solo a través de los medios de comunicación, sino también por la comunicación de persona a persona en la que se transmiten testimonios de oferta y demanda de influencias ante la administración pública a cambio de favores económicos o de cualquier índole.

Ante esta situación se requiere que el Estado despliegue sus atribuciones legislativas, a fin de evitar que se deje en impunidad cualquier conducta que pueda remecer los cimientos de la administración pública y perjudique su adecuado funcionamiento y la confianza que sobre él tenga la sociedad.

Este es el fundamento de la presente investigación, que busca analizar uno de los tantos supuestos que viene quedando en la impunidad con el ordenamiento jurídico actual respecto al Delito de Tráfico de Influencias, buscando brindar una alternativa de solución a la problemática con el presente trabajo.

ABSTRACT

The current situation at the national level presents us with a scenario of distrust and disapproval in the civil service by the population, due to the constant cases of corruption of officials who are known not only through the media, but also by the communication from person to person in which testimonies of supply and demand of influences are transmitted to the public administration in exchange for economic favors or of any kind.

Faced with this situation, the State must deploy its legislative powers in order to avoid any impunity that could shake the foundations of the public administration and impair its proper functioning and society's trust in it.

This is the basis of the present investigation, which seeks to analyze one of the many assumptions that have been left in impunity with the current legal system regarding the matter of corruption of officials, seeking to provide an alternative solution to the problem that is passed to throughout the present work.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, está orientada a analizar el tipo penal del Delito de Tráfico de Influencias, así como el concepto de acto administrativo, a fin de esclarecer la necesidad de ampliar el supuesto de hecho del citado tipo penal a los actos administrativos en general y no solo a los que se dan en el contexto de la jurisdicción administrativa.

De este modo, en el primer capítulo, se hará alusión al aspecto metodológico que ha orientado la presente investigación, así como el establecimiento del problema, objetivos, justificación y la hipótesis planteada.

En el segundo capítulo, sólo debemos precisar que en él se analizará el tipo penal del Delito de Tráfico de Influencias, desde su descripción típica, bien jurídico protegido, sujetos procesales, entre otros aspectos, desde un punto de vista doctrinario.

En el tercer capítulo, se analizará la definición, elementos y clases de actos administrativos, a fin de esclarecer los supuestos en los que nos encontramos frente al despliegue de la actividad administrativa, la que según nuestra hipótesis también requiere ser supuesto de hecho del delito en cuestión.

El cuarto capítulo, ahonda más en la denominada jurisdicción administrativa y los criterios de discrecionalidad, haciendo énfasis en la discrecionalidad administrativa, a fin de esclarecer los supuestos actuales en el ámbito administrativo en los que es aceptada la posible comisión del Delito de Tráfico de Influencias.

En el quinto y último capítulo, se realizará el análisis de los resultados obtenidos a partir del estudio de investigaciones sobre el Delito de Tráfico de Influencias ante la Fiscalía Especializada en Corrupción de Funcionarios de Lambayeque.

CAPÍTULO I
“ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO”

1.1. Ubicación:

Los matices de la sociedad actual nos presentan un escenario colmado de situaciones en las que se involucra la confianza en la administración pública bajo los juegos de intereses e influencias, marco contextual en que se ofertan promesas de respuestas de la administración acordes con intereses de partes que no ponen límites y que están dispuestas incluso a desembolsar dinero a cambio de obtener beneficios de la administración.

Estas circunstancias son las que constantemente se presentan, así como las de quienes ofrecen sus “servicios” como intermediarios con influencias (no pocas veces simuladas), quienes sin escrúpulo alguno ofrecen intercesión y resultados a cambio de una suma de dinero.

Estas conductas son en parte actualmente reprochables penalmente bajo el tipo penal de Tráfico de Influencias, ubicado en el artículo 400° del Código Penal, Libro Segundo “*Parte Especial*”, en su Título XVIII “*Delitos contra la Administración Pública*”, Capítulo II “*Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos*”, Sección IV “*Corrupción de Funcionarios*”, que establece:

“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 36º; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

Este tipo penal busca sancionar precisamente la conducta de quienes ofertan influencias reales y simuladas para interceder ante un determinado funcionario respecto a un caso judicial o administrativo; sin embargo, tal como hemos señalado, se ha tipificado la conducta de modo tal que en muchas ocasiones conductas igualmente lesivas quedan en la impunidad al no cumplirse los presupuestos específicos que el tipo penal conforme a su actual estructura señala.

1.2. El Problema:

Efectivamente existe una diversidad de críticas y cuestionamientos al verdadero sentido del tipo penal del Delito de Tráfico de Influencias, que van desde la determinación del bien jurídico protegido y su ubicación sistemática dentro del Código Penal.

Sin embargo, esta investigación busca centrarse en el presupuesto exigido por el tipo penal consistente en la existencia de un caso judicial o administrativo, específicamente al contenido del elemento típico “*caso administrativo*”, entendiendo que actualmente los Despachos Fiscales vienen limitando dicho concepto a la existencia de un procedimiento administrativo lo que deja muchas veces en la impunidad conductas que revisten la misma afectación y grado de reprochabilidad.

Específicamente, el problema se presenta en los casos en que nos encontramos frente al tráfico de influencias con la promesa de la mera emisión de un acto administrativo, aunque se verifique o no la existencia de un procedimiento, como sería por ejemplo la designación de un cargo de confianza, casos en los que los hechos son declarados atípicos con el consecuente archivo de lo actuado.

Entendemos que quizás al ampliar el contenido del tipo penal podría significar en apariencia una sobrecriminalización, sin embargo, la postura del presente trabajo busca demostrar que efectivamente se hace necesario establecer nuevos parámetros al Delito de Tráfico de Influencias, a fin de evitar la impunidad respecto a hechos que trasgreden en gran medida a la administración pública, desde la perspectiva de su funcionalidad, correcto funcionamiento e incluso “*su buen nombre*”, conforme a las posiciones doctrinarias que en el informe final serán analizadas.

1.2.1. Formulación del Problema:

Por ello, el problema en el presente caso queda determinado de la siguiente forma:

¿Resulta necesaria la inclusión del ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para la emisión de un acto administrativo como supuesto de hecho dentro de la tipificación del delito de tráfico de influencias, previsto en el artículo 400º del Código Penal?

1.2.2. Justificación del Problema:

El presente trabajo encuentra su justificación en la necesidad de que exista una coherencia dentro del ordenamiento jurídico penal, específicamente en cuanto al Delito de Tráfico de Influencias, a fin de que se alcance el objetivo de brindar una efectiva protección a la administración pública respecto a conductas inescrupulosas de quienes la convierten en un negocio, ya sea una persona común o peor aún se trate de un funcionario o servidor público; efectivamente, resulta preocupante que casos en que existe una negociación de influencias palpable vengán siendo archivados por falta de tipicidad, siendo esta la preocupación que justifica el desarrollo de la presente investigación.

De ahí precisamente parte también la importancia del presente estudio, pues se trata de una problemática actual poco abordada por los investigadores y doctrinarios, pese a encontrarnos en un escenario social - político, que busca en teoría frenar la corrupción, que lamentablemente viene siendo un flagelo para nuestra nación y que requiere que desde cada área de desarrollo se busque brindar soluciones y propuestas en aras a la implementación de mejores estrategias que terminen con conductas que tanto daño hacen al Estado.

1.3. Objetivos de la Investigación:

1.3.1. Objetivo General:

✓ Determinar si existe necesidad de inclusión del ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para la emisión de

un acto administrativo como supuesto de hecho dentro de la tipificación del Delito de Tráfico de Influencias.

1.3.2. Objetivos Específicos:

✓ Establecer los principales conceptos que rodean al Delito de Tráfico de Influencias y su actual tipificación.

✓ Profundizar respecto al contenido del supuesto de hecho denominado “*caso judicial o administrativo*” al que hace alusión la actual redacción del artículo 400° del Código Penal.

✓ Establecer el contenido, concepto y características del acto administrativo y la discrecionalidad administrativa.

✓ Elaborar una propuesta *Lege ferenda* sobre el tema de investigación.

1.4. Aspectos Metodológicos:

1.4.1. Formulación de Hipótesis:

Si se incluye como supuesto de hecho del tipo penal de tráfico de influencias previsto en el artículo 400° del Código Penal, el ofrecimiento de intercesión ante un funcionario o servidor público para la emisión de un acto administrativo, entonces se eliminaría el vacío legal que viene dejando en la impunidad conductas igualmente lesivas a la administración pública al disponerse el archivo de investigaciones por atipicidad de la conducta.

1.4.2. Variables e Indicadores:

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	ÍNDICES	TÉCNICAS
<p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>El contenido actual del tipo penal de tráfico de influencias, previsto en el artículo 400° del Código Penal.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Acepciones del supuesto caso judicial o administrativo. - Vacío legal respecto al ofrecimiento de influencias para la emisión de actos administrativos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Percepción negativa del funcionamiento de la función pública. - Investigaciones archivadas en sede Fiscal. - Reportes del Sistema de Gestión Fiscal. 	<ul style="list-style-type: none"> - Correcto - Incorrecto. - Bueno - Malo. - Presenta - No presenta. 	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis de datos. - Fichaje.
<p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p>La inclusión como supuesto de hecho del tipo penal el ofrecimiento de intercesión ante un funcionario o servidor público para la emisión de un acto administrativo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Los fines de la norma penal sustantiva - Razones de política criminal y lucha contra la corrupción - Impunidad de conductas igualmente reprochables. 	<ul style="list-style-type: none"> - Protección del bien jurídico según el tipo penal de Tráfico de Influencias. - Política de lucha contra la corrupción. 	<ul style="list-style-type: none"> - Presenta - No presenta. 	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis de datos. - Fichaje.

1.4.3. Población y Muestra:

Está formada por un total de veinte (20) investigaciones tramitadas ante la Fiscalía Anticorrupción del Distrito Fiscal de Lambayeque, respecto a denuncias por la presunta comisión del Delito de Tráfico de Influencias.

CUADRO N° 01

“MUESTRA A LA QUE SE VA APLICAR LA FICHA DE ANÁLISIS DE DOCUMENTOS”

Frecuencia Casos	N°	%
Investigaciones Año 2015	09	45%
Investigaciones Año 2016	08	40%
Investigaciones Año 2017	03	15%
Total	20	100%

Años: 2015 - 2017.

Fuente: De investigación.

1.4.4. Materiales, Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos:

✓ **Los Materiales:** Son de carácter bibliográfico y corresponden a autores nacionales como extranjeros.

✓ **Las Fuentes (consultadas):** Pertenecen a la especialidad que corresponde el tema materia de investigación.

✓ **Las Técnicas a Emplear:**

○ **Técnica del Fichaje:** Mediante esta técnica se recogerá los datos teóricos, de opinión y de comentario de los textos nacionales y extranjeros. Su Instrumento será las fichas bibliográficas, textuales y de comentarios, fichas linkográficas, etc.

○ **Técnica del Análisis de Documentos:** Esta técnica se ha de emplear para cotejar la información teórica con el contenido de las entrevistas a realizar. Su instrumento será la ficha de cotejo.

✓ **Los Métodos y Procedimientos para la Recolección de Datos:** Serán el método dogmático para el análisis de las normas jurídicas, así como el método analítico, deductivo, inductivo y de síntesis.

✓ **La Recolección de Información de Compilación de Datos:** Será necesario el empleo de fuentes de información tales como las sentencias que son objeto de estudio.

1.4.5. Métodos y Procedimientos para Recolección de Datos:

✓ **Método de Análisis:** El presente método fue empleado por cuanto se ha iniciado el trabajo por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad, habiéndose establecido una

relación de causa - efecto entre los elementos que componen el objeto materia de investigación.

✓ **Método Explicativo:** Explicar las consecuencias que podrían darse debido a los criterios existentes para fijar el monto de la reparación civil.

CAPÍTULO II

“EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS”

2.1. Antecedentes en la Legislación Penal Nacional:

El tipo penal del Delito de Tráfico de Influencias, ha pasado por una serie de tipificaciones a lo largo de la historia de nuestra legislación penal, hasta llegar al actual tipo penal, que es materia de la presente investigación.

Así, el antecedente más remoto en nuestra legislación, lo encontramos en el Código Penal de 1924, al cual mediante Decreto Legislativo N° 1211, de fecha 12 de junio de 1981, se adicionó al artículo 353º, que tipificaba el delito de cohecho activo, el artículo 353-A, con el siguiente texto legal:

“El que invocando influencias reales o simuladas reciba o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte a cuarenta días. Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación, conforme a los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27º, por doble tiempo de la condena”.

Posteriormente, el Código Penal de 1991, actualmente vigente, formuló una tipificación inicial para el Delito de Tráfico de Influencias, que señala:

“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”.

Dicha tipificación rigió en nuestra legislación hasta la entrada en vigencias de la Ley N° 28355, publicada el 06 de octubre del 2004, la cual modificó, entre otros, el artículo 400° del Código Penal, bajo el siguiente texto:

“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”.

Más adelante, el 10 de junio del 2011, se publicó la Ley N° 29703, que modificó nuevamente la redacción del artículo 400° del Código Penal, en los siguientes términos:

“El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa o 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”.

Sin embargo, poco tiempo después de publicada la Ley N° 29703, el 21 de julio del 2011, se publicó la Ley N° 29758, de acuerdo a la cual, el Delito de Tráfico de Influencias, artículo 400° del Código Penal, tuvo la siguiente redacción:

“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”.

Finalmente, por medio de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013, se decidió adicionar como sanción la pena de multa en algunos delitos contra la administración pública, incluyendo al Delito de Tráfico de Influencias, artículo 400° del Código Penal, quedando tipificado de la siguiente forma:

“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 36º; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

2.2. Descripción Típica:

El delito que es objeto del presente trabajo, se encuentra tipificado en el artículo 400º del Código Penal, Libro Segundo “*Parte Especial*”, en su Título XVIII “*Delitos contra la Administración Pública*”, Capítulo II “*Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos*”, Sección IV “*Corrupción de Funcionarios*”.

“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 de artículo 36º; 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 36º; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

Respecto a la tipificación del Delito de Tráfico de Influencias, doctrinariamente se ha considerado que existe un error en su ubicación sistemática dentro del catálogo de delitos contenidos en el Código Penal, así, se ha señalado que “*resulta ya a priori errónea por cuanto el delito de tráfico de influencias es un delito común en el sentido de que no se requiere la condición de funcionario para ser su autor*”¹.

Asimismo, cabe precisar que el tipo penal no requiere que las influencias se efectúen en el funcionario respectivo, es más, ni siquiera se requiere que exista un verdadero vínculo entre el traficante y el servidor público². De igual forma no toda invocación de influencias es punible (como tampoco no toda solicitud de influencia), pues habrá que analizar la idoneidad en el caso concreto de la conducta del traficante (o del que intenta serlo), que de por sí no siempre revestirá lo suficiente como para justificar la intervención del Derecho Penal³.

2.3. Bien Jurídico Protegido:

Respecto al bien jurídico tutelado en el Delito de Tráfico de Influencias, existen diversas posiciones que van más allá de la ubicación sistemática del tipo penal dentro de los delitos que atentan contra la administración pública.

¹ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias al amparo del principio de legalidad en materia penal. En: *Actualidad Jurídica*. T. 102. Lima, mayo 2002, p. 12.

² ABOSO, Gustavo Eduardo: Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias. Aspectos esenciales de su configuración. En Nelson Salazar (coord.). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima, IDEMSA, 2010, p. 379.

³ Guimaray Erick, Rómulo León: Exclusión por el delito de tráfico de influencias. Área Anticorrupción del IDEHP, p. 17.

En la doctrina nacional pueden apreciarse tres posiciones al respecto: **(i)** La imparcialidad de la Administración Pública; **(ii)** El prestigio de la Administración Pública; y, **(iii)** La institucionalidad de la Administración Pública.

San Martín, Caro Coria y Reaño, según estos autores, el objeto de protección en la modalidad de tráfico de influencias ha de concretarse en la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas, como interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, consagrado en el artículo 139º, inciso 2), de la Constitución Política del Perú⁴. Se trataría de un delito que atenta contra la imparcialidad de la función pública frente a ataques lejanos o remotos, constituyéndose así en un delito de peligro.

Estos autores han señalado que *“queda claro que el comportamiento descrito por el artículo 400º del Código Penal, equivale a un comportamiento de peligro abstracto, pues basta invocar las influencias reales (en este caso) y recibir el donativo o la promesa de ventaja, con el ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor, para que el injusto quede configurado”*⁵.

Señalan también estos autores que *“la criminalización del tráfico de influencias como delito de peligro, evidencia la decisión político criminal de anticipar la punibilidad a un estadio previo a los actos de cohecho o corrupción de funcionarios, reprimiéndose desde la fase de preparación*

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César, CARO CORIA, Carlos y REAÑO PESCHIERA, José: Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. Lima: Jurista editores, 2003. p. 38.

⁵ Ibid. P. 40.

*cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional y administrativa, sin que se exija la materialización efectiva del acuerdo entre el traficante y el interesado en el ámbito de la administración pública*⁶.

Según Roger Yon Ruesta, el bien jurídico tutelado no podría ser el correcto funcionamiento ni la imparcialidad de la administración pública, pues la conducta típica se encuentra muy alejada de una posible afectación o puesta en peligro para dicho bien jurídico. En ese orden de ideas, habría que resignarse a reconocer que el bien jurídico tutelado en el artículo 400º del Código Penal de 1991, no puede ser otro que el prestigio y/o la buena imagen de la administración pública⁷.

Respecto a la relación entre los actos de tráfico de influencias y la función pública, Hurtado Pozo, señala que *“el vínculo está dado por el hecho de que la administración pública requiere gozar de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades, en beneficio del tratamiento igual de todos los que recurran a ella o estén sometidos a sus órganos. Invocar influencias reales o simuladas, con el ofrecimiento serio o no de interceder ante un funcionario o servidor público supone hacer comprender al tercero que este es corruptible y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la administración pública. Este hecho ha sido considerado por el legislador como un factor que puede crear un ambiente desfavorable para el buen funcionamiento de la administración, en especial del proceso de toma de*

⁶ Ibid. P. 27.

⁷ YON RUESTA, Róger: Tráfico de influencias. Un análisis al contenido del tipo penal. En: Themis. Número 45, 2002. P. 232.

*decisiones. Así, en esta perspectiva se puede afirmar que se trata de un delito de peligro abstracto*⁸.

Según Guimaray, *“al Estado le interesa o lo considera un valor ético social protegible, evitar o prevenir conductas que definan la administración pública como una institución endeble o influenciabile, a tal punto que los intereses particulares puedan sobreponerse al interés público, prestacional, objetivo e imparcial que define una correcta administración pública*⁹. En otras palabras, el Delito de Tráfico de Influencias, buscaría prevenir que se perciba a la administración pública como transable, endeble y en donde la existencia de influencias va a primar sobre su capacidad de investigar y administrar justicia.

Para Jesús María Silva Sánchez, el bien jurídico protegido, es *“(…) el buen funcionamiento de la administración pública. Lógicamente, las concretas figuras delictivas comprendidas en este título proceden a especificar alguna faceta de este genérico interés, protegiendo alguna de las concretas cualidades que caracterizan el buen ejercicio de la actividad administrativa (…). Es importante resaltar que no se protege a la administración con mayúscula, esto es, como organización (ni su «prestigio» o su «dignidad», como todavía se lee en ocasiones), sino a la administración con minúscula, en sentido funcional como instrumento al servicio de los ciudadanos. Por este motivo, en el título que nos ocupa no sólo se tipifican conductas realizadas por autoridades, funcionarios y personas que colaboran con la administración en el ejercicio de las*

⁸ HURTADO POZO, José: Interpretación y aplicación del artículo 400º, del Código Penal del Perú: Delito llamado de tráfico de influencia. P. 288. Disponible en: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/> Consulta: 12 de octubre de 2015.

⁹ GUIMARAY MORI, Erick: El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre tu tipicidad”. Ibid. P. 105.

funciones públicas, sino que también se recogen algunas llevadas a cabo por particulares”¹⁰.

Fidel Rojas Vargas, se orienta por la concepción funcional de la administración pública, al señalar que *“en esta perspectiva de interpretación, la administración pública desde la lectura penal, no son las instituciones, no son las jerarquías, sino que la administración pública de acuerdo al bien jurídico protegido debe ser entendida como las funciones y los servicios públicos, con las competencias y atribuciones de los funcionarios y servidores públicos. Allí es donde apunta el bien jurídico protegido, a garantizar que las atribuciones y roles de los funcionarios y servidores públicos se cumplan en una buena marcha administrativa. Entonces el bien jurídico protegido está concebido como aquel conjunto sistemático y eficiente de funciones y servicios públicos que el Estado proyecta a la sociedad, para dar calidad de vida a los pobladores de la sociedad. Y en esta conceptualización funcional de administración pública, el principal papel lo cumplen los funcionarios y servidores públicos”¹¹.*

Por su parte, Ramiro Salinas Siccha, se orienta hacia definirlo como la confianza en la administración pública, *“(…) Todos los ciudadanos deben tener confianza que sus asuntos judiciales o administrativos se van a resolver sin intromisión ajena. Los administrados deben tener confianza en la transparencia y rectitud de la administración de justicia y administrativa. Debe evitarse que determinados ciudadanos aduciendo arreglar todo a*

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.) y RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 2da Edición. Atelier. Barcelona, 2009, pp. 309-310.

¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la Administración Pública: Generalidades. En: *La Imputación del Delito y de la Pena en los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos*. Ediciones Jurídicas del Centro. Lima, 2014, pp. 106-107.

cambio de alguna ventaja patrimonial o no patrimonial, lesionen o pongan en peligro el prestigio de la justicia jurisdiccional o administrativa. El traficante de humo es quizá el que más daño hace al exteriorizar su conducta. Pues aparte de engañar y perjudicar muchas veces económicamente al interesado, pone en tela de juicio el prestigio de la justicia jurisdiccional y administrativa”¹².

La jurisprudencia nacional ha señalado que *“el delito de tráfico de influencias previsto en el artículo 400º del Código Penal, modificado por la Ley N° 28355, es un delito de peligro abstracto, pues no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo; es pues un delito de mera actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material; de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas”¹³.*

Peña Cabrera Freyre, hace referencia a los supuestos de influencias reales y simuladas precisando que *“el bien jurídico protegido, constituye el normal desenvolvimiento de la administración pública, de conformidad a los parámetros de objetividad, imparcialidad e independencia de la actividad pública, de acuerdo con un criterio teleológico y hermenéutico a la vez, de identificación únicamente en el caso de la modalidad de la influencia “real”, pues en la “simulada” no hay idoneidad alguna de poner en peligro la imparcialidad de la actuación funcional, tampoco se advierte la existencia de un objeto jurídico patrimonial, en tanto, la otra parte de la negociación,*

¹² SALINAS SICCHA, Ramiro: Delitos contra la administración pública. Lima: Iustitia: Grijley, 2011. P. 580

¹³ Recurso de Nulidad N° 4097-2008-SANTA, de fecha 28 de enero del 2010. GACETA JURÍDICA S.A.: *Los Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. Lima, 2013, p. 481.

*está formando parte de un negocio jurídico desprovisto de legalidad, incidiendo en un juicio de tipicidad negativo por el delito de estafa*¹⁴.

2.4. Sujetos:

a) Sujeto Activo.

La redacción del tipo penal del Delito de Tráfico de Influencias nos da cuenta de un tipo penal cuya realización puede atribuirse a cualquier persona, sin ninguna cualificación particular, pues no se trata de un delito especial; *“El que”* nos permite inferir que no se ha limitado en modo alguno la posibilidad de comisión a alguna circunstancia particular para ser considerado sujeto activo del delito. Sin embargo, actualmente la calidad de funcionario o servidor público es considerada una agravante en la comisión de este delito.

b) Sujeto Pasivo.

Como sujeto pasivo se concibe al Estado de manera general, al ser parte agraviada en los delitos contra la administración pública; y, como sujeto pasivo específico, a la institución pública directamente lesionada con la conducta.

Sobre este tema, doctrinariamente se ha señalado que *“debemos distinguir dos momentos de agravio: En primer lugar, el sujeto pasivo del delito (como titular del bien jurídico protegido), tanto*

¹⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho Penal. Parte Especial*. T. V, 2da Edición. Idemsa. Lima, 2013, pp. 662-663.

en el primer párrafo como en el segundo, lo será genéricamente el Estado peruano; por otro lado, el sujeto pasivo de la acción lo será concretamente la institución pública (concretamente la administración pública en el plano de la justicia jurisdiccional y en el plano de la justicia administrativa, véase el artículo 401º del Código penal), al cual pertenece no el sujeto activo (porque es el traficante), sino aquel funcionario o servidor público el cual está siendo influenciado por el sujeto activo”¹⁵.

2.5. Las Influencias Reales o Simuladas:

Respecto a la alegación de influencias, Salinas Siccha, ha señalado que *“el primer elemento objetivo que el operador jurídico debe verificar es si el sujeto activo ante un tercero interesado, ha invocado, citado, alegado o aducido tener influencias al interior de la administración de justicia o administrativa para lograr que sus funcionarios o servidores públicos se pronuncien en un sentido determinado en los procesos judiciales o administrativos; o, en su caso, el sujeto activo de modo objetivo y ante cualquier persona, evidencia en forma automática tener influencias. En este supuesto no aduce o alega tener influencias, el tercero interesado la deduce por el cargo que desempeña”¹⁶.*

¹⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal. Jurista Editores. Lima, 2015, p. 757.

¹⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro: Delitos contra la administración pública. Lima. Iustitia: Grijley, 2011. P. 587

La influencia es concebida como “(...) *la capacidad - posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada, utilizando ascendientes de distinto origen y naturaleza sobre el influenciado*”¹⁷.

La existencia de influencias reales, es conceptualizada por Peña Cabrera Freyre, cuando “*el vínculo, la cercanía, la relación del traficante de humos con el funcionario o servidor público existe en el mundo fenoménico*”¹⁸.

En el caso de las influencias simuladas, dicho vínculo es inexistente y por lo tanto el sujeto activo en modo alguno podría intervenir en el caso procesal o administrativo en que se ofrece a influir, en estos casos, la conducta va acompañada del engaño, precisamente respecto a la tenencia de influencias para generar en aquel que las compra la creencia de que efectivamente las ostenta.

2.6. El Presupuesto de la Existencia de un Caso Judicial o Administrativo:

Conforme se advierte de la descripción típica del delito bajo análisis, la acción ilícita se debe dar en el contexto de la tramitación de un caso judicial o administrativo que conozca o haya conocido determinado funcionario o servidor público sobre el que se ofrece a interceder.

¹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la Administración Pública: Generalidades. En: *La Imputación del Delito y de la Pena en los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos*. Ediciones Jurídicas del Centro, Lima, 2014, pp. 788.

¹⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Derecho Penal. Parte Especial*. T. V. 2da Edición. Idemsa. Lima, 2013, pp. 678.

Es decir, el sujeto activo con sus palabras acuerda que se contactará con el funcionario público para solucionar el problema judicial o administrativo que tenga el sujeto interesado haciendo uso de sus influencias para ello, en otros términos, es el acto en donde el sujeto activo ofrece ejercitar las influencias que posee¹⁹.

Con relación a la existencia de un caso administrativo, no existe necesidad de que el proceso sea uno de conflicto de intereses o partes, así jurisprudencialmente se ha establecido que *“si bien, en el trámite correspondiente no existe contenido inter partes, ello no le quita el carácter administrativo con que ha sido llevado el procedimiento de evaluación, calificación y propuesta para el otorgamiento del Indulto a favor del condenado Félix Pérez Ortega o José Zamora Ortega; significando, que el mismo se ha llevado a cabo conforme a las reglas y principios regulados por el Derecho Administrativo y las leyes conexas”*²⁰.

Sobre este presupuesto la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 16 de febrero de 2016, en el Expediente N° 105-2008, ha señalado que:

“Cuando el tipo penal de tráfico de influencia (sic) desarrolla dentro de su conducta típica como presupuesto objetivo el “ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo”, atendiendo al bien

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. 20ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. P. 884.

²⁰ Resolución N° 349, Recaído en el expediente N° 37-2002, de fecha 04 de junio del 2003. En: BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio: Jurisprudencia Penal Generada en el Subsistema Anticorrupción (Corrupción Gubernamental). T. II. Palestra Editores. Lima, 2006, p. 1032.

jurídico protegido, esta influencia no se encuentra dirigida a cualquier funcionario público, sino que este dirige su influencia a funcionarios de la administración de justicia jurisdiccional o de la administración de justicia administrativa, de allí que no se pueda hablar de tráfico de influencia (sic) en cualquier tipo de proceso o tramite (sic) administrativo dentro de la administración pública, sino solo en aquellos procesos en que se resuelva justicia administrativa”.

No cualquier funcionario público que conoce un caso judicial o administrativo puede ser destinatario de la intervención, sino solo aquel que tiene facultades jurisdiccionales. Aunando a esta idea, el Doctor Salinas Siccha, *sostiene respecto al funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, que no se trata de cualquier funcionario o servidor público, sino solo a aquel que ejerce funciones al interior de la administración de justicia en el ámbito jurisdiccional o administrativo.* En este mismo sentido la Corte Suprema, ha señalado que *“en lo que respecta al delito de corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias, debe señalarse que, cuando el tipo penal del artículo cuatrocientos del código penal, hace referencia al “ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo” indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo”.*

CAPÍTULO III
“EL ACTO ADMINISTRATIVO”

3.1. Definición:

Doctrinariamente se ha definido al acto administrativo como la declaración o decisión, mediante la cual, la autoridad administrativa declara, decide o toma medidas en orden de interés público, cuya satisfacción le ha sido confiada, ejerciendo la potestad que para tal fin se le atribuye, cuyo ejercicio incidirá correlativamente en las situaciones jurídicas de los administrados; en estos términos el acto administrativo se concibe en el marco de normas de derecho público, como una declaración de la función administrativa²¹.

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, define en el numeral 1.1) del artículo 1°, el concepto de acto administrativo, precisando lo siguiente:

Artículo 1: Concepto de Acto Administrativo.

Numeral 1.1): Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Respecto al acto administrativo, el jurista Juan Carlos Morón Urbina, ha señalado que *“uno de los cambios de visión más importantes producidos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en comparación con sus antecedentes nacionales, ha sido el nuevo tratamiento jurídico para la relación acto administrativo y procedimiento administrativo. Para los antecedentes inmediatos de la nueva ley, el acto*

²¹ CABRERA VASQUEZ, Marco y QUINTANA VIVANCO, Rosa: Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. 2 edición. Ediciones Legales. Lima- Perú, Marzo, 2008, pág. 148.

administrativo era un fenómeno unitario producido a consecuencia del procedimiento administrativo seguido por la autoridad, por lo que el eje de las categorías y del discurso administrativo giraba en torno al procedimiento administrativo. La nueva ley (Ley vigente) da al acto administrativo un tratamiento independiente y equiparado al procedimiento administrativo, reservando para la materia el Título I de la Ley. Pero además también se quiso clarificar que el concepto de acto administrativo no sólo se manifiesta en la decisión constitutiva de la resolución del procedimiento, también denominado acto administrativo final, sino que a lo largo del procedimiento se van sucediendo diversos actos administrativos, siendo éstos denominados actos de trámite”.

3.2. Requisitos de Validez del Acto Administrativo:

El artículo 3º de la LPAG, detalla los requisitos que debe poseer todo acto administrativo para ser válido, pues tal como lo señalan Gamero y Fernández, *“los elementos de los actos administrativos son aquellos componentes que deben reunir para alcanzar validez, y por consiguiente, cuya carencia determina la imperfección o invalidez del acto”*²².

3.2.1. Competencia:

Según el numeral 1) del artículo 3º de la LPAG, el acto administrativo debe *“ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión”*.

²² GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: Manual básico de derecho administrativo. Editorial Tecnos. Novena edición. España, septiembre, 2013, pág. 402.

Asimismo, respecto a la competencia debemos señalar las formas de transferencia de competencia administrativa, que son:

Delegación: Debe ser expresa y contener, en el mismo acto, una clara y concreta enunciación de las tareas, facultades y deberes que comprende la transferencia de competencia.

Avocación: El órgano superior puede asumir el ejercicio de las competencias propias de sus órganos inferiores jerárquicos, avocándose al conocimiento y decisión de cualquier cuestión concreta, salvo norma legal o reglamentaria en contrario.

Sustitución: EL superior común a dos órganos puede disponer la transferencia de la competencia de uno a otro en procedimientos concretos, cuando las necesidades del servicio lo hagan conveniente, salvo que la norma legal o reglamentaria lo prohíba. El acto de sustitución produce efectos desde su notificación.

Subrogación: En caso de excusación o recusación, la competencia se transfiere del órgano excusado o recusado al subrogante previsto en el ordenamiento jurídico. A falta de previsión, deberá ser designado por el superior jerárquico del órgano subrogado.

Suplencias: Las ausencias temporales o definitivas de funcionarios públicos deben ser cubiertas por el suplente previsto en

el ordenamiento jurídico. A falta de previsión normativa asume la competencia el superior jerárquico inmediato que éste designe²³.

3.2.2. Objeto o Contenido:

El numeral 2) del artículo 3º de la LPAG, explica respecto de este requisito, señalando que *“los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación”*.

Sobre este requisito, Cervantes Anaya, ha señalado: *“El objeto comprende: Las materias que necesariamente forman parte del acto y sirven para individualizarlo (contenido natural), las cuestiones mandadas a contener por imperio de la ley (contenido implícito) y las cláusulas que la voluntad estatal pueda introducir adicionalmente en forma de condición, término o modo (contenido eventual)”*.

Por otra parte, en cuanto a sus requisitos, el objeto tiene que ser lícito, esto se refiere a que el objeto no debe ser prohibido por el orden normativo, pudiendo ser ilegítimo el objeto o contenido de un acto que viole a la constitución, ley, reglamento, circular, acto administrativo anterior estable e inclusive a la moral y las buenas costumbre; resultando el acto que atentase contra la moral, nulo y su vicio insubsanable, debido a la exigencia de que la validez de todo acto

²³ CABRERA VASQUEZ, Marco y QUINTANA VIVANCO, Rosa: Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. 2 edición. Ediciones Legales. Lima- Perú, Marzo, 2008, p. 154-155.

jurídico o administrativo tenga una base ética o moral, que constituye un verdadero principio general de derecho.

Así también, al señalar que el objeto debe ser cierto, significa que el acto no debe ser discordante con la situación de hecho reglada por las normas. Por ejemplo, para aplicar a un agente público una sanción disciplinaria debe darse el antecedente previsto en la norma para la aplicación de aquella y dándose tan antecedente o hecho, debe aplicarse la consecuencia o sanción prevista únicamente en la norma.

Del mismo modo al hacer referencia que el acto tiene que ser posible, se colige que la precisión y certeza, físico y Jurídica del objeto deben ser razonables y posibles de hecho.

Finalmente, al señalar que el acto debe ser determinado o determinable, nos referimos a la necesidad de saber de qué especie de acto se trata, a que personas o cosas afecta, y en tiempo y lugar habrán de producirse los efectos deseados, es decir, poder precisar la disposición adoptada por la autoridad administrativa”²⁴.

En conclusión, los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

²⁴ CERVANTES ANAYA, Dante: Manual de Derecho Administrativo. Editorial Rodhas. Quinta Edición. Febrero, 2006, Lima. Pág. 195.

3.2.3. Finalidad Pública:

El numeral 3) del artículo 3º de la LPAG, señala que los actos administrativos deben *“adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad”*.

Es por ello, que la finalidad que se procura al dictar cualquier acto administrativo debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico, pues el fin del derecho administrativo es el interés público concreto²⁵.

3.2.4. Motivación:

Según el numeral 4) del artículo 3º de la LPAG, establece que *“el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”*.

Sobre este requisito se ha señalado: *“La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. Está contenida dentro de lo que*

²⁵ CABRERA VÁSQUEZ, Marco y QUINTANA VIVANCO, Rosa: Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. Segunda Edición. Ediciones legales. Lima- Perú, Marzo, 2006. Pág. 157.

usualmente se denomina considerandos. La constituyen, por lo tanto, los presupuestos o razones del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica del acto administrativo, con que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión. Es decir, son las razones de hecho y de derecho que dan origen a la emisión, aclaran y facilitan la recta interpretación de su sentido y alcance por constituir un elemento esencial del acto administrativo”²⁶.

Para Gamero y Fernández, la motivación de los actos administrativos reviste una triple finalidad²⁷:

✓ Operar como mecanismo de control del acto administrativo, pues al consignar en la motivación el fundamento del acto, su destinatario puede oponerse al mismo destruyendo su motivación, esto es, demostrando la ilegalidad o iniquidad de las razones que la administración declara como sustentadoras del acto.

✓ Precisar con mayor certeza y exactitud el contenido de la voluntad administrativa, lo que constituye un importante elemento interpretativo del acto. En este sentido, la motivación sirve asimismo al objeto de disuadir al destinatario de impugnaciones inútiles. Cuando la motivación sea irrefutable, no se interpondrán recursos infructuosos, que sin embargo acontecerían de no aparecer en el acto motivación alguna.

✓ Servir como elemento justificativo de la actividad administrativa ante la opinión pública en general.

²⁶ CABRERA VÁSQUEZ, Marco y QUINTANA VIVANCO, Rosa. Op. cit. Pág. 158.

²⁷ GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Op cit, pág. 407.

3.2.5. Procedimiento Regular:

Requisito previsto en el numeral 5) del artículo 3º de la LPAG, que afirma que *“antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación”*.

En caso el acto administrativo no cumpla con algunos de estos requisitos para su emisión, el particular perjudicado por el vicio o error cometido por la autoridad queda facultado para plantear su nulidad a través de los recursos administrativos. Cabe indicar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe el recurso de nulidad, sino que la pretensión de nulidad debe ser formulada dentro del recurso de apelación o, si fuera el caso, el de revisión²⁸.

3.3. Clases de Actos Administrativos:

²⁸ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo 11º.- Instancia competente para declarar la nulidad, 11.1.- Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III, Capítulo II, de la presente Ley. (...) Cabe precisar que el recurso de reconsideración solo procede cuando se presenta nueva prueba y, por tanto, solo versa sobre cuestiones fácticas; por esa razón, el recurso de reconsideración no es el recurso idóneo para pedir la nulidad de un acto administrativo, que versa sobre cuestiones de validez del acto. A diferencia de ello, los recursos de apelación y revisión proceden por vicios o errores cometidos por la primera instancia sobre cuestiones fácticas o jurídicas, razón por la cual son estos recursos bajo los cuales se debe solicitar la nulidad de un acto administrativo. Para más detalle sobre los requisitos para la interposición de los distintos tipos de recursos regulados en nuestro ordenamiento administrativo se puede ver el capítulo III, de la presente Guía.

a) Según sus Efectos.

✓ **Generales:** Son aquellos que interesan a una pluralidad de sujetos de derecho, sea formado por un número determinado o indeterminado de personas.

✓ **Individuales:** Es el acto destinado a un solo sujeto de derecho, el cual es además un acto de efectos particulares.

b) Según su Contenido.

✓ **Definitivos y de Trámite:** El acto administrativo definitivo, es el que pone fin a un asunto; y, en cambio el acto administrativo de trámite, es el de carácter preparatorio para el acto definitivo.

✓ **Favorables o Ampliatorios y de Gravamen:** Según el cual sea la incidencia favorable (creando un derecho, una facultad o una posición de ventaja o beneficio o desventaja) o desfavorable (imponiendo deberes, gravámenes, limitaciones o prohibiciones). Dependiendo del resultado uno y otro seguirán reglas e intensidades distintas.

c) Según la Manifestación de la Voluntad.

✓ **Expresos:** La manifestación de la voluntad que produce el acto administrativo, es expresa y formal, conteniendo el acto y una serie de requisitos que deben manifestarse por escrito.

✓ **Tácitos:** La Ley admite la figura de la manifestación de voluntad tácita de la administración pública, que se deriva de la aplicación del silencio administrativo.

d) Según el Contenido de Situaciones Jurídicas.

✓ **Constitutivos:** Los actos pueden diferenciarse en actos constitutivos cuando crean, modifican o extinguen relaciones o situaciones jurídicas

✓ **Declarativos:** Cuando se limita a acreditar relaciones existentes sin posibilidad de alterarlas.

e) Según el Procedimiento Administrativo.

✓ **Actos de Trámite:** Comprende un conjunto de decisiones administrativas dirigidas a preparar la materia y dejarla expedita para la decisión final.

✓ **Actos Resolutorios:** Son las resoluciones definitivas que atendiendo al fondo del asunto las autoridades emiten.

✓ **Actos de Ejecución:** Son los actos de coerción que realizan las autoridades administrativas con la finalidad de llevar a cabo en la práctica material la decisión ejecutiva de la administración.

f) Personales y Reales.

✓ **Personales:** Aquellos que regulan de modo directo y concreto la posición jurídica o la conducta de los administrados.

✓ **Reales:** Están dirigidos a concretar situaciones jurídicas patrimoniales, por medio de las cuales, se califican la regularidad de una actividad o constituyen aptitudes jurídicas de bienes o actividades de personas.

g) Según el Órgano del que Emanan.

✓ **Unipersonal:** El acto es denominado comúnmente resolución o decisión administrativa.

✓ **Colegiado:** El acto adopta la denominación de acuerdo.

h) Según el Número de Órganos que Intervienen.

✓ **Simple:** El acto simple, es aquel cuya declaración de voluntad proviene de una sola instancia.

✓ **Complejos:** Lo regular es que los actos administrativos provengan del concurso de dos o más órganos administrativos, de uno o varios organismos, donde cada uno de ellos aporta elementos dirigidos a obtener una unidad decisoria común integrada en un solo acto

3.4. Elementos del Acto Administrativo:

El sujeto del acto administrativo, es el órgano que en representación del Estado formula la declaración de voluntad. Dicho órgano cuenta con una competencia, la cual constituye el conjunto de facultades del mismo.

✓ **La Competencia:** Es la cantidad de poder público que tiene el órgano para dictar un acto. Así el órgano únicamente ejerce el poder del Estado que se encuentra en su competencia. Hay en los actos administrativos una persona física que formula la declaración de voluntad, persona que se encuentra investida de poderes públicos y, precisamente, por esa característica no expresa su voluntad particular, sino ejercita el poder de su dignidad.

✓ **La Causa:** Debe apreciarse la norma y en las circunstancias que han dado motivo al acto, lo que es vinculado al interés público y significa lo mismo que el motivo o motivos dominantes.

✓ **El Objeto:** Es el contenido del acto, es decir, la disposición concreta del administrador, lo que éste manda y dispone, pudiendo ser positivo o negativo.

✓ **La Forma de la Voluntad Administrativa:** Es, por ende, no solo requisito de procedimiento, sino la generación de la decisión, de la voluntad, que tiene un aspecto formal propiamente dicho y otro material o sustantivo.

✓ **La Finalidad:** Es un elemento dirigido a satisfacer las exigencias del interés público, su desviación puede originar la nulidad del acto y las responsabilidades del funcionario.

✓ **La Moral:** Se basa en el recto comportamiento o la buena fe, la pureza de intenciones y el respeto al orden jurídico.

CAPÍTULO IV

“LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA”

4.1. Discrecionalidad Jurídica:

Este concepto, que inicia el debate, señala que entre los niveles de norma (superior e inferior) existía una relación de determinación que no podía ser absoluta, por lo que se generaban márgenes que debían ser completados por el operador judicial. A esta libertad aplicada a la pirámide normativa, es que se consideraba que era posible que el juez completara el vacío normativo a través de la discrecionalidad. Esta indeterminación algunas veces estaba motivada de manera intencional, es decir, por la propia voluntad del legislador y a la cual denominó "*indeterminación voluntaria*". La otra posibilidad no se originaba de tal intención sino de los problemas de interpretación y a la que llamó "*indeterminación involuntaria*". Esta discrecionalidad aparece sobre todo en los casos en que la interpretación conlleve a varias posibilidades de solución y para lo cual se utiliza criterios de valor²⁹.

Para Hart, la discrecionalidad jurídica puede ser fuerte o formal (la que proviene de la delegación expresa del poder de decisión) e instrumental o informal (que proviene de las impresiones del lenguaje que se generan en el derecho)³⁰.

²⁹ KELSEN, Hans. 1973. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Traducción Moisés Nilve. Décimo primera edición. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires. p. 167.

³⁰ LIFANTE VIDAL, Isabel. 2002. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. DOXA. Alicante. N° 25. Págs. 413-439. Consulta el 23 Julio del 2010.

Como podemos apreciar, la discrecionalidad se relaciona con los márgenes o rangos que la Ley otorga a los operadores jurídicos para su aplicación e interpretación, la misma que debe respaldarse en conceptos de legalidad y debida motivación, a fin de que se encuentre acorde con su finalidad.

4.2. Discrecionalidad Administrativa:

En cuanto a este apartado, existen diversas conceptualizaciones que buscan definir el contenido de la discrecionalidad administrativa; uno de ellos, es el dado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, quienes han señalado que *“la discrecionalidad administrativa comporta un elemento sustancialmente diferente”*. La inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular³¹.

Estos autores además señalan que *“la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o si se prefiere entre indiferentes jurídicos, por que la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración”*³².

4.3. Grados y Tipos de Discrecionalidad Administrativa:

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNANDEZ. 2006. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Duodécima edición. Lima-Bogotá. Palestra-Temis. p. 492.

³² Ib Idem. p. 497.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 090-2004-TC, de fecha 05 de julio de 2004, hizo alusión tanto a los diversos tipos de discrecionalidad como a los grados de arbitrio que éstas permiten.

Así, respecto a los grados de arbitrio que permite la discrecionalidad ha establecido:

a) La Discrecionalidad Mayor.

Es aquélla en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

b) La Discrecionalidad Intermedia.

Es aquélla en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

c) La Discrecionalidad Menor.

Es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley.

Por otra parte, establece una clasificación de la discrecionalidad administrativa, señalando lo siguiente:

a) La Discrecionalidad Normativa.

Consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y, reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas, atribuciones o funciones encomendadas por ella.

b) La Discrecionalidad Planificadora.

Se la entiende como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa. Para tal efecto, será necesario determinar la relación de objetivos, políticas, programas y procedimientos compatibles con los recursos materiales y humanos disponibles.

c) La Discrecionalidad Política.

Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política.

Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc. Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales.

d) La Discrecionalidad Técnica.

Se define como el arbitrio para valorar o seleccionar dentro de una pluralidad de opciones un juicio o un procedimiento científico o tecnológico.

Asimismo, doctrinariamente se ha hablado también de las siguientes clases de discrecionalidad:

a) La Discrecionalidad Reglamentaria.

Se deriva de la potestad reglamentaria que tiene la administración de efectuar el desarrollo de una norma superior y cuya función no puede extralimitar los contenidos que dispone la Ley que lo autoriza.

Esta clase de discrecionalidad está sujeta a una labor de control, en nuestro caso, a través del proceso de Acción Popular, el cual, de conformidad con el artículo 75º del Código Procesal Constitucional, tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Su competencia es exclusiva del Poder Judicial, por lo que estamos ante un caso de Justicia Constitucional, pero no en jurisdicción constitucional, sino en sede ordinaria.

b) La Discrecionalidad de Iniciativa.

Se hace referencia a la iniciativa de la administración y se refiere a la capacidad que nace del principio de legalidad para crear servicios, promover actividades públicas o acordar prestaciones o medidas de fomento y asistencia; correspondiéndole a la administración determinar la forma y el momento de ejercerla. Su control es político, pero también es ejercido por la sociedad organizada.

c) La Discrecionalidad Táctica.

Esta discrecionalidad es de carácter excepcional y permite a la administración tomar medidas rápidas y eficaces, a fin de no paralizar su actuar, viene a darse con ocasión de circunstancias como

desastres y su control está a cargo de los organismos de control. Está relacionada con el desarrollo de las actividades de la administración.

4.4. Jurisdicción Administrativa:

Respecto a la posibilidad de que exista una denominada jurisdicción administrativa, se ha señalado que, dado que las decisiones discrecionales de la administración no revisten calidad de cosa juzgada, no podemos hablar de una jurisdicción por sí misma, por lo que no es plenamente eficaz al poder trasladarse al denominado “*fuero ordinario*”.

En ese sentido, Castillo Córdova, ha señalado que *“no existe la jurisdicción administrativa, de ahí que lo acertado es admitir que en todo caso la administración pública tiene atribuidas potestades cuasi judiciales”*³³.

Posición en contrario fue la dada por el jurista Rafael Bielsa³⁴, quien hace ya bastantes años atrás se pronunció a favor de la existencia de una jurisdicción administrativa al señalar que *“en efecto, los tribunales judiciales han perdido totalmente, por virtud del principio de separación de los poderes, la función pretoriana que hizo flexible y amplio al derecho romano en su período constructivo. Y si el principio de separación de los poderes es alabable y lo defendemos, por su certeza principal, decimos con respecto al derecho administrativo, que es aún un derecho en formación, que esa función jurisdiccional pretoriana debe realizarse, pero dentro del poder administrador; en suma, mediante la justicia en la administración pública”*.

³³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis: Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC?. En: La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional. N.º 1. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 79.

³⁴ BIELSA, Rafael: Derecho Administrativo. Tomo V. Buenos Aires: La Ley, 1966. P. 116-118.

No sólo se aduce esto porque el derecho administrativo es todo un derecho en constante formación, sino porque el tribunal de lo contencioso administrativo como órgano del propio poder administrador (por eso hablamos de administración "*jurisdiccional*" a diferencia de administración "*activa*") realiza una función de contralor administrativo constante, en defensa del derecho y de la moralidad administrativa.

En esa función, el tribunal de esa índole puede hacer prevalecer, fundado en principio de justicia y de equidad (y aun de moralidad), una solución que se conforme a la conveniencia de la administración pública, o sea del interés público, sólo que sus decisiones vienen a tener el valor de fuente de derecho. Se trata, como se dijo, de una forma de creación del derecho.

Pues bien, en la jurisdicción administrativa el campo de creación de la norma jurídica (de fuente jurisprudencial) es aún mayor que en la jurisdicción judicial (civil, comercial, etc.).

En suma, los tribunales administrativos por definición no forman parte del Poder Judicial, sino del Poder administrador, de ahí que se hable propiamente de una "*jurisdicción administrativa*".

El ejemplo de Francia, es bien elocuente y demostrativo. Esa jurisdicción fue creada por la revolución, recelosa de los tribunales judiciales, especialmente los antiguos parlamentos.

Para el citado jurista, la jurisdicción administrativa resuelve en un acto jurisdiccional, el cual según ha señalado debe entenderse en un doble sentido³⁵:

a) En Sentido Material.

Es acto jurisdiccional, la decisión (cualquiera sea el poder del cual el acto emana) por la que se resuelve una cuestión de derecho promovida al invocarse ante un poder del Estado una violación de ley. Es pues, acto jurisdiccional en sentido material, toda decisión judicial o administrativa o legislativa, por la que se declara y aplica una disposición de derecho, en virtud de haberse cuestionado la violación de una ley (en sentido lato: Constitución, Ley, Reglamento).

De ahí, que los actos de índole disciplinaria, v. gr., por los que se prevé una sanción de esa clase, sean también jurisdiccionales. Y lo son por la materia del acto (es decir, la resolución que se dicta en el caso de violación de la ley).

El recurso o la acción que provoca la decisión jurisdiccional puede tener por objeto, ya sea la defensa de un derecho subjetivo (nacido de ley o de contrato) y/o objetivo. No importa la distinta naturaleza del derecho cuya violación se invoca para que haya acto jurisdiccional. Lo que importa (y es esencial) es que impugnándose una disposición o decisión violatoria de un derecho o de un interés legítimo se decida en consecuencia sobre ese derecho. Esa decisión es acto jurisdiccional.

³⁵ Ib ídem.p. 118-119.

La sentencia judicial o el decreto administrativo que revoca o confirma un acto impugnado, lo mismo que el fallo del Senado son actos jurisdiccionales en sentido material.

b) En Sentido Formal.

Son actos jurisdiccionales los que emanan de un poder u órgano jurisdiccional, v. gr., un tribunal judicial, un tribunal administrativo, un tribunal o comisión disciplinaria, un consejo de guerra, etc. Pero las decisiones de esos órganos o tribunales son también actos jurisdiccionales en sentido material.

4.5. Presupuesto para el Delito de Tráfico de Influencias:

Como hemos señalado, en el Delito de Tráfico de Influencias, la acción ilícita se debe dar en el contexto de la tramitación de un caso judicial o administrativo que conozca o haya conocido determinado funcionario o servidor público sobre el que se ofrece interceder.

Es decir, el sujeto activo con sus palabras acuerda que se contactará con el funcionario público para solucionar el problema judicial o administrativo que tenga el sujeto interesado haciendo uso de sus influencias para ello, en otros términos, es el acto en donde el sujeto activo ofrece ejercitar las influencias que posee³⁶.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. 20ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p. 884.

Con relación a la existencia de un caso administrativo, no existe necesidad de que el proceso sea uno de conflicto de intereses o partes, así jurisprudencialmente se ha establecido que *“si bien, en el trámite correspondiente no existe contenido inter partes, ello no le quita el carácter administrativo con que ha sido llevado el procedimiento de evaluación, calificación y propuesta para el otorgamiento del Indulto a favor del condenado Félix Pérez Ortega o José Zamora Ortega; Significando, que el mismo se ha llevado a cabo conforme a las reglas y principios regulados por el Derecho Administrativo y las Leyes conexas”*³⁷.

Sobre este presupuesto la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 16 de febrero de 2016, en el Expediente N° 105-2008, ha señalado que:

“Cuando el tipo penal de tráfico de influencia (sic) desarrolla dentro de su conducta típica como presupuesto objetivo el “ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo”, atendiendo al bien jurídico protegido, esta influencia no se encuentra dirigida a cualquier funcionario público, sino que este dirige su influencia a funcionarios de la administración de justicia jurisdiccional o de la administración de justicia administrativa, de allí que no se pueda hablar de tráfico de influencia (sic) en cualquier tipo de proceso o trámite (sic) administrativo dentro de la administración pública, sino solo aquellos procesos en que se resuelva justicia administrativa”.

³⁷ Resolución N° 349, Recaído en el Expediente N° 37-2002, de fecha 04 de junio del 2003. En: BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio: Jurisprudencia Penal Generada en el Subsistema Anticorrupción (Corrupción Gubernamental). T. II. Palestra Editores. Lima, 2006, p. 1032.

No cualquier funcionario público que conoce un caso judicial o administrativo puede ser destinatario de la intervención, sino solo aquel que tiene facultades jurisdiccionales. Aunando a esta idea, el Doctor Salinas Siccha, *sostiene respecto al funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, que no se trata de cualquier funcionario o servidor público, sino solo a aquel que ejerce funciones al interior de la administración de justicia en el ámbito jurisdiccional o administrativo.* En este mismo sentido la Corte Suprema, ha señalado *“en lo que respecta al delito de corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias, debe señalarse que, cuando el tipo penal del artículo cuatrocientos del código penal, hace referencia al “ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo” indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo”.*

CAPÍTULO V

“ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS”

5.1. Análisis y Discusión de Resultados:

Luego de definido el problema a investigar, formulados los objetivos y propuesta la hipótesis, se hace necesario determinar los elementos sobre los que se va a llevar a cabo el estudio o investigación, en este caso se analizaron pronunciamientos emitidos por el Ministerio Público en las investigaciones fiscales en el Departamento de Lambayeque relativas al Delito de Tráfico de Influencias, a efectos de identificar los pronunciamientos en los que se haya emitido un pronunciamiento de archivo de la investigación y determinar en cuántos de ellos se tuvo como fundamento la circunstancia expuesta como situación problemática, es decir, los casos en los que nos encontramos frente a archivos de investigaciones atendiendo a que las influencias alegadas se dieron fuera del contexto del denominado caso administrativo, fuera del ámbito de la jurisdicción administrativa o “*discrecionalidad administrativa*”.

Lo que se pretende corroborar con los hallazgos obtenidos con los elementos descritos líneas arriba, es un problema recurrente y consistente en la impunidad en la que recae el Delito de Tráfico de Influencias, en los casos en que no se trate de un caso sometido a un tribunal administrativo o sometidos a la “*discrecionalidad administrativa*”, casos en los que de igual forma se afecta el bien jurídico protegido.

5.2. Presentación de la Información Obtenida:

En este apartado se presenta los resultados obtenidos luego de la recopilación de datos que se han practicado como parte de la investigación; así podemos señalar que debido al tema materia de la investigación ha sido bastante difícil acceder a los casos ventilados ante el Ministerio Público, por las reservas que implica la especialidad en delitos de corrupción de funcionarios.

Sin embargo, se ha logrado realizar la verificación de veinte (20) casos seguidos por el Delito de Tráfico de Influencias, siete (7) de ellos han sido archivados, bajo las premisas que plantean la problemática expuesta; casos que a continuación procedemos a exponer de manera breve:

Caso N° : 01.
Delito : Tráfico de Influencias y Otros.
Agraviado : El Estado.
Imputados : Pedro Mazure Espejo y Otro.

Hechos Denunciados:

De la denuncia del 18 de setiembre del 2016, formulada por Luis Alberto Orrego Alvarado (folios 01 a 14), se tienen como hechos de relevancia penal los siguientes:

a) El denunciante refiere que los denunciados iniciaron el procedimiento de inscripción ante los Registros Públicos, en representación de la “*Distribuidora Europa de Ediciones*”, como una Sociedad Anónima Cerrada.

b) Sin embargo, el Registrador Público, realizó diversas observaciones, respecto a la denominación o razón social “*La Distribuidora Europa de Ediciones*”, la misma que ya ha sido utilizada previamente por el denunciante para inscribir su empresa.

c) Es el caso, que el denunciado, se habrían valido de las influencias del codenunciado, quien se desempeña como asistente registral, para interceder con el Registrador Público, que en un principio formuló observaciones y que sería una persona allegada al mismo por tratarse de su jefe, logrando inscribir la Sociedad Anónima Cerrada con similar denominación social que la empresa del denunciante.

Fundamentos del Archivo Fiscal:

El señor Fiscal Provincial, sustenta la Disposición N° Uno, de fecha 03 de octubre del 2016, en base a los siguientes argumentos:

a) Respecto del Delito de Tráfico de Influencias, la denuncia parte de lo subjetivo, al asegurar que el codenunciado habría recurrido al Registrador Público, quien es su jefe, para que inscriba la Sociedad Anónima Cerrada con similar denominación social que la empresa del denunciante, en base únicamente a que ambos tendrían una relación laboral; no existiendo ningún elemento de convicción serio, ni indicio razonable que haga presumir la existencia de este delito.

b) Finalmente, refiere que en el supuesto negado que haya existido tal influencia, la misma no resulta típica del Delito de Tráfico de Influencias, ya que no se trata de un proceso judicial o administrativo con facultades jurisdiccionales o de administración de justicia, sino de una inscripción registral que no es abarcada por el supuesto protegido por la norma penal que establece el referido delito.

Caso N° : 02.
Delito : Tráfico de Influencias.
Agraviado : El Estado.
Imputada : Karen Ruth Padilla Tenorio.

Hechos Denunciados:

De la denuncia del 28 de diciembre del 2015, formulada por Miriam Doris Senmache Requejo (folios 01 a 17), se tiene como hechos de relevancia penal los siguientes:

a) La denunciante es personal nombrada de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción de Empleo del Gobierno Regional de Lambayeque, desempeñando el cargo de Técnico Administrativo de la Oficina de Registros Administrativos de la Dirección de Empleo y Formación Profesional, al 26 de setiembre del 2016, siendo su jefe inmediato el Abogado Francisco Alberto Guzmán Enríquez.

b) El día 26 de setiembre del 2016, a las 21:30 horas aproximadamente, la Fiscal Provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Dra. Ana Zegarra Azula, llegó a su domicilio, solicitándole que la acompañe al Centro de Empleo donde labora, requerimiento al que accedió. Al abordar el vehículo que la trasladaría hasta su centro de labores, se percató que en su interior se encontraba el chofer, una persona de sexo femenino a la que posteriormente identificaría como Karen Ruth Padilla Tenorio, la Fiscal Ana Zegarra Azula y el Gerente de la Gerencia Regional de

Trabajo y Promoción de Empleo de Lambayeque, abogado Badi Omar Effio Arroyo.

c) Al llegar, bajaron todos menos Karen Ruth Padilla Tenorio e ingresaron a su centro de labores, donde la Fiscal Ana Zegarra Azula, le pidió la clave de su computadora, después ingresaron la clave y abrieron el documento Word denominado “Constancia de Inscripción”, ubicado en el registro de empresas promocionales para personas con discapacidad a nombre de “Jhoma Constatistas SAC”; documento que tenía como última fecha de impresión las 05:09 horas, del día 26 de setiembre del 2016; se precisa que sobre la base de ello y teniendo en cuenta el reporte de registro de asistencia de dicho día, que daba cuenta que la servidora Miriam Doris Senmache Requejo, se retiró a las 17:43:08 horas, la Fiscal Ana Zegarra, concluyó que la aludida “Constancia” había sido elaborada por Miriam Doris Senmache Requejo; así mismo, en base a la versión del vigilante de dicha entidad José Napoleón Altamirano Arrascue, también se sostuvo - a modo de imputación - que Miriam Doris Senmache Requejo, había falsificado la firma del Director del Centro de Empleo Francisco Alberto Guzmán Enríquez; falsificación que yacía en la referida constancia; siendo que desde entonces la Fiscal Ana zegarra Azula, le comunicó a la servidora Miriam Doris Senmache Requejo, que tenía la condición de detenida.

d) Por versión de la Fiscal Ana Zegarra Azula, tomó conocimiento de que horas antes habían montado un operativo para intervenir al vigilante José Napoleón Altamirano Arrascue, a quien se le encontró la suma de s/.1,000.00 soles; dinero que le había sido entregado por Guillermo Erick Suárez Padilla, a cambio de que se le entregara la “Constancia de Inscripción” a nombre de “Jhoma Contratistas SAC”; y en tal contexto se sostuvo que aquellos

s/.1,000.00 soles, habían sido requeridos a través del vigilante por la denunciante.

e) Los hechos descritos dieron origen a la Carpeta Fiscal N° 2406075500-2016-406-0, y el posterior requerimiento de prisión preventiva contra la denunciante; pedido que fue declarado fundado, ordenándose la internación de la referida persona por el periodo de ocho (8) meses en el Centro Penitenciario de Chiclayo, al imputársele los delitos de Cohecho Activo Pasivo Impropio y Falsificación de Documentos.

f) El operativo antes señalado habría sido direccionado por la Fiscal Karen Ruth Padilla Tenorio, y el denunciante Guillermo Erick Suarez Padilla, habría sido utilizado por ésta, no para denunciar un acto de corrupción en el que se ponga en evidencia que funcionarios o servidores del Centro de Empleo Lambayeque, hayan solicitado una ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo, sino para buscar prueba idónea que permita incriminar a los servidores Francisco Alberto Guzmán Enríquez y Miriam Doris Senmache Requejo.

g) Señala la denunciante, que la Fiscal Karen Ruth Padilla Tenorio, habría actuado motivada por el Gerente Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lambayeque, Badi Omar Effio Arroyo, pues éste le habría ofrecido como beneficio o ventaja por realizar el operativo, trabajo a Jesús José Dávila Mego, quien sería esposo y padre de uno de sus hijos, por lo que la Fiscal Karen Ruth Padilla Tenorio, habría actuado de manera concertada con las Fiscales Anticorrupción Ana Zegarra Azula y Cynthia Pérez Sandoval, *“(…) para que en ejercicio de sus funciones establezcan a como dé lugar*

la responsabilidad penal de los servidores Francisco Alberto Guzmán Enríquez y su Secretaria Mriaim Doris Senmache Requejo”.

h) Por ello, es que luego del operativo se habría difundido en la plataforma YOUTUBE, cuatro audios donde se escucharía a Guzmán Enríquez, sostener un diálogo con un tercero con quien pacta honorarios como abogado para patrocinar un procedimiento administrativo ante la Dirección de Inspecciones de la GRT-L, situación que motivó a que sea suspendido en su cargo, “(...) *para luego proceder a designar indebidamente en su lugar al esposo de la Fiscal Karen Ruth Padilla Tenorio, al señor Jesús José Dávila Mego (...)*”, sin considerar que no se trata de un cargo de confianza sino de carrera, y que además Dávila Mego, no reunía los requisitos establecidos en el Manual de Organización y Funciones de la Entidad para acceder al cargo, siendo la única motivación que tuvo Badi Omar Effio Arroyo, en su condición de Gerente Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, para designar a Jesús José Dávila Mego, en el cargo de Director del Centro de Empleo de Lambayeque, el hecho de que Padilla Tenorio “(...) *cumplió con dirigir el operativo con relativo éxito bajo la complicidad de su primo el señor Guillermo Erick Suarez Padilla, pues logró imputar responsabilidad penal a Miriam Doris Senmache Requejo*”.

i) Quien habría accedido al cargo de Secretaria de la Oficina de Registros Administrativos de la Dirección de Empleo y Formación Profesional de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, fue Mónica Roxana Taboada Rodríguez, para lo cual también habría participado pagando la gestión de tráfico de influencias que habría desarrollado la Fiscal Karen Ruth Padilla Tenorio, quien armó el operativo con el ánimo de favorecer a Jesús José Dávila Mego y a Guillermo Erick Suárez Padilla, a solicitud del

Gerente Regional de Trabajo Badi Omar Effio Arroyo, hecho que se evidenciaría del diálogo que sostendría la propia Padilla Tenorio con un desconocido y que formaría parte de los audios que obran en la fiscalía producto de la intervención policial.

Fundamentos de la Decisión Impugnada:

El señor Fiscal Provincial, sustenta la Disposición N° 03, de fecha 28 de setiembre del 2017 (a folios 316 a 331), en base a los siguientes argumentos:

a) Guillermo Erick Suarez Padilla, sostuvo que realizó la denuncia contra los funcionarios del CEL, porque le pidieron dinero en un trámite para obtener una constancia, por lo que se comunica con su prima, la fiscal investigada, quien lo contacta con su amigo el Gerente Regional de Trabajo, Badi Omar Effio Arroyo, con quien interpone la denuncia, lo que ha sido corroborado con la declaración de la Fiscal Ana Zegarra Azula, responsable de la investigación que generó la denuncia y quien realizó el operativo.

b) Se ha corroborado que Jesús José Dávila Mego, laboró en la GRTPE, desde enero hasta diciembre del 2016, siendo falso que haya ingresado a laborar luego de que sucedió la intervención fiscal, y no existe elemento de convicción que permita sostener de manera indubitable que se le mejoró la situación laboral en el GRTPE, y que si bien Badi Omar Effio Arroyo, era el Gerente Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, no era la persona que realizaba las contrataciones de personal.

c) Respecto de Mónica Roxana Taboada Rodríguez, se ha podido establecer que no tiene vínculo alguno con la Fiscal karen Ruth Padilla Tenorio o sus familiares.

d) Tampoco existe elemento de convicción que permita sostener que Guillermo Erick Suarez Padilla, haya sido beneficiado de algún modo por Badi Omar Effio Arroyo en la GRTPE, pues éste nunca laboró para dicha institución.

e) Si bien, Alberto Guzmán Enríquez, ha cesado en el cargo que tenía en la GRTPE, pero no por hechos relacionados con la imputación que se le hizo a Miriam Senmache Requejo, sino por unos hechos distintos.

f) No existen elementos de convicción que permitan sostener que en efecto se benefició a la Fiscal Karen Ruth Padilla Tenorio y a sus familiares.

g) Si bien de los audios se advierte que la propia Karen Ruth Padilla Tenorio, sostiene que la investigación ya lo viene realizando desde hace cuatro (4) meses, esto no corresponde a la realidad, pues del reporte del sistema de gestión fiscal, no existe en trámite una denuncia realizada contra Miriam Doris Senmache Requejo o Francisco Alberto Guzmán Enríquez, de fecha anterior al mes de setiembre, en que se realizó la detención.

h) Se ha podido establecer que la Fiscal Karen Ruth Padilla Tenorio, no participó en el operativo que realizó la Fiscalía conjuntamente con efectivos policiales en la GRTPE en el mes de setiembre del 2016; asimismo, si bien Karen Ruth Padilla Tenorio y Badi Omar Effio Arroyo, tiene una relación de amistad que no ha sido negada por ninguno de ellos, esto no significa que la investigada haya determinado a los fiscales anticorrupción que tuvieron a cargo la

investigación por presuntos actos de corrupción de funcionarios en el CEL, a tramitar la denuncia, ya que es obligación de estos recibir las denuncias de los ciudadanos.

i) Además, no se aprecia beneficio alguno para Badi Omar Effio Arroyo, quien como supuesto comprador de las influencias, debería buscar verse favorecido en un proceso judicial o administrativo, no existiendo en modo alguno tal circunstancia, esto es un proceso judicial o uno administrativo donde se halla administrado justicia.

j) En atención al principio de legalidad penal, en los hechos imputados a Karen Ruth Padilla Tenorio, es claro que no concurren los elementos que configuran este injusto penal, pues se pretende afirmar que Badi Omar Effio Arroyo, ofreció trabajos para los familiares de Karen Ruth Padilla Tenorio, para que sea favorecido en el trámite de una denuncia por un acto de corrupción, es decir, se pretende que el beneficio de Badi Omar Effio Arroyo, era acabar con la corrupción, o la enemistad que tenía con Miriam Doris Senmache Requejo.

Caso N° : 03.
Delito : Tráfico de Influencias.
Agraviado : El Estado.
Imputados : José Antonio Tintaya Delgado y Otros.

Hechos Denunciados:

De la denuncia del 20 de enero del 2017, formulada por César Gaspar Cabrejos Zapata (folios 04 a 14), se tiene como hechos de relevancia penal los siguientes:

a) El 18 de enero del 2017, aproximadamente al mediodía, se apersonaron José Antonio Tintaya Delgado, Médico Jefe de la DML III - Lambayeque, Aurelio Barboza Bancayán, Médico Legista de la DML III - Lambayeque, Evel Luc Salazar Vallejos Vda. de Coro, Secretaria del Doctor José Antonio Tintaya Delgado y servidora de la DML III - Lambayeque; José Agustín Rodríguez Ponce, Fiscal de Cayalti, Karen Grey Montenegro Serrano, servidora del Área de Potencial Humano del Distrito Fiscal de Lambayeque, al consultorio del Médico Legista de la DML III – Lambayeque y denunciante César Gaspar Cabrejos Zapata, cuando se disponía a atender a una usuaria, dichos denunciados a excepción de Aurelio Barboza Bancayán, habrían pretendido obligar al denunciante a que dé respuesta inmediata a uno de los oficios que minutos antes le había entregado la denunciada Evel Luc Salazar Vallejos Vda de Coro, como son el Oficio N° 917-9-2016-MP-FPMMCC-JARP, de fecha 11 de enero deL 2017 y Oficio N° 064-2017-REGPOL-LAMB/CS-PNP-CHONGOYAPE”C”, de fecha 13 de enero deL 2017, pretendiendo que diera respuesta inmediata al primero de estos oficios, el cual provenía de la Fiscalía de Cayaltí.

b) Según el denunciante, el Fiscal José Agustín Rodríguez Ponce, lo habría obligado a que emita un pronunciamiento inmediato porque a él se le *“había vencido el plazo”*, a pesar que el denunciante tienen un plazo de quince (15) días para realizar un pronunciamiento y que incluso el médico José Antonio Tintaya Delgado conjuntamente con el Fiscal mencionado lo habrían presionado diciéndole que *“era urgente que emita el pronunciamiento porque el fiscal lo necesitaba”*, y que en ese mismo instante dicho doctor le habría exigido, mediante Memorandum, que reciba otro documento para que emita pronunciamiento Médico Legal, sin demostrarle que por turno secuencial y equitativo que consta en el libro de actas correspondiente para estos casos, le correspondía al denunciante emitir

pronunciamiento por responsabilidad médica, es así que el denunciante le solicita al doctor José Tintaya Delgado, le demuestre el trámite adecuado, para verificar si le correspondía la realización de dicho pronunciamento médico legal, pero dicho doctor le habría mencionado al denunciante que el doctor Aurelio Barboza Bancayán (médico legista de la DML III - Lambayeque), habría sido el responsable de asignarle ese pronunciamento médico legal, lo cual no concordaría con el Memorándum, puesto que lo remite el mismo doctor José Tintaya Delgado, por lo que ante esta situación la secretaria denunciada Evel Luc Salazar, se ofreció a traer dicho libro de actas, siendo autorizada por José Tintaya Delgado, y al traer el libro de actas, luego de verificarlo, no habrían podido acreditar tal extremo, denotándose que la denunciada Karen Grey Montenegro Serrano, trabajadora del Área de Potencial Humano del Ministerio Público, lejos de cumplir sus funciones a cabalidad, se habría dejado manipular por el doctor José Tintaya Delgado, quien en todo momento le dictaba lo que a él le interesaba que se consigne e incluso la mencionada trabajadora lejos de ser imparcial en todo momento le rendía cuentas de la redacción efectuada, quien denotaba una vez más y en todo momento animadversión y represalia hacia el denunciante.

Fundamentos del Archivo Fiscal:

La señora Fiscal Provincial, sustenta la Disposición N° Uno, de fecha 27 de enero del 2017 (a folios 30 a 35), en base a los siguientes argumentos:

a) Los delitos de abuso de autoridad, usurpación de funciones y asociación ilícita, no se encuentran comprendidos dentro de su competencia material, conforme a lo establecido en el Reglamento de

las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

b) La presunta comisión de los delitos atribuidos a José Agustín Rodríguez Ponce, en su condición de Fiscal de la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de Cayalti, no es competencia de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, sino del Órgano de Control Interno.

c) Respecto al Delito de Tráfico de Influencias, no se ha verificado la concurrencia de las premisas que constituyen los elementos objetivos del delito, por lo cual el hecho imputado no constituye este delito, ya que no se advierte que los hechos se hayan suscitado en el marco de un proceso jurisdiccional o administrativo que administre justicia (tribunales administrativos).

Caso N° : 04.
Delito : Cohecho Pasivo Propio y Otros.
Agraviado : El Estado.
Imputados : Jorge Martín Sialer Serrano y Otros.

Hechos Denunciados:

De la denuncia del 30 de mayo del 2017, formulada por Terlinda de los Milagros Cabrejos y Fortunata Rosaura Cabrejos Zapata (folios 04 a 16), se tiene como hechos de relevancia penal los siguientes:

a) Wilder Rojas Sánchez, realizó trabajos de construcción en el predio ubicado en la esquina de la Calle Bolognesi S/N, Cuadra 2 y

Junín, Cuadra 3, de la Ciudad de Lambayeque, causando daños en su propiedad, la cual fue declarada inhabitable, por lo que el 03 de setiembre del 2015, interponen denuncia contra Wilder Rojas Sánchez, por el delito de daños, generándose la Carpeta Fiscal N° 1018-2015, ante la Fiscalía de Lambayeque, investigación en la cual se habría determinado que Wilder Rojas, no contaba con licencia de construcción.

b) Ante ello, el día 12 de noviembre del 2015, presentaron un escrito informando sobre la construcción sin licencia y los daños a su propiedad ocasionados por la construcción, solicitando que la licencia no le sea otorgada a Wilder Rojas Sánchez, debido a que estaba siendo investigado en la Carpeta Fiscal antes referida, por lo que la Municipalidad habría notificado a Wilder Rojas, el 21 de setiembre del 2015, con un escrito en el que se ordena la abstención de acuerdo a ley de otorgamiento de la licencia de construcción hasta que se solucionen dicho proceso.

c) Sin embargo, pese a tener conocimiento de la investigación contra Wilder Rojas Sánchez y que ésta seguía aún en la etapa preparatoria, el 26 de abril del 2017, el Gerente de infraestructura y Urbanismo de la Municipalidad Provincial de Lambayeque, Lucio Eduardo Goicochea Paredes, firmó la resolución de licencia de construcción en favor de Rojas Sánchez; licencia que según manifiestan fue otorgada pese a que el expediente administrativo presentaba una serie de irregularidades, como carecer de la Póliza CAR, la cual busca prevenir contra eventuales daños a terceros por obras de construcción; asimismo en la mencionada licencia, figura como responsable de la obra el Ingeniero Manuel Edgardo Rázuri Pérez, de quien su sello y firma habrían sido falsificados en la carta de responsabilidad de la obra presentada por Wilder Rojas Sánchez,

para la obtención de la licencia de construcción, por lo que se viene investigando a esta persona en la Fiscalía de Lambayeque, en la Carpeta Fiscal N° 85-2016, por el delito de falsificación de documentos, y finalmente señalan que la dirección que aparece en el membrete de los documentos presentados por la Empresa “A4 Arquitectos Asociados – Elaboración de Proyectos y Perfiles para Obras Públicas y Privadas”, responsable de la elaboración del Proyecto de Construcción Civil “El Super SAC”, calle Bolognesi N° 319 - Lambayeque, pertenece a la señora Nelly Graciela Serrano de Sialer, quien sería madre del trabajador municipal Jorge Martín Sialer Serrano, quien se habría desempeñado en el año 2015, como inspector en el área de Defensa Civil de la Municipalidad Provincial de Lambayeque.

d) Finalmente, manifiestan los denunciantes, que todo ellos hace suponer que Wilder Rojas Sánchez, ha ofrecido algún beneficio o dádiva a los funcionarios denunciados como son el Gerente de Infraestructura y Urbanismo, Lucio Eduardo Goicochea Paredes y el Sub Gerente de Control Urbano, Luis Nizama Vásquez, quienes son los responsables directos del otorgamiento de licencias de construcción, a fin de obtener de manera ilícita este documento, y que el hecho de que la empresa encargada de elaborar el proyecto de construcción de Wilder Rojas Sánchez, tenga como razón social la dirección y el teléfono de la madre del trabajador municipal Jorge Martín Sialer Serrano, genera la sospecha de que existiría una red de funcionarios dentro de la Municipalidad, encargados de facilitar documentos fraudulentos para la obtención de licencias de construcción irregulares.

Fundamentos de la Decisión Impugnada:

La señora Fiscal Provincial, sustenta la Disposición N° 01-2017-MP-FPECF, de fecha 14 de junio del 2017 (a folios 58 a 67), en base a los siguientes argumentos:

a) Respecto del delito de cohecho pasivo propio, no existe prueba directa de la existencia de un acuerdo de aceptar o recibir, solicitar o condicionar el otorgamiento de la licencia de construcción a favor de Wilder Rojas Sánchez, o la entrega o promesa de entrega de donativo o ventaja de cualquier otra índole, existiendo únicamente presuntas irregularidades administrativas en el otorgamiento de la licencia de construcción, que no resultan ser unívocos para concluir que la licencia, se otorgó porque medió un donativo, promesa o ventaja. Por lo cual no existe fundamento fáctico, elementos de convicción suficientes que puedan sustentar la formalización de la investigación preparatoria y acusación posterior por el delito de Cohecho Pasivo Propio contra los imputados.

b) Respecto del Delito de Tráfico de Influencias, que del fundamento fáctico no se desprende que exista un tercero, servidor público o ajeno a la administración pública, que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, previa solicitud de beneficio haya ofrecido interceder ante los funcionarios municipales responsables de la emisión de las licencias de construcción, así como tampoco existe elemento de convicción que pueda llevarnos a determinar que los servidores públicos denunciados recibieron donativo o ventaja alguna de tercero traficante de influencias, más aún si no nos encontramos ante un proceso judicial o administrativo en donde se emita alguna decisión que implique administración de justicia.

Caso N° : 05.

Delito : Tráfico de Influencias.
Agraviado : El Estado – Poder Judicial.
Imputados : Jimmy B. Nicola Carranza y Otro.

Hechos Denunciados:

Del acta de denuncia verbal, fluye que la denunciante Santos Delgado Navarro, pone en conocimiento que el abogado Jimmy Borinson Nicola Carranza, representante legal de su conviviente Humberto Ezequiel Cubas Mendoza, le solicitó la suma de S/. 5, 000.00 (Cinco Mil con 00/100 Soles), para interceder ante funcionarios de COFOPRI, con la finalidad de que emitieran el título de formalización de propiedad a su favor, pese a estar en conflicto con otros moradores de la zona. Ante ello, la denunciante requirió dicho monto a su cuñada Roxana Marleny Alcántara Mendoza, quien el 02-04-2014, en la ciudad de Cajamarca, realizó el depósito de dicha suma a la cuenta del Banco de Crédito del Perú N° 305-26125498-0-78, cuyo titular es la persona de Víctor Manuel Leonardo Leyva. Asimismo, señala la denunciante, que posteriormente, al conversar con otro abogado, éste le indicó que había sido engañada, pues los encargados de COFOPRI no emiten títulos por recomendación de nadie, razón por la que el 14-04-2014, puso en conocimiento de dichos hechos a la fiscalía

Fundamentos del Archivo Fiscal:

El Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo, formula su requerimiento de sobreseimiento, a favor de los investigados Jimmy Borinson Nicola Carranza y Víctor Manuel Leonardo Leyva, por la presunta comisión del Delito de Tráfico de Influencias, en agravio del Estado – Poder Judicial; en base a los siguientes fundamentos:

a) Con relación a la imputación realizada contra Jimy Borinson Nicola Carranza, en atención al Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, del 30-09-05, no se cumple la garantía de verosimilitud, puesto que la versión de la denunciante sólo se sustenta en la entrega de dinero realizada al acusado Nicola Carranza, por el monto de S/.5,000.00 Soles, y si bien se ha acreditado que Marleny Alcántara Mendoza, realizó un depósito por dicha suma de dinero en la cuenta bancaria de Víctor Manuel Leonardo Leyva, dichos hechos no han sido negados por el denunciado, quien ha referido por su parte, que el dinero en mención le fue entregado con la única intención de cancelar sus honorarios y gastos de tramitación, versión que encuentra sustento con el contrato de servicios y boletas presentados por el imputado, por lo que su versión resulta creíble, más aún, si el acusado refirió que a raíz de la denuncia interpuesta, es que decidió devolver la suma de dinero entregado, por lo que realizó un depósito de S/. 5,000.00 (Cinco Mil con 00/100 Soles), a la cuenta bancaria del hermano de Marleny Alcántara Mendoza, hechos que efectivamente han sido reconocidos por ésta al momento de rendir su declaración a nivel fiscal.

b) En el presente caso, no existen corroboraciones periféricas respecto a la sindicación realizada, pues si bien es un hecho probado la preexistencia del dinero entregado al investigado, este único indicio no resulta ser suficiente para acreditar la vinculación del imputado en la comisión del Delito de Tráfico de Influencias,

c) Por otro lado, se advierte que los hechos tampoco encajan en el Delito de Tráfico de Influencias, puesto que la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 16 de febrero del 2016, en el Expediente 105-2008, ha señalado que *“no cualquier funcionario público que conoce un caso judicial o administrativo puede ser destinatario de la intervención, sino solo*

aquel que tiene facultades jurisdiccionales. Así, se verifica que en el caso de autos, los hechos no se enmarcan en el ámbito de un proceso judicial o administrativo con facultades jurisdiccionales”.

Caso N° : 06.
Delito : Tráfico de Influencias.
Agraviado : El Estado.
Imputados : Segundo Pablo Solis Díaz y Otro.

Hechos denunciados:

a) El 21 de setiembre del 2016, se dio el concurso CAS, en la Municipalidad Distrital de Pimentel, para el cargo de conductor, en el cual se presentó el denunciante Víctor Wilmer Quiroz Arías y en la evaluación curricular se encontraba en primer puesto, posteriormente, luego de la entrevista y al salir los resultados en la página de la casa edil antes referida, se dio con la sorpresa que el denunciado, quien estaba en último puesto, había resultado ganador de la plaza, sin publicarse las notas de la entrevista.

b) Posteriormente, tomó conocimiento por terceras personas, que el denunciado, se habría valido del codenunciado Soliz Díaz, trabajador de la Municipalidad Provincial de Lambayeque, para interceder por él ante el Comité de Selección, debido a que tiene influencia por ser colegas y amigos de los miembros de dicho comité, logrando obtener de esta manera el puesto

Fundamentos del Archivo Fiscal:

a) El hecho imputado no constituye Delito de Tráfico de Influencias, al no concurrir todos sus elementos, pues el denunciado, no ha recibido, ha hecho dar o prometer medio corruptor alguno, ni

tampoco cualquier otra ventaja o beneficio para interceder ante un funcionario en el marco de un proceso jurisdiccional o administrativo.

Caso N° : 07.
Delito : Tráfico de Influencias.
Agraviado : El Estado.
Imputados : Zaira Lluen Uypan y Otro.

Hechos Denunciados:

De la denuncia del 23 de setiembre deL 2016, formulada por Oscar Raúl Cornejo Custodio (folios 03 a 06), se tiene como hechos de relevancia penal los siguientes:

a) Mediante la denuncia de parte, se ha señalado que en la investigación signada con la Carpeta Fiscal N° 55-2016, seguida contra Lev Castro Chirinos, por el Delito de Tráfico de Influencias, se ha tomado conocimiento a través de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lambayeque, a cargo de la Dra. Mariana del Pilar Vásquez Zagaceta, en el caso N° 21-2016, mediante Resolución N° 15, de fecha 15 de setiembre del 2016, que según corre del Acta de Apertura de Teléfono Celular y Lectura y Transcripción de Mensajes correspondiente al celular N° 979681135, propiedad de Carlitos Elmer Yalif Gonzales Benavides, se encontró mensajes con Zaira Lluen Uypan, quien había señalado tener influencias con el denunciante, en razón a su calidad de Ex Fiscal, para lo cual le solicitaba dinero.

b) Cuando el denunciante, Oscar Raúl Cornejo Custodio, fue notificado con el Acta de Apertura de Teléfono Celular y Lectura y Transcripción de Mensajes, se encuentra con que Carlitos Elmer Yalif

Gonzáles Benavides y Zaira Lluen Uypan, venían intercambiando mensajes de texto; donde, en el caso de Carlitos Elmer Yalif Gonzáles Benavides, quien instigaba para que influencie y otorgue dinero al denunciante; y, Zaira Lluen Uypan, solicitando dinero e invocando influencias para favorecer a Carlitos Elmer Yaluf Gonzáles Benavides, con el archivo del caso en el que viene siendo investigado; sin embargo, a decir del denunciante, dichas influencias son simuladas, pues no conoce a la citada ni mucho menos lo une algún lazo de amistad o enemistad, por lo cual desconoce dichas conversaciones.

Fundamentos del Archivo Fiscal:

La señora Fiscal Provincial, sustenta la Disposición N° Cinco, de fecha 04 de enero del 2018 (a folios 170 a 180), en base a los siguientes argumentos:

a) Al analizar el aspecto objetivo normativo del tipo de Tráfico de Influencias, se debe tener en cuenta que el dispositivo legal contiene dos premisas: Primero un sujeto que invoca o tiene influencias reales o simuladas; segundo la recepción, el hacer 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. Siendo esto así, respecto de la primera premisa se advierte de la revisión de los mensajes del teléfono celular, que la denunciada Zaira Lluen Uypan, en ningún mensaje invoca tener influencias con determinado servidor o funcionario público, ni hace mención de que investigación en concreto estaría conociendo.

b) Respecto de la segunda premisa, si bien se aprecia de los mensajes que la investigada Zaira Lluen Uypan, hace referencia a que recibió dos (2), y solicita la entrega de veinte (20), y si bien se habla de un archivo, no se hace referencia ante que funcionario o servidor se ha de interceder a consecuencia del donativo presuntamente recibido, ni se hace referencia al caso judicial o administrativo con carácter jurisdiccional como lo sería un tribunal administrativo; asimismo, frente a la solicitud de la conversación no se desprende que exista promesa de entrega de dicha suma o evidencia de que la entrega se concretó.

5.3. Presentación de Resultados:

De acuerdo a la información analizada y a los casos encontrados y que han sido expuestos se arriba a los resultados conforme al gráfico que a continuación se presenta:



5.4. Discusión de Resultados:

Conforme se puede advertir de la revisión de los casos que se han detallado en el presente trabajo, se advierte como denominador común el hecho de que uno de los fundamentos del archivo de la investigación resulta ser la inexistencia de un caso judicial o administrativo con carácter jurisdiccional, es decir, un caso sometido a la justicia administrativa o discrecionalidad de la administración. Ello nos da muestras que actualmente, la tipificación del Delito de Tráfico de Influencias, al hacer alusión al presupuesto de la existencia de un caso judicial o administrativo que ha de venir conociendo el funcionario o servidor público, viene dejando fuera del ámbito de protección otras conductas igualmente lesivas del bien jurídico protegido, pues en igual modo, la oferta y tráfico de influencias fuera del ámbito de la discrecionalidad administrativa, también afecta en igual medida la confianza en el correcto ejercicio de la administración pública, con imparcialidad y objetividad.

En razón a ello, resulta plenamente justificable la aplicación de una sanción penal a los casos en que se invoque influencias reales o simuladas, con el fin de recibir, hace dar o prometer donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para la emisión de actos administrativos sin la necesidad de que se emitan dentro del denominado caso administrativo.

5.5. Propuesta Legal:

Entonces, consideramos que resulta plenamente amparable la inclusión en el ordenamiento jurídico penal de nuestra nación de la conducta del tráfico de influencias que abarque también los casos en que los actos de la administración no se hallen supeditados a la existencia de un caso administrativo.

Así, proponemos la modificación del artículo 400° del Código Penal, de la siguiente forma:

Texto Original:

“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”.

Propuesta de Modificación:

*“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 para la emisión de un pronunciamiento o acto administrativo o de administración**, 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 de 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”.

CONCLUSIONES

1. El Delito de Tráfico de Influencias, actualmente sanciona 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. La tipificación actual hace énfasis en la existencia de un caso judicial o administrativo, debiendo en ambos casos tratarse de casos sometidos a facultades jurisdiccionales.

2. Por su parte, el acto administrativo viene a ser toda declaración emanada por la administración en orden de interés público, cuya satisfacción le ha sido confiada, y con potestad para realizarla, por lo que debe entenderse como una declaración de la función administrativa.

3. Asimismo, ha quedado definido el concepto de discrecionalidad administrativa, como el margen de estimación subjetiva de la propia administración en el ejercicio de su potestad. También se habla de una jurisdicción administrativa, que es la actividad que despliegan los órganos administrativos, con poder discrecional en asuntos de naturaleza contenciosa.

4. La actual tipificación del Delito de Tráfico de Influencias, viene penalizando sólo los supuestos en que nos encontramos en casos administrativos con carácter jurisdiccional, dejando fuera de su protección la oferta de influencias para la emisión de otros actos administrativos, lo que viene dejando muchas conductas igualmente lesivas en la impunidad.

RECOMENDACIONES

1. Se propone la modificación del artículo 400° del Código Penal, debiendo establecerse como su texto el siguiente:

*“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 para la emisión de un pronunciamiento o acto administrativo o de administración**, 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 de 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, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

2. Se evalúe la propuesta de modificación legislativa planteada en la presente investigación como una forma de evitar impunidad de actos que desprestigian a la administración pública, tan cuestionada en la actualidad, con el fin de coadyuvar a la lucha contra la corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABOSO, Gustavo Eduardo. «Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: Aspectos esenciales de su configuración». En Nelson Salazar (coord.). *Delitos contra la administración pública*. Lima: IDEMSA, 2010.

2. BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto y NOLASCO VALENZUELA, José Antonio: *Jurisprudencia Penal Generada en el Subsistema Anticorrupción (Corrupción Gubernamental)*, T. II, Palestra Editores, Lima 2006.

3. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal parte Especial*, Ariel, Barcelona 1991.

4. CABRERA VASQUEZ, Marco y QUINTANA VIVANCO, Rosa. “Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo”, 2 Edición, Ediciones Legales, Lima - Perú, Marzo 2008.

5. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC? En: La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional, cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, N° 1*, Lima: Palestra Editores, 2007.

6. CERVANTES ANAYA, Dante. “Manual de Derecho Administrativo”, Editorial Rodhas. Quinta Edición, Febrero 2006, Lima.

7. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “¿Constituye el acto administrativo fuente del derecho en el ordenamiento jurídico peruano?” En: Revista de Derecho Administrativo: Procedimiento Administrativo. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2010.

8. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: “Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas” En: Delitos Contra la Administración Pública, Idemsa, Lima 2013.

9. FERRAJOLI, Luigi: El Estado constitucional de derecho hoy: El modelo y su divergencia de la realidad, en IBAÑES PERFECTO Andrés (coord.): Corrupción y estado de derecho: El papel de la jurisdicción, Trotta, Madrid 1996.

10. GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. “Manual básico de derecho administrativo”, Editorial Tecnos, Novena Edición, España, Septiembre 2013.

11. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: “Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico de influencias. Al amparo del principio de legalidad en materia penal” En: Actualidad Jurídica, T. 102, Lima, Mayo 2002.

12. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNANDEZ. 2006. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Duodécima Edición. Lima - Bogotá. Palestra - Temis.

13. GUIMARAY MORI, Erick. Rómulo León y su exclusión por el delito de tráfico de influencias. Área Anticorrupción del IDEHP.

14. HURTADO POZO, José. Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: Delito llamado de tráfico de influencias, P. 288. Disponible en: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/> Consulta: 12 de octubre del 2015.

15. KELSEN, Hans. 1973. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Traducción Moisés Nilve. Décimo Primera Edición. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

16. LIFANTE VIDAL, Isabel. 2002. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica” DOXA. Alicante. Nº 25. Págs. 413-439. Consulta el 23 Julio del 2010.

17. MARTÍN TIRADO, Richard. Del régimen jurídico de los actos administrativos. En: Sobre la Ley de Procedimiento Administrativo General. Lima: UPC, 2009.

18. MIR PUIG, Carlos: Los Delitos Contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000.

19. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Segunda Parte. Lima: Ara Editores, 2003.

20. MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal Parte Especial, 20ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

21. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: Derecho Penal Parte Especial, T. V, 2da Edición, Idemsa, Lima 2013.

22. REAÑO PESCHIERA, José Leandro: “¿Una historia sin fin? La responsabilidad penal del interesado en el tráfico de influencias” En: Ius Et Veritas, Año XIV, N° 28, Lima, Julio 2004.

23. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal, Jurista Editores, Lima 2015.

24. ROJAS VARGAS, Fidel: “Delitos contra la Administración Pública: Generalidades” En: La Imputación del Delito y de la Pena en los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos, Ediciones Jurídicas del Centro, Lima 2014.

25. ROXIN, Claus: Política criminal y sistema de derecho penal. Trad. De Muñoz Conde, Bosch, Barcelona 1972.

26. SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Lima, Iustitia, Grijley, 2011.

27. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: El Ministerio Público y el Proceso Penal en las Sentencias del Tribunal Constitucional. En: Anuario de Derecho Penal 2009. La Reforma del Derecho Penal y Procesal Penal en el Perú, Fondo Editorial PUCP, Lima 2009.

28. SAN MARTÍN CASTRO, César, Carlos CARO CORIA y José REAÑO PESCHIERA. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir aspectos sustantivos y procesales. Lima: Jurista Editores, 2003.

29. SILVA SÁNCHEZ, Jesús - María (Dir.) y RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón (Coord.): Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 2da Edición, Atelier, Barcelona 2009.

30. YON RUESTA, Róger. Tráfico de influencias. Un análisis al contenido del tipo penal. En: Themis. Número 45, 2002.

LINKOGRAFÍA

<https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/>

<https://www.enfoquederecho.com>

HEMEROGRAFÍA

GACETA JURÍDICA. Los Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima 2013. P. 481.