



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

TITULO:

**“LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE
INFLUENCIA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE
LA REGIÓN LAMBAYEQUE EN EL AÑO 2018”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

ANGELINO HUGO BARBARAN SÁNCHEZ

ASESOR:

Mg. JAVIER DÍAZ DIAZ

CHICLAYO- PERÚ

2019

**“LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIA
COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE LA REGIÓN
LAMBAYEQUE EN EL AÑO 2018”**

Tesis presentada por el Bachiller Sr. **ANGELINO HUGO BARBARAN SÁNCHEZ**, a la facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el **TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**.

Angelino Hugo Barbaran Sánchez
Bachiller:

Mg. Javier Díaz Díaz.
Asesor

Aprobado por:

Dr. Lito Becerra Angulo
Presidente

Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe
Secretario

Mg. Belú Fiorella Pérez Dávila
Vocal

DEDICATORIA

A Dios, sobre todas las cosas, por su infinita misericordia en brindarme la gran oportunidad en cada amanecer.

A mis padres.

Por su sacrificio y apoyo constante en el logro de mis metas. Por ser ejemplo a seguir.

A mis hermanos y familiares, por su comprensión y orientación.

A mi esposa, por ser una persona muy especial, por tu gran compañía y dedicación.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Particular de Chiclayo, especialmente para sus catedráticos de la de Facultad de Derecho, por su identificación con sus alumnos y el gran esfuerzo que manifiestan en la enseñanza universitaria.

El Bachiller

PRESENTACIÓN

Esta investigación se ha desarrollado con el fin de brindar aportes significativos respecto a la importancia del delito de tráfico de influencias cometidos por funcionarios públicos en los Municipalidades de La Región Lambayeque, y un análisis sobre los probatorios y aspectos procesales conforme a la legislación peruana.

En la presente Tesis se utilizó la metodología de la investigación científica, instrumento que sirvió para desarrollar aspectos importantes del trabajo.

El Delito de tráfico de influencias, medios probatorios, En cuanto al estudio de campo se utilizó la técnica de la encuesta con su instrumento el cuestionario la misma que estuvo conformada por preguntas que fueron respondidas por los trabajadores especializados, quienes dieron sus diferentes puntos de vista sobre esta problemática, para luego ser llevadas a las tablas y gráficos estadísticos, así como sus respectivas interpretaciones.

Finalmente, en la parte última de la tesis se concluye con los aportes que se dan como resultado de la investigación, los mismos que se alcanzaron a plenitud, facilitando las recomendaciones, las cuales se consideran como factibles y aplicables; en adición, se agrega la amplia bibliografía, así como el anexo respectivo.

ABSTRACT

This investigation has been developed in order to provide significant contributions regarding the importance of the crime of influence peddling committed by public officials in the Municipalities of the Lambayeque Region, and an analysis of the evidence and procedural aspects according to Peruvian legislation.

In this thesis the methodology of scientific research was used, an instrument that served to develop important aspects of the work.

Crime of influence peddling, evidential means, As for the field study, the survey technique was used with its instrument, the questionnaire which was made up of questions that were answered by the specialized workers, who gave their different points of view on this problem, to be later taken to the tables and statistical graphs, as well as their respective interpretations.

Finally, the last part of the thesis concludes with the contributions that are given as a result of the research, the same ones that were fully achieved, facilitating the recommendations, which are considered feasible and applicable; In addition, the extensive bibliography is added, as well as the respective annex.

INTRODUCCIÓN

El Delito de Tráfico de Influencias sanciona conductas que responde al compromiso institucional del Estado peruano en materia de lucha anticorrupción.

En efecto, y como todo en Derecho Penal, habrá que partir del mandato Constitucional para dar sentido y contenido a la norma penal, que en este caso es la del artículo 400° del Código Penal. Nuestra Constitución menciona que el fin supremo del Estado y la sociedad es la defensa de la persona humana y su dignidad (artículo primero de la Constitución.) y en aras de tal consiga es que se garantizan una serie de derechos y se procuran las condiciones mínimas que permitan la participación del individuo en sociedad y el libre desarrollo de su personalidad.

Justamente, una de las condiciones mínimas que el ciudadano puede exigir del Estado para su desarrollo y participación en sociedad es el ejercicio de una correcta administración pública, esto es, el uso efectivo de los recursos públicos de forma prestacional, objetiva e imparcial. Exigencia que también se desprende de la propia Constitución en el artículo 39°, cuando se estipula que los servidores o funcionarios públicos están al servicio de la nación. Pues, en buena cuenta, función pública y funcionario público son conceptos inseparables; solo es Funcionario Público quien ejerce función pública y la función pública solo se materializa en los derechos y deberes que se descargan en personas que deciden voluntariamente ubicarse entre los recursos públicos y los destinatarios de aquellos, es decir, en los servidores públicos.

La presente Tesis del Análisis de Aplicación Penal en el Delito de Tráfico de Influencia Cometidos por Funcionarios Públicos en las Municipalidades de la Región Lambayeque para lo cual fue necesario estructurarlo en siete capítulos:

Planteamiento del Problema, Marco Teórico, y Análisis de Resultados, finalizando con las Conclusiones y Recomendaciones, acompañada de una amplia bibliografía, así como el Anexo correspondiente.

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
PRESENTACIÓN.....	v
ABSTRACT.....	vi
INTRODUCCIÓN	vii

CAPITULO I

MARCO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA	11
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL POBREMA.....	14
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	15
1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA	16
1.5.- OBJETIVOS.....	17
1.5.1.- General.....	17
1.5.2.- Específicos	17
1.6.- HIPÓTESIS	17
1.7.- VARIABLES	17
1.7.1. Independiente.	17
1.7.2.- Dependiente.	18
1.8. MÉTODO.....	18
1.8.1.- Técnicas	18
1.8.2.- Población y Muestra.....	18

CAPITULO II

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1.- CONCEPTO.....	19
2.2.- ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.	20
2.3.- LA JERARQUÍA ADMINISTRATIVA	22
2.4.- CLASIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	24
a) En cuanto a las funciones	24

b) En cuanto a su estructura.....	25
c) En cuanto al campo de acción.	25
2.5.- SERVICIO PÚBLICO:	26
2.5.1. Concepto.	26
a) Caracteres del servicio público.....	27
b) Clasificación de los servicios públicos.....	27
2.6.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ESTADO DE DERECHO.	27
2.7.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO XVIII DEL CÓDIGO PENAL.....	30
2.7.1.- Antecedentes	31
2.7.2.- Desarrollo teórico-conceptual	34

CAPITULO III

RESPONSABILIDADES DE LOS TRABAJADORES EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA

3.1.- INTRODUCCIÓN.....	42
3.1.1.- Los Funcionarios y Servidores Públicos.....	42
3.2.- RESPONSABILIDADES EN MATERIA ADMINISTRATIVA, CIVIL Y PENAL.44	
3.2.1.- Definición De Responsabilidad.....	44
A.- La Responsabilidad Funcional Del Servidor Público	44
3.3.- EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.....	48
3.4.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL, CONFORME LA REFORMA NORMATIVA AL ARTÍCULO 425, VÍA LA LEY N.º 30124	54

CAPITULO IV

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN EL PERÚ

4.1.- ANTECEDENTES.....	60
4.2.- LOS SECTORES MÁS PROPENSOS A LA CORRUPCIÓN EN EL PERU.	61
4.2.1.- El poder Judicial.....	61
4.2.2.- Los Gobiernos Municipales.....	62

4.2.3.- Los Sectores Sociales.....	62
4.2.4.- El Sector Agricultura.....	63
4.2.5.- Los medios de Comunicación	63
4.2.6.- Las Empresas	63
4.2.7.- Las Universidades	64
4.2.8.- Los Partidos Políticos.....	64
4.3.- PROBLEMA DE FALTA DE DEFINICIÓN ADECUADA DE LA ACCIÓN TÍPICA TRÁFICO DE INFLUENCIAS.....	64

CAPITULO V

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

5.1.- CONSIDERACIONES GENERALES.....	68
5.2.- DIFICULTADES RELATIVAS AL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y EL ACUERDO PLENARIO N° 03-2015.	71
5.2.1.- La problemática sobre el bien jurídico protegido.	72
5.3.- CUESTIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DEL NUEVO CONSTRUCTO DEL TIPO PENAL.	82
5.4.- FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES DEL INJUSTO PENAL	85
5.5.- LAS CARACTERÍSTICAS DEL HECHO ILÍCITO.....	88
5.6.- LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.	94
5.7.- LOS VOCABLOS “RECIBE”, “HACER DAR” O “PROMETER” EN LA CONFIGURACIÓN DEL TIPO PENAL.....	95
5.8.- EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.	97
5.9.- EL SUJETO ACTIVO.	98
5.11.- LA PENA APLICABLE	98
CONCLUSIONES	100
RECOMENDACIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	102

CAPITULO I

MARCO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.

La gobernabilidad Regional efectiva, caracterizada por normas más elevadas de ética y transparencia, será un ingrediente clave para consolidar la democracia en América Latina en general. En las áreas urbanas de la región es grande el descontento con la habilidad del gobierno para proveer servicios. Estos servicios no sólo afectan la vida diaria de los ciudadanos y su bienestar socioeconómico, sino que también repercuten en su seguridad.

La corrupción e ineficiencia del gobierno local también pueden socavar la legitimidad de los sistemas políticos de la región. Del lado positivo, los administradores eficaces y transparentes de los espacios urbanos han utilizado su éxito como trampolín para alcanzar cargos políticos más altos. Esta potencialidad de ascenso ha servido de incentivo a las élites políticas para mejorar su gobernabilidad durante el ejercicio del poder.

Los actos de corrupción generan una desconfianza total en la población respecto a cómo se manejan los asuntos de interés público en las instituciones estatales. Es por ello que, como constituyen una conducta considerada de gran afectación social, el legislador acude al derecho penal como un instrumento para prevenir y reprimir la comisión de estas conductas.

En la presente propuesta de Tesis, titulada “La tipificación del delito de tráfico de influencia cometidos por funcionarios públicos de la región Lambayeque en el año 2018” trato de enfocar la problemática de realizar un análisis respecto de las formas de cómo sancionar las conductas penales como el tráfico de influencias cometidos por Funcionarios Públicos de la Región Lambayeque, y lo que significa el compromiso institucional del Estado peruano en materia de lucha anticorrupción, compromiso que se desprende de la propia naturaleza de sus fines y objetivos sociales

La presente investigación se abordará y se responderá si el interesado en la compra de las influencias debería ser sancionado penalmente, siendo que, si la respuesta fuera afirmativa se determinará si la imputación es a título de complicidad o de instigación. Previamente a ello delimitaremos cuál es el bien jurídico tutelado en este delito y, una vez visto qué se intenta proteger con su tipificación, pasaremos a responder si es que la venta de las influencias simuladas puede ser objeto de sanción como un delito contra la administración pública.

Los aspectos a analizar en la presente Tesis dentro del delito de tráfico de influencias, se considerará la parte General como doctrina del Derecho Penal y la parte Especial del derecho penal como es la tipificación del delito su naturaleza jurídica, el título de imputación del sujeto pasivo, y considero importante también definir los grados de imputación de la persona interesada en la influencia, pues ella es quien activará el proceso delictivo.

Como todo en derecho penal, habrá que partir del mandato constitucional para dar sentido y contenido a la norma penal, que en este caso es la del artículo 400 del Código Penal. Nuestra Constitución menciona que el fin supremo del Estado y la sociedad es la defensa de la persona humana y su dignidad, por tanto se busca es que se garantice una serie de derechos y procurar las condiciones mínimas que permitan la participación del individuo en sociedad y el libre desarrollo de su personalidad.

Sancionar conductas como el tráfico de influencias responde al compromiso institucional del Estado peruano en materia de lucha anticorrupción, compromiso que se desprende de la propia naturaleza de sus fines y objetivos sociales, así como de la obligación internacional en dicha materia.

En efecto, y como todo en derecho penal, habrá que partir del mandato constitucional para dar sentido y contenido a la norma penal, que en este caso es la del artículo 400 del Código Penal (en adelante, CP). Nuestra Constitución menciona que el fin supremo del Estado y la sociedad es la defensa de la persona humana y su dignidad (artículo 1 Const.) y en aras de tal consiga es que se garanticen una serie de derechos y se procuren las condiciones mínimas que

permitan la participación del individuo en sociedad y el libre desarrollo de su personalidad (artículos 2 y 3 Constitución.).

La corrupción es un grave problema que enfrentan los Estados. La historia reciente del Perú ha puesto de relieve, de manera dramática, que se trata de un problema latente para nuestra aún incipiente institucionalidad democrática. La corrupción socava la legitimidad del Estado y con ello su fundamento democrático, afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, el patrimonio estatal, el carácter público de la función, la ética en el ejercicio de funciones públicas, con lo cual genera que se inserte en el colectivo social la idea de que la función pública se vende al mejor postor.

Hoy la corrupción ya no se percibe solo como un ruido marginal al funcionamiento de los sistemas políticos y de la convivencia entre ciudadanos pertenecientes a la misma colectividad social. Ella es más bien reconocida como una de las principales amenazas a la democracia, pues conspira contra su legitimidad, vulnera el Estado de derecho y afecta el uso de recursos públicos orientados al cumplimiento de derechos o a fines de interés colectivo. Por ello, un acto de corrupción constituye una grave muestra de deslealtad frente a las reglas que debieran regir un comportamiento social honesto, pues supone el aprovechamiento inmoral de lo público para un beneficio privado, acción que es aún más nociva cuando la ejecutan personas que detentan cargos públicos.

Dicha deslealtad implica, ello es evidente, la tergiversación de condiciones mínimas de convivencia, la vigencia de una relación asimétrica entre gobernantes y gobernados y la desconfianza en una legalidad que, siendo ineficaz, puede derivar en falta de credibilidad. Ahora bien, lo más grave es que tales efectos negativos parecen conducir a una actitud perniciosa que se halla caracterizada por la resignación, el escepticismo y el cinismo frente al marco legal e incluso ante la idea de la honradez como valor indispensable para el ejercicio de la función pública.

El Delito de Tráfico de influencias, como parte de los delitos de Corrupción de funcionarios, es en la doctrina, uno de los tipos penales que normalmente merece un pronunciamiento previo, ya sea para dimensionar los efectos nocivos que desarrolla su presencia en el ansiado correcto funcionamiento del aparato estatal,

para hacer referencias a legislación supranacional o – sobre todo – poner en la memoria de sus lectores, ciertos acontecimientos sucedidos en la década de los noventa para refrescar nuestros frágiles recuerdos.

Las ideas que presentamos a continuación, intentan brindar algunos comentarios sobre el espinoso tema de la consecuencia jurídica de haber solicitado o aceptado el ofrecimiento de una persona, para interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL POBREMA.

Desde hace aproximadamente dos décadas, la lucha contra la corrupción está presente en la agenda política de los Gobiernos y, dada su trascendencia internacional, la comunidad internacional (regional y mundial) ha impulsado la adopción de medidas colectivas para frenar y enfrentar el problema.

De la evaluación realizada por la Contraloría General de la República se concluyó que Lambayeque es la región más corrupta de la macrorregión norte. Desde el 2014 hasta la fecha, este órgano de control investigó a 570 funcionarios públicos cuyas actuaciones, presuntamente al margen de las normas, han generado un perjuicio económico al Estado mayor a 500 millones de soles.

En Lambayeque, después del Poder Judicial y la Policía Nacional, y del Congreso de la República; el Gobierno Central, está entre instituciones percibidas como más corruptas son las municipalidades. Su quinto puesto congrega un 40% de las respuestas espontáneas de la población.

Por su parte, el Gobierno Regional –institución existente desde 2003- se ubica en el noveno puesto de la lista, obteniendo un 15% de percepción de corrupción. Estos niveles pueden llegar a poner en cuestión el problema mismo de la descentralización. Sea por regionalización (como ha sido) o por municipalización (que era la alternativa), el proceso puede ser discutido por sus críticos en base a la descentralización de la corrupción, corroborada también con la enorme cantidad de presidentes regionales cuestionados, investigados y sancionados recién a un año del inicio de su gestión. Es necesario analizar qué es lo que viene pasando con estas instituciones.

Cuando se habla de corrupción, se enfatizan los casos que vienen suscitando en el ámbito de la Región Lambayeque, gobiernos locales y gobierno Regional como son las Municipalidades de Chiclayo, José Leonardo Ortiz, y demás; los mismos que denuncian los medios de comunicación, los que se han convertido en las fuentes principales para conocer la existencia de este tipo de actos delictivos.

Se enfoca la problemática de realizar un análisis respecto de las formas de cómo sancionar las conductas penales como el tráfico de influencias cometidos por Funcionarios Públicos en el Gobierno de la región Lambayeque, y lo que significa el compromiso institucional del Estado peruano en materia de lucha anticorrupción, compromiso que se desprende de la propia naturaleza de sus fines y objetivos sociales

Como todo en derecho penal, habrá que partir del mandato constitucional para dar sentido y contenido a la norma penal, que en este caso es la del artículo 400 del Código Penal. Nuestra Constitución menciona que el fin supremo del Estado y la sociedad es la defensa de la persona humana y su dignidad, por tanto se busca es que se garantice una serie de derechos y procurar las condiciones mínimas que permitan la participación del individuo en sociedad y el libre desarrollo de su personalidad.

Los gobiernos regionales han demostrado en el primer año de gestión ser espacios muy proclives a los actos corruptos (una docena de presidentes cuestionados, ocho de los cuales con proceso y uno de ellos defenestrado, lo confirman). Además son, en el imaginario social, los herederos de la imagen de los Consejos Transitorios de Administración Regional, brazos del autoritarismo fujimorista en el interior del país. Y por estas dos razones de peso, consideramos necesario extender la investigación también sobre esta institución.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿De qué manera se da la tipificación en el Derecho Penal Peruano al delito de tráfico de influencia que involucra a los funcionarios públicos de la Región Lambayeque?

1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

El presente trabajo de investigación es de mucha importancia para la comunidad jurídica y estudiantil por que permitirá realizar algunos análisis legislativos referentes a los delitos que vienen cometiendo en gran medida los funcionarios públicos a nivel nacional y específicamente en la Región Lambayeque.

La presente investigación es necesario ya que nos permitirá una mejor reestructura legislativa del tipo penal de tráfico de influencias, y judicializar a los funcionarios públicos que vienen cometiendo este grave delito.

Creemos que la reflexión y el trabajo en la lucha contra este flagelo debe ir más allá de la natural difusión e indignación que suscitan estos actos. Por ello, consideramos necesario cumplir con un trabajo que trascienda y permita que los agentes jurídicos, vinculados a procesar este tipo de casos, puedan contar con información y recursos jurídicos pertinentes sobre la materia.

En este trabajo se parte de que el derecho penal protege bienes jurídicos, esto es, las condiciones mínimas e indispensables para asegurar: a) el proceso de libre determinación de las personas en sociedad; y b) el sistema jurídico en general. De aquí que se considere la correcta administración pública un interés imprescindible para la sociedad que justifica su protección desde el ordenamiento penal.

La conducta de tráfico de influencias no pone en peligro abstracto la objetividad o, en términos generales, los deberes que inspiran una correcta administración pública, pues se sanciona incluso el supuesto de influencias simuladas o irreales. La norma penal del artículo 400 CP sanciona la lesión efectiva de la «institucionalidad de la administración pública», definida como el interés estatal en prevenir conductas que muestren a la administración pública como un ente endeble e influenciable, y se trata de un interés acorde con el modelo de organización social propio de un Estado constitucional de derecho.

La regulación de los atentados contra la Administración Pública abarca un número fragmentario de acciones u omisiones cometidas por funcionarios o particulares que son aptas para lesionar tanto el regular desarrollo de dicha administración

como otros aspectos esenciales de dicho ejercicio de la función y autoridad públicas»

1.5.- OBJETIVOS

1.5.1.- General.

- Analizar la aplicación penal en el delito de tráfico de influencia cometidos por funcionarios públicos en el Gobierno Regional Lambayeque.

1.5.2.- Específicos

- Determinar el índice del crecimiento del delito de tráfico de influencias cometidos por Funcionarios públicos en el Gobierno Regional Lambayeque.
- Analizar las denuncias y casos judicializados del delito de tráfico de influencias cometidos por Funcionarios públicos en el Gobierno Regional Lambayeque.
- Analizar la pena que se viene dictando en los casos judicializados en el delito de tráfico de influencias cometidos por Funcionarios públicos en el Gobierno Regional Lambayeque.

1.6.- HIPÓTESIS

Si, el delito de tráfico de influencia tipificados por el derecho penal peruano, cometidos por Funcionarios públicos se viene incrementando en forma alarmante; entonces la ley penal debe revisar las penas de forma más severa para los funcionarios infractores a fin de disuadirlos de la comisión de éste ilícito penal

1.7.- VARIABLES

1.7.1. Independiente.

- Delitos de tráfico de influencia, tipificado con penas benévolas o leves
- Incremento alarmante del delito de Tráfico de influencias.

1.7.2.- Dependiente.

- Delito de tráfico de influencias modificado con penas que promuevan prevalencia y prudencia por parte de los funcionarios públicos.
- Las penas de forma severa y disuasiva por parte de tráfico de influencia
- Los funcionarios públicos infractores rehabilitados
- Las Municipalidades de la Región Lambayeque libres de funcionarios infractores de la ley penal.

1.8. MÉTODO

Método descriptivo.- Por ser un tema de análisis en la realidad peruana. Puesto que la ley en mención ha sufrido modificaciones favorables para conseguir una mejor administración y control de las funciones de los funcionario públicos.

1.8.1.- Técnicas

El fichaje: Para contrastar el presente Proyecto de Investigación, se recurrirá a la técnica de fichaje, pues permitirá, crear una base de datos referente a l tema de investigación.

Entrevistas:

Que se realizaran a personas relacionadas en el tema, tales como funcionarios dela Municipalidad, y de algunas instituciones públicas.

1.8.2.- Población y Muestra

Población.

Funcionarios Públicos del Gobierno Regional Lambayeque.

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1.- CONCEPTO.

El término «administración» generalmente es utilizado con diferentes significados. «Objetivamente es una acción, una realización de actividades para un fin, mientras que subjetivamente la Administración implica una estructura orgánica, un ente o pluralidad de entes a los que está atribuida la función de administrar». (CARDA OVIEDO, 2016)

Dependiendo de la adopción de uno y otro sentido, variará la conceptualización de la administración pública.

Los sostenedores del carácter objetivo estructuran su enfoque a partir de la concepción etimológica de término «administración», bien sea que lo consideren una derivación de la palabra latina administrado, que significa «servir a», o bien de la contracción de ad manus trahere, cuyo significado es «traer a manos, manejar», que para el caso, cualquiera de ellos implica la idea de «prestación de servicios» o «manejo de intereses dirigidos a un fin».

Para los seguidores del criterio subjetivo, la administración pública consiste en el conjunto de órganos estructurados jerárquicamente dentro del Poder Ejecutivo, por lo cual quedan fuera de tal concepto los órganos de los Poderes Legislativo y Judicial que realizan funciones administrativas.

Rafael Martínez Morales) nos dice que existen dos puntos de vista o criterios a los que se acude para definir la administración pública:

Orgánico: de acuerdo con este criterio, el objeto de la ciencia de la administración lo conforman todos los entes que dependen del Poder Ejecutivo; ya sea que tal vinculación sea real o formal (incluye, secretarías, órganos descentralizados, comisiones, empresas públicas, etc.).

Dinámico o funcional: según este punto de vista, la materia de la ciencia de la administración, está constituida por aquellas acciones del poder público, cuya naturaleza sea materialmente administrativa. Esto es, el objeto por estudiar es el quehacer estatal que se realiza en forma de función administrativa.

El maestro García Máynez. Define a la administración pública como «la actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares de este tienden a la satisfacción de intereses colectivos.

Héctor Garcini Guerra considera que la administración pública es «una compleja estructura orgánica que actúa para la obtención (de finalidades estatales concretas, en beneficio de los intereses de la sociedad».

Para que el Estado pueda cumplir eficazmente sus fines y objetivos de lograr el bienestar integral de la colectividad, se requiere la acción dinámica y permanente de un complejo de entidades con múltiples acciones, adecuada y técnicamente coordinadas entre sí. Este complejo se denomina en términos generales «administración pública». Es en otras palabras, la maquinaria operativa del Estado.

Para el Derecho penal la administración pública como objeto de tutela penal, es decir, como bien jurídico, significa: a) Ejercicio de funciones y servicios públicos; b) Regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio; c) Prestigio y dignidad de la función; d) Observancia de los deberes del cargo o empleo; e) Protección del patrimonio público, de los símbolos y distintivos estatales. Debiendo estar todos estos intereses y valores públicos fundamentados a nivel constitucional. (ANACLETO GUERRERO, 2008)

Particularmente comparto el concepto de que la administración pública es el conjunto de organismos, órganos estatales (incluye Poder Legislativo y Judicial) y no estatales que ejercen función administrativa.

2.2.- ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

El ejercicio de la función administrativa que el Estado realiza para la consecución de sus fines, requiere la organización de los elementos humanos y materiales, con el fin de lograr su mejor utilización. De esta manera, las actividades y los medios

se ordenan de acuerdo con diferentes criterios de eficiencia para dar lugar a la organización.

Esta organización, como cualquier otra, está integrada por una serie de elementos que interactúan en un complejo sistema de atribuciones y competencias para delimitar el campo de acción por materia, grado, territorio y cuantía, a fin de que la acción de sus componentes no interfiera entre sí; con una distribución de las responsabilidades de su actuación, ante la propia organización y frente a terceros que pueden verse afectados por la acción de estos;

Tradicionalmente los administrativistas parten de tres formas de organización administrativa: la centralización, la descentralización y la desconcentración.

Las dos primeras han dado lugar a considerar la administración directa del Estado, integrada por órganos Jerárquicamente ordenados», y la tercera ha sido considerada una forma de administración indirecta, compuesta por personas públicas diferentes del Estado, pero con carácter estatal.

En cuanto a la desconcentración, algunos tratadistas no la consideran una forma de organización administrativa, sino como una técnica de transferencia de competencias, ya que la misma puede darse en cualquiera de los sistemas de organización administrativa: centralizada o descentralizada, con lo cual coincidimos.

El Maestro Manuel María Díez dice: «la organización administrativa no es sino el conjunto de normas que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de un aparato administrativo. Su finalidad esencial es la coordinación entre los distintos organismos.»

a) Centralización

Esta forma de organización administrativa presupone una estructura que agrupa a los diferentes órganos que la componen, bajo un orden determinado, alrededor de un centro de dirección y decisión de toda la actividad que tiene a su cargo, organización que se mantiene fundamentalmente en razón de un vínculo, denominado jerarquía o poder jerárquico.

b) Descentralización.

Es una institución de derecho público dentro de administración gubernamental., por medio de la cual se crean entes dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios. y que se encargan de realizar determinadas actividades en forma y con carácter independiente del órgano central ,pero ligados a él por múltiples lazos de autoridad, dirección ,orientación y control.

c) Desconcentración

Por la desconcentración el órgano central transfiere en forma permanente parte de su competencia a órganos inferiores que forman parte del mismo ente, con la finalidad de agilizar los trámites. En la desconcentración el titular del órgano desconcentrado depende directamente del titular del órgano central. Asimismo el órgano desconcentrado carece de personalidad jurídica y patrimonio propios.

Tenemos una organización desconcentrada cuando:

- ❖ Existe transferencia permanente de facultades de decisión y mando a órganos inferiores.
- ❖ Dentro de un órgano central funciona otro órgano con alguna libertad técnica y/o administrativa.
- ❖ El titular del órgano desconcentrado depende directamente del titular del órgano central.
- ❖ Las unidades del órgano desconcentrado no tienen relación jerárquica respecto de las unidades del órgano central.
- ❖ El órgano carece de personalidad jurídica y patrimonio propios.

2.3.- LA JERARQUÍA ADMINISTRATIVA

La jerarquía es un vínculo que liga a las unidades integrantes de la organización, colocando a unas respecto de otras en una relación de dependencia, para darles estabilidad y cohesión.

Para la existencia de la jerarquía es necesario:

- a) Que exista idéntica competencia material de ciertos órganos que se encuentren subordinados en razón de grado. Así, por ejemplo, no existirá

jerarquía entre el Secretario de Hacienda y Crédito Público y el Director de Radio, Televisión y Cinematografía, pues en ambas unidades no existe la misma competencia por razón de la materia.

- b) Que la voluntad del órgano superior prevalezca sobre la del inferior, es decir, cuando haya superioridad de grado en la línea competencial, lo cual solo se produce cuando hay subordinación, que se presenta cuando existe el mando y la obediencia.

La relación jerárquica contiene varios poderes que permiten mantener la unidad de los órganos superiores con los inferiores. Estos poderes son:

- **Poder de nombramiento.** Consiste en la concentración de facultades para hacer la designación de los funcionarios o empleados de los órganos inferiores.
- **Poder de decisión.** Es la facultad que tienen los órganos superiores para la emisión de los actos administrativos, reservando a los inferiores la realización de los trámites necesarios hasta dejarlos en estado de resolución.
- **Poder de mando.** Consiste en la facultad de los órganos superiores para dar órdenes o instrucciones a los inferiores, a través de oficios, circulares, acuerdos, etc. Este poder se ejerce a fin de fijar los lineamientos que se deben seguir para el ejercicio de las atribuciones.
- **Poder de vigilancia.** Es la facultad que tienen los órganos superiores para fiscalizar la actuación de los inferiores. A través del ejercicio de este poder se pretende garantizar la debida realización de la función administrativa, así como la conducta correcta de los servidores públicos, a todos los niveles.
- **Poder disciplinario.** Consiste en la facultad del superior jerárquico para sancionar a los inferiores, por el quebrantamiento de las obligaciones que le impone la función pública.

- **Poder de revisión.** Es la facultad que tiene el superior para revisar los actos realizados por el inferior, a fin de aprobarlos, suspenderlos, modificarlos o revocarlos.
- **Poder para resolver conflictos de competencia.** Como entre los órganos inferiores pueden surgir conflictos de competencia, ya sea porque alguno se considere facultado para conocer de un asunto determinado que otro estima que le corresponde, o bien, porque ninguno considere tener la facultad para conocerlo, corresponde al superior jerárquico conocer y resolver el conflicto.

2.4.- CLASIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) En cuanto a las funciones

❖ Administración activa

Es la que decide y ejecuta. Es la parte viva de la administración ya que su misión es la de decisión y ejecución a un tiempo; cuando ejerce su función ejecutiva, es unipersonal (presidente de un Directorio) y en forma colegiada cuando deliberan y deciden (así los consejos de cada una de estas entidades).

❖ Administración consultiva

Es aquella cuya actividad se dirige a ilustrar con sus pareceres a los órganos de la administración activa sobre actos o resoluciones que deben adoptar en el cumplimiento de sus funciones.

❖ Administración de contralor

Se entiende por control un nuevo examen de los actos de una persona por parte de otra que está para ello expresamente autorizada, con el objeto de establecer la conformidad de tales actos o su correspondencia y proporción con determinados fines.

b) En cuanto a su estructura

- **Administración colegiada**

En el ordenamiento colegiado las funciones son atribuidas a una pluralidad de personal que no obran aisladamente y actúan entre sí en pie de igualdad.

- **Administración burocrática**

En el ordenamiento burocrático existe una organización jerárquica donde priva la voluntad del órgano superior con respecto a la del órgano inferior.

c) En cuanto al campo de acción.

- ❖ **Administración externa**

Complejo de normas en base de las cuales el Estado se reconoce como sujeto jurídico, instituye nuevos órganos, representa un sistema de normas

- ❖ **Administración interna**

Organización particular que corresponde al reparto de atribuciones en el mismo ámbito de un mismo órgano y las relaciones entre varios órganos, sin que tenga por objeto la garantía de intereses de terceros.

- ❖ **La administración pública en el Perú** según los administrativistas Pedro Patrón Faura y Pedro Patrón Bedoya, según el área donde desarrolla sus actividades se clasifica en

- ❖ **Administración general**, que abarca todas las dependencias ministeriales, las instituciones públicas y las empresas estatales.

- ❖ **Administración regional**, que cubre el área de las regiones y de las circunscripciones departamentales.

- ❖ **Administración local**, que cubre el área denominada municipal o comunal.

Cabe indicar que el artículo I de la Ley, del Procedimiento Administrativo General N° 27444 establece: «La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la administración pública.

Para los fines de la presente ley, se entenderá por «entidad» o «entidades» de la administración pública:

- El Poder Ejecutivo, incluyendo ministerios y organismos públicos descentralizados;
- El Poder Legislativo;
- El Poder Judicial;
- Los gobiernos regionales;
- Los gobiernos locales;
- Los organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
- Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,
- Las empresas de Derecho Público y empresas del Estado de Derecho privado según lo establece la Ley N° 24948, Ley de actividades empresariales del Estado; y
- Las universidades públicas (concordante con el artículo 1° del D.S.004- 2008-PCM, Reglamento de la Ley N° 29091).

2.5.- SERVICIO PÚBLICO:

2.5.1. Concepto.

Acosta Romero define el servicio público como una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad.

a) Caracteres del servicio público

Bielsa al referirse a los caracteres del servicio público, señala que son caracteres del servicio público derivados de sus atributos objetivos esenciales la generalidad, la uniformidad, la continuidad, y la regularidad.

- ❖ **Generalidad**, significa que todos los administrados tienen derecho a exigirlo en igualdad de condiciones respecto de la ley.
- ❖ **Uniformidad**, significa respecto a la tarifa que debe ser una para cada clase y categoría de servicio público. Y aun cuando las empresas puedan reducir los precios de las tarifas en favor de los usuarios, esa reducción lo es bajo condiciones que no alteren la uniformidad.
- ❖ **Continuidad**, característica inherente al servicio público que es indefinida.
- ❖ **Regularidad**, funcionamiento normal, dentro de las mismas condiciones.

b) Clasificación de los servicios públicos

La clasificación que la doctrina ha hecho de los servicios públicos responde a criterios muy diversos, lo cual ha permitido agruparlos de la siguiente forma:

- Por la titularidad del servicio.
- Por la importancia de los servicios.
- Por el modo de su utilización.
- Por la determinación del usuario.
- Por la persona que presta el servicio.
- Por la forma de participación del Estado.
- Por la retribución de los servicios.

2.6- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ESTADO DE DERECHO.

El régimen de separación de poderes importa una repercusión importante en el marco de la Administración pública, ya no se habla ahora de una unidad concentrada de la Administración, sino de varios estamentos repartidos en sectores, que asumen competencias precisas en ámbitos específicos de actuación pública; en el antiguo régimen todos los poderes se refundían en la persona del príncipe, del

monarca.

La realidad administrativa abarca únicamente un sector de lo político. Reemite a una estructura organizacional (la Administración pública), que se articula racionalmente con los individuos (administrados) en ejercicio de una función (la administrativa), y cuya regulación jurídica constituye el objeto específico del Derecho Administrativo.

Dicho lo anterior, se vincula al concepto de “Administración pública” a toda la actividad que se desarrolla, ejecuta y efectúa en el seno de los tres poderes del Estado; sin embargo, dicha acepción se centra con mayor énfasis en el ámbito del Poder Ejecutivo, en la medida que las labores del Poder Judicial y del Poder Legislativo adquieren ciertas particularidades, que de cierta forma los hacen singular y distinto de las tradicionales misiones de la Administración. Al primero de los mencionados se le reviste del poder jurisdiccional de administrar justicia, mientras que al segundo de promover la formación de las leyes, es decir, de legislar. No obstante, debe reconocerse que en ambos Poderes también toman lugar actividades propiamente administrativas.

Se delimitan, con mayor precisión, los conceptos de legislación, administración y justicia. De la mencionada teoría, anota *Donna*, se desprende que esta se manifiesta en una “división de funciones” juntamente con una “división de órganos”, de tal modo que el poder estatal debe ser ejercido por órganos diferenciados.

Las funciones del poder son distintas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad del Estado. Es decir, los modos por los que se canaliza el ejercicio de la actividad pública en manos de determinados órganos públicos.

Según la división de funciones, desde una posición formal, se identifica la función pública que se realiza tomando en cuenta el órgano que la efectúa, desde las competencias que vienen informadas por la ley, *u. gr.*, judicial, legislativo o judicial; o bien se habla de una postura material, acá se atañe a la naturaleza u esencia de la función que desempeña el órgano; ha de ser entonces judicial, si es que se emite una resolución jurisdiccional, será legislativa si es que se plasma en la

dación de una ley y será administrativa si a través de un acto administrativo se procura la satisfacción de una demanda comunitaria.

De la estructura conceptual del “estado de derecho” no solo se desprende el principio de separación de poderes sino también el principio de legalidad, como vinculación estricta y basamento funcional de toda la Administración pública; un entendimiento de legalidad, que no solo ha de verse desde un plano formal, de la ley en sentido orgánico y procedimental, sino desde la cúspide y vertiente de orden constitucional, esto quiere decir de naturaleza material. La ley se convierte así en los cauces que guía, delimita y legitima toda la actuación de la Administración pública, a su vez como mecanismo de interdicción a todo viso de arbitrariedad pública, como fundamento de los derechos comunitarios.

La expresión de este sometimiento (verdadera conquista del Estado de derecho, junto con el denominado principio de libertad) la constituye el denominado principio de “legalidad”, el mismo que en sentido estricto, refiere la idea de la sujeción de los poderes públicos a las normas jurídicas y al derecho. (HUAPAYA TAPIA, 2012)

Sobre la personalidad de la Administración pública, se acude al concepto de la Administración como “persona jurídica”; al respecto la doctrina española más entendida, señala que la relación estructural entre la realidad constituida por la Administración pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. Para el derecho administrativo la Administración pública es una persona jurídica.

La Administración pública se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto.

A nuestro entender la Administración pública importa la manifestación más pura del poder estatal, una dimensión pública que toma lugar a través de las decisiones

que se adoptan en su seno, por parte de quienes asumen su conducción y ejecución, lo que a su vez determina su potestad reglamentarista así como su poder coercitivo.

Conforme lo anotado, se acentúa la dirección finalista de la Administración pública, en cuanto ente de actuación, organización y ejecución de prestaciones pública, en procura exclusivamente de los intereses comunitarios (generales), como consagración declarativa de orden constitucional.

Los deberes del Estado se predicen precisamente con los derechos fundamentales de los individuos, en tanto comprenden las competencias que la autoridad pública se encuentra obligada a ejercer en beneficio del conjunto social.

La Administración pública, modernamente, es una forma de cooperación, generalmente requerida para atender las necesidades humanas, por lo que sus fines son amplísimos y numerosos, ya que en todo se precisa esa cooperación.

(CERVANTES ANAYA, 2013)

2.7.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO XVIII DEL CÓDIGO PENAL

Debemos entender por “Administración pública”, tomando en cuenta su acepción desde el derecho administrativo, en mérito a su connotación desde una perspectiva del Estado constitucional de derecho, como personalidad jurídica encaminada a la realización y ejecución de las prestaciones públicas. Empero, necesitamos dotar de cierta sustantividad a dicha concepción, a efectos de cautelar su materialidad como bien jurídico —merecedor de tutela penal—. El término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descritas (la propiamente ejecutiva la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas. (DONNA, 2014)

En palabras de Bernal *Pinzón*, la expresión Administración pública utilizada por el legislador debe entenderse como “el conjunto de funciones ejercidas por los varios

órganos del Estado en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad”.
(BERNAL PINZÓN, 2013)

Lo dicho tiene especial repercusión en la tarea de distinguir entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, sabedores que ambas esferas pertenecen al derecho administrativo sancionador, como el núcleo más duro del ordenamiento jurídico; siendo que el derecho penal es privativo de las sanciones de mayor injerencia para las libertades fundamentales de los individuos, esto es, la pena.

2.7.1.- Antecedentes

A partir de la concepción de un derecho penal liberal, era lógico que los primeros bienes a tutelar, sean aquellos que sostienen la base existencial del individuo; v. *gr.*, la vida, el cuerpo y la salud, como intereses superiores que se constituyen en la base material y en la *conditio sine qua non*, para que el individuo pueda desarrollar plenamente sus demás bienes en un ambiente de plena libertad. Desde el Código Penal de *Fuerbach* de 1823 esa fue la tendencia política criminal, en la medida que los primeros intereses jurídicos objeto de tutela eran los bienes jurídicos personalismos o pertenecientes al denominado “derecho penal nuclear”.

En tal entendido, estos son los primeros valores fundamentales que son dignos de protección penal, pero, no puede considerarse a la persona humana desde un individualismo extremo, tal como lo expresa *Weber*, el hombre solo es persona en sociedad, y como tal ingresa a participar en una serie de interacciones sociales, de cuya participación pueden derivarse afectaciones y la frustración de expectativas legítimas.

El nacimiento del Estado Republicano y de los Estados Nacionales fue obra de toda una gesta independista en América Latina luego de la ruptura colonialista de los Estados europeos de occidente¹. Fue plasmándose así la

¹ Así, en referencia, al apuntar que el derecho penal es, obviamente, un producto político y en particular un producto de los Estados nacionales del siglo xix que adquiere plasmación última en las codificaciones respectivas. **Silva Sánchez, J. M.**, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal

conformación de democracias sociales participativas, ya no solo orientadas al plano de la legalidad estatal, de sujetar la actuación de los órganos públicos al plano de la legalidad; sino también, que la intervención estatal se dirige fundamentalmente a la prestación de servicios públicos, en la medida que el Estado social implica dirigir la actividad estatal sobre todo un abanico de prestaciones sociales, teniendo como destinatarios a los comunitarios.

Es bajo el marco del Estado constitucional de derecho que se dividen los poderes del Estado, antes monopolizados por la persona de rey en las monarquías absolutas, donde la titularidad del *iuspuniendi* se ha dividido entre el parlamento y la justicia¹², donde el Poder Ejecutivo se encarga de la administración de gobierno y para dividir en sectores esta tarea, se crean ministerios e instituciones especializadas; asimismo, las circunscripciones territoriales toman también fuerza de administración local y regional, mediante las municipalidades y los gobiernos regionales, bajo la estructura de los cabildos que tiene como principal función servir a los vecinos según sus específicas necesidades sociales.

Entonces, toda esta actividad pública se enmarca en el concepto de “Administración pública”, cuya legitimidad se sostiene sobre la base del interés general y sobre el bien común, en la medida que una función esencial del Estado social es de promover eficazmente los derechos del individuo, bajo la proclama garantista del artículo 1 de la Ley Fundamental, que consagra a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Bajo tal línea argumental, surge la necesidad de tutelar que estas prestaciones públicas se realicen y desarrollen bajos los principios fundamentales que inspiran todo nuestro sistema *ius constitutionale*.

Dicho lo anterior, estamos en condición de afirmar que la relevancia y la necesidad de tutela de bienes jurídicos supraindividuales, en este caso, de naturaleza estatal o dígame “institucional”, se sostiene sobre la necesidad de hacer efectivos los bienes comprendidos en la esfera de libertad del individuo. Se trataría, por tanto, de “bienes intermedios” que posibilitan el acceso social

de los ciudadanos a las prestaciones públicas que el Estado se encuentra obligado a desarrollar conforme al interés general de los administrados, es decir, como intereses públicos de naturaleza instrumental que deben ser protegidos y mantenidos siempre que aparezcan legítimos intereses en tanto satisfagan las exigencias de justicia básicamente: libertad e igualdad; (ALCACER GUIRAO, 2014) en tanto que en una sociedad democrática participativa debe procurarse que el individuo participe activamente en las relaciones intersociales y en su relación con el Estado, que se manifiesta a partir de una serie de actividades públicas, necesarias para el mantenimiento de una sociedad justa e igualitaria, sostenida en el contrato social y en el paradigma del bien común.

En un Estado social y democrático de derecho los bienes colectivos deben surgir de la propia estructura social y, más concretamente, del sistema de relaciones macrosociales existente en ella, deben apoyarse sobre categorías empíricas que alcancen a expresar la idea que les sirve de fundamento: el tratarse de presupuestos o condiciones para la protección y el desenvolvimiento de los bienes individuales. (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, 2001)

Conforme lo anotado, las condiciones del sistema social a partir de la actividad pública únicamente se hacen efectivas cuando la participación social del individuo está asegurada a partir de instituciones que promueven y posibilitan la vida social del mismo, con arreglo al precepto constitucional (artículo 2.14) que consagra el derecho de toda persona a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Desde esta perspectiva, la valoración positiva -como señala (ALCACER GUIRAO, 2014) de las instituciones públicas viene dada por la funcionalidad para la maximización de los intereses de la persona, por lo que su protección como bienes jurídicos solo será justificada desde esa perspectiva personalista. Su fundamento entonces radica en propiciar espacios de participación social en los procesos distributivos de las prestaciones públicas ejecutadas por los diversos estamentos que integran la Administración pública.

En el caso presente, escribe *Bernal Pinzón*, el Estado obra a través de los órganos de la Administración pública, y esos órganos de la Administración pública, representantes del Estado frente a los terceros, son los funcionarios públicos; personas naturales investidas de ciertas cualidades que representan la persona jurídica “Estado” en su necesaria relación con los terceros¹⁶; son por tanto, los funcionarios y servidores públicos los encargados de ejecutar las prestaciones públicas, quienes asumen la labor de dar operatividad y funcionamiento a la Administración pública.

El artículo 39 de la Ley Fundamental prescribe a la letra lo siguiente: “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”, en la medida que el cargo ejercido se sustenta en un deber jurídico-público que implica que toda la actividad pública ejercida por el funcionario o servidor público debe orientarse estrictamente a los intereses generales de los administrados, en tanto, el sistema socio-estatal implica una promoción activa del Estado para asegurar eficazmente los derechos del individuo.

La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno en cuanto es responsable de dirigirla, (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, 2001) de establecer los mecanismos necesarios que permitan asegurar una Administración pública adecuada firmemente en los cánones democráticos. Consecuentemente, el concepto de Administración pública en sentido jurídico penal, como sostiene *Molina Arrubla*, puede ser examinado en el conjunto de actividades que desarrolla, presentándose entonces el concepto material de la Administración pública; o puede ser apreciada a través de los organismos que ejecutan esa actividad, teniéndose así el concepto o el aspecto subjetivo de la Administración pública.

2.7.2.- Desarrollo teórico-conceptual

En nuestra consideración, la calificación jurídico penal que se extrae de la actividad pública así como la delimitación del objeto de tutela, debe ser vista

en cuatro planos debidamente identificados:

- Las actuaciones del funcionario o servidor público, que toma lugar de forma interna (intra-administrativas), y que tienen la idoneidad de afectar el normal desarrollo de la actividad pública, a partir de diversos grados de lesividad, susceptibles de afectar derechos de los particulares, *u. gr.*, abuso de autoridad, Omisión de Actos Funcionales, etc.
- La afectación del servicio a los intereses generales, pues, son los ciudadanos los accesorios finales de las prestaciones públicas, por ende, aquellos son los principales afectados cuando se cometen injustos materialmente perpetrados en prevalimiento de la función pública. *gr.*, aquellos que llevan *in situ* un contenido patrimonial, ejemplo: peculado, malversación de fondos, concusión, colusión ilegal, exacciones ilegales, etc.
- Las conductas que suponen una privatización del cargo, la superposición de los intereses particulares del *intraneus* sobre aquellos estrictamente generales, *v.gr.*, delitos de cohecho pasivo, enriquecimiento ilícito, etc.
- Los comportamientos prohibidos perpetrados por los particulares (*extraneus*), que no suponen una infracción del deber, más constituyen un atentado contra la legitimidad de la función pública, contra su normal funcionamiento así como contra la objetividad e imparcialidad de la actuación funcional, *v. gr.*, usurpación de funciones, resistencia y desobediencia contra la autoridad, cohecho activo, tráfico de influencias, etc.

Quiere decir, lo anterior, que la Administración pública puede ser lesionada por la conducta delictuosa de sus propios representantes, es decir, desde “dentro”, y entonces su autor será un *intraneus*-, o también puede ser perjudicada por los particulares.

Bien, pasaremos ahora a definir el bien jurídico objeto de tutela en los delitos contra la Administración pública, no sin antes advertir al lector que no es posible sistematizar de forma homogénea el bien jurídico tutelado, en la medida que los diversos tipos penales que se aglutinan en este título señalan diversas formas de configuración típica, pues, la intensidad de la afectación viene sustentada por el sujeto activo de la infracción, el ataque a la función pública propiamente dicha (interna o externa) y su afectación material.

Conforme a lo anotado, habrá que hacer mención a una posición en la doctrina que pretende sostener la materialidad del injusto sobre los principios deónticos, como la ética, la honestidad y la moral del cargo, así como el prestigio y la dignidad de la función pública. (ZARAZO OVIEDO, 1996)

Posición incoherente con una función de hermenéutica que la teoría del bien jurídico debe desempeñar en el marco de una política criminal sostenida bajo los postulados del Estado social y democrático de Derecho. Llevar esta posición a todas sus consecuencias implica un ámbito de interpretación confusa y ambigua, en la delimitación conceptual entre el injusto penal y el injusto administrativo, en tanto que una infracción administrativa supone también una conducción del funcionario contrario a los valores deónticos, lo que en definitiva conllevaría retornar a un derecho penal impregnado de acepciones etizantes y moralistas, valores que no se adecúan a un derecho punitivo fundamentado básicamente sobre valoraciones de cuño democráticas.

Las postulaciones descritas denotan ideologías insostenibles en el marco de Estado Democrático de Derecho, que supone, en principio, la remisión imprescindible a una imagen pluralista del Estado y de la sociedad, sobre las condiciones irrenunciables de la convivencia en una comunidad jurídica. Como bien apunta *Zipf*, se debe determinar los límites constitucionales de la potestad discrecional legislativa para la legislación penal, a fin de eliminar el reproche de manipulabilidad jurídica del delito; pues el ámbito de protección de los tipos penales deben estar delimitados según el mandato de tolerancia, a efectos de evitar una confrontación política o ideológica.

La materialidad de estos injustos penales se sostiene sobre el prevalimiento del cargo, el abuso de la función pública al momento de sobreponer los intereses particulares sobre los intereses generales, que supone debe tutelar toda la actividad pública. El rasgo distintivo —esencial— de su estructura se descubre en un abuso de la autoridad, de la posición privilegiada o de los medios materiales proporcionados por el ejercicio de un cargo público; y en un abuso especialmente grave, además, en la medida en que se trata de “instrumentos” que han sido confiados y puestos a disposición —legalmente, o de acuerdo con la organización interna del servicio— del sujeto. (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, 2001).

Los autores de estos tipos de delito son, fundamentalmente, constituidos por los titulares de la función pública, que en el ámbito propio del cargo realizan comportamientos atentatorios contra la Administración pública que son legalmente desvalorados como delitos funcionariales.

El prevalimiento, entonces, es sostenido por el dominio de particulares esferas de organización funcional que solo le incumben a quienes ejercen determinada función pública, la lesión de deberes de cuidado, estatus especial que se configura a partir de una relación del sujeto (*intraneus*) con el objeto de protección, son deberes de organización, de carácter institucional. En tal medida, son considerados como delitos especiales propios, en tanto la calidad de autor del sujeto interviniente es un elemento normativo que le confiere una sustantividad especial a estos injustos penales.

Dicho lo anterior, sostenemos entonces que el bien jurídico objeto de tutela en los delitos contra la Administración pública, debe sistematizarse conforme a los principales y valores consagrados en la Constitución Política del Estado, que refleja la imagen de un Estado social y Democrático de Derecho, de cuyo cuño puede decirse lo siguiente: el Estado debe de procurar que toda la actividad pública se realice y desarrolle de forma objetiva, imparcial e independiente, es decir, es el principio de legalidad que debe irradiar el normal desenvolvimiento de la Administración pública. En palabras de **Ortiz**

Rodríguez, la Administración pública debe ser oportuna, pronta y eficaz. (MOLINA ARRUBLA, 2015)

Dicho en nuestras propias palabras: en el marco del ejercicio público pueden realizarse una serie de perturbaciones, que para poder ser consideradas ilícitos penales deben de afectar cualitativa y cuantitativamente el normal funcionamiento de aquella de forma considerable, de conformidad con los principios de *ultima roño*, de subsidiariedad y de fragmentariedad del derecho penal.

Constituye un legítimo interés de la comunidad en su conjunto que toda la función que se desarrolla y ejecuta en todos los estamentos componentes de la Administración pública, tomen lugar conforme a los parámetros contenidos en la Ley Fundamental, que tienen como eje axiológico: el interés general.

El bien jurídico desde una perspectiva funcional sería la objetividad, la imparcialidad e independencia como criterios rectores que debe guiar toda la actividad pública prestacional, y desde un sentido social sería las legítimas expectativas de los administrados de que la función pública sirva estrictamente a los intereses generales comunitarios.

Desde una perspectiva general, **Rainieri** expresa que atenían contra la Administración pública los delitos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones. (MIR PUIG, 2000)

En un Estado democrático y social de derecho, entonces, debe asegurarse la participación del individuo en las diversas actividades socioeconómicas-culturales, que son necesarias para su integración social y para su autorrealización personal; es que en un ámbito colectivo, la persona humana no solo debe tener un reconocimiento y tutela de sus derechos subjetivos inherentes a dicha condición ontológica, sino también permitir su desarrollo como tal, significa promover su acceso a los fines sociales que el Estado debe también tutelar.

Surge así, desde las bases de un Estado social, las prestaciones públicas que han de ejecutarse según los cometidos *ius constitucionales*, esto quiere decir, dirigidos hacia los intereses generales, para que los ciudadanos puedan hacer uso real de las libertades que el orden jurídico plasma en su normatividad y, para ello, los diversos estamentos que se comprenden en la Administración pública, deben prestar dichos servicios de forma objetiva, imparcial e independiente, a fin de satisfacer las expectativas sociales e individuales, que debe resguardarse según la máxima de legalidad.

En definitiva, el marco en el que deben situarse los delitos contra la Administración pública es el que viene perfilado en la Constitución y, por lo tanto, son irrenunciables las referencias a que los poderes públicos, en general, y la administración, en particular, se encuentran sometidos por mandato constitucional a la ley y al derecho.

Recordemos que el bien jurídico tiene una base constitucional, pues en principio solo pueden ser objeto de tutela aquellos intereses jurídicos que gozan de reconocimiento por parte de la Ley Fundamental, y de ahí que se diga con corrección que la función pública en el marco de un orden democrático de derecho debe desempeñarse con objetividad, legalidad, imparcialidad e independencia, criterios que llenan de contenido material al bien jurídico y que a su vez permiten negar la relevancia jurídico-penal de conductas que no ponen en peligro dichos principios constitucionales, imprescindibles en la tarea delimitadora de las meras desobediencias administrativas con el injusto penal.

No son entonces bienes jurídicos personalísimos que de forma concreta puedan ser percibidos por el común de las gentes, sino que por su naturaleza funcional se encuentran vinculados directamente con los primeros, como mecanismo participativo de una real democracia.

Se trata, por tanto, de bienes jurídicos de naturaleza “institucional”, puesto que su titularidad esta atribuida al Estado, que se representa a través de sus diversos estamentos públicos y, a la vez, “intermedios”, pues su legitimidad

reposa en un fundamento individual de la persona humana, funcional, al constituir en la plataforma necesaria para el desarrollo del individuo. Ello se debe afirma **Alcacer Guirao**, que para el desarrollo de las condiciones de participación social del individuo no solo será precisa la protección inmediata de los bienes inmediatamente circunscritos a la libertad personal, sino asimismo la protección mediata de los mismos a través de la tutela de estados intermedios de la organización social (bienes jurídicos “intermedios”, cuya ratio radica en una anticipación de la tutela penal de bienes personales, siendo el centro de la discusión no el ámbito de bienes a proteger, sino la técnica de protección), así como la protección de instituciones públicas, los cuales pueden configurarse como bienes jurídicos supraindividuales (bienes jurídicos “institucionales”).

Ahora bien, visto lo anterior, queda por dar un contenido material al bien jurídico tutelado en el título XVIII, que de forma general pueda sistematizar el interés —objeto de tutela—, pues es de verse que las diversas figuras delictivas que se comprenden en dicha titulación, aunado a la especificación de la Administración de Justicia, responden cada uno de ellos a ciertos criterios de política criminal, amén a su propia naturaleza, lo que cual no es óbice a renunciar a la tarea emprendida. Máxime si la definición material en cuestión es imprescindible para delimitar el ámbito de incidencia entre las meras infracciones administrativas y los injustos penales, que ha de seguir pautas de determinación “cualitativas” o de trascendencia del acto administrativo, en el sentido, de que únicamente las graves perturbaciones al bien jurídico (Administración pública), pueden ser reputadas conductas con relevancia “jurídico-penal”, cuando el funcionario y/o servidor público afecta de forma considerable el normal funcionamiento de la función pública, desde la perspectiva de los parámetros jurídico-constitucionales de imparcialidad, objetividad e independencia de toda actuación pública.

Dicha concreción material se ajusta plenamente a los principios legitimadores del *ius puniendi* estatal, conforme a la idea de última ratio de mínima intervención y de subsidiariedad en la intervención del aparato punitivo del Estado. Evidentemente, señala **Feijoo Sánchez**, el derecho penal, debido a su

carácter fragmentario, no puede considerar injusto merecedor de pena toda infracción de un deber por parte de un funcionario. Solo se reacciona frente a los “ataques” más intolerables contra la función que la Administración pública desempeña en nuestra sociedad. (FEÜÓO SÁNCHEZ, 2010).

En resumidas cuentas, el Derecho penal solo a de intervenir ante aquellas conductas que de forma trascendente defraudan los intereses de la comunidad, que se ven afectados cuando el funcionario perturba dicho cometido, implicando a la vez un aspecto “funcional” de referente individual. La importancia que el buen funcionamiento de la Administración tiene para la sociedad en general justifica sobradamente la intervención penal respecto de los comportamientos que sean idóneos para lesionar gravemente la seguridad y la confianza de los ciudadanos en su correcto funcionamiento.

CAPITULO III

RESPONSABILIDADES DE LOS TRABAJADORES EN LA ADMNISTRACION PÚBLICA.

3.1.- INTRODUCCIÓN

Para llegar a determinar la **responsabilidad**, de los trabajadores de la administración pública se ha realizado un análisis de la realidad, y; visitas periódicas a entidades de la administración pública durante el desarrollo de la presente Tesina. Rescatando la siguiente información.

La palabra responsabilidad contempla varias definiciones posibles, de acuerdo al diccionario de la Real academia Española se trata del cargo o la obligación moral que resulta para un sujeto del posible error cometido en un asunto determinado. La responsabilidad es también la obligación de reparar y satisfacer una culpa, otra definición posible mencionada por la Real academia Española , señala que la responsabilidad es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer las consecuencias de un hecho que realizo con libertad .Por tanto una persona responsable es aquella que ocasiona en forma consciente un hecho y que puede ser imputada por las consecuencias que dicho hecho genere ,de esta forma ,la responsabilidad ,es una virtud de los seres humanos.

En el derecho se habla de responsabilidad jurídica cuando un sujeto viola un deber de conducta que ha sido señalado previamente por una norma jurídica a diferencia de una norma moral ,la ley procede de un organismo externo al sujeto (el Estado) y es coercitiva.

Una persona es juzgada de acuerdo a la ley y que es considerada como responsable de la violación de una norma jurídica recibirá entonces una sanción que puede incluir pérdida de la libertad.(encarcelamiento).

3.1.1.- Los Funcionarios y Servidores Públicos.

Según CABANELLAS (2010) se entiende por funcionario “es toda persona que desempeña una función o servicio, por lo general público. La Academia, se inclina resueltamente a la equiparación de funcionario con empleado

público.” Asimismo define a la función pública-apoyándose en el tratadista Mayer- como “un círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación del Derecho Público de servirle”.

La Ley 27815 Ley del Código de Ética de la Función Pública define a esta como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos” esto supone que no hace distinciones en cuanto que todo trabajador sea de cualquier rango jerárquico y de cualquier modalidad de contratación realiza función pública entendida aquella que le faculta la representatividad del Estado y de todos los ciudadanos en la realización de sus actos”.

La legislación peruana define, asimismo, ya sea en forma simultánea como separada estos conceptos, así se tiene que el Decreto Supremo N° 005-90-PCM “Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa (BENDEZU, 2005) en su artículo 3° “: Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares”, asimismo en su artículo 4° indica” considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme el ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los Poderes Públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley”.

Por otro lado La Ley 27815, engloba en una sola definición ambos conceptos ya que su artículo 4° dispone”: 4.1.A los efectos del presente Código se considera como servidor a todo funcionario, servidor o empleado en las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o efecto que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado”. Esta acepción es la que se utilizará en el presente trabajo a efectos de no crear confusión y/o distinciones.

El común denominador es que estas acepciones son que servidor público representara al Estado y por extensión a los ciudadanos en su conjunto y como tal le son inherentes derechos, obligaciones y responsabilidades surgidos de su actuación en la función pública.

3.2.- RESPONSABILIDADES EN MATERIA ADMINISTRATIVA, CIVIL Y PENAL.

3.2.1.- Definición De Responsabilidad

Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra Responsabilidad significa: calidad de responsable y Responsable es aquel Obligado a responder de ciertos actos, lo cual denota que la responsabilidad es inherente a asumir obligaciones ante la actuación de un individuo.

(CABENELLAS, 1980)

Responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la perdida causada, el mal inferido. Deuda Moral. Cargo de conciencia por un error. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario.

A.- La Responsabilidad Funcional Del Servidor Público.

Las entidades públicas para el ejercicio de sus funciones cuentan con dos grandes rubros normativos: uno interno, que está formado por las normas internas de cada entidad como el Manual y Reglamento de Organización y Funciones, Manuales, Directivas etc. y que son las que posibilitan su funcionamiento interno, Asimismo cuenta con un rubro normativo externo que está compuesto por la normatividad dictada por entes distintos de la entidad y que son de cumplimiento obligatorio, como por ejemplo la Ley Presupuestaria del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado, entre otras. Es en este marco normativo que los servidores públicos desarrollan su accionar y es el incumplimiento de esta normatividad la que le genera responsabilidad funcional.

Al respecto (ZEGARRA, 2003) sostiene que la responsabilidad nace por un acto que invade la esfera del derecho, o el interés ajeno, y como el Estado es

una persona moral, el acto de aquel es la operación concreta de un funcionario en el desempeño de su cargo. Por lo tanto, la responsabilidad de las autoridades y en general del personal administrativo se deriva de aquellas acciones u omisiones incurridas con motivo del ejercicio de sus funciones públicas.

Esta responsabilidad debe estar encaminada a velar por el bien común, es decir por el interés público y ella debe reposar en un accionar del servidor acorde a las normas así como a los principios de moralidad y ética, al respecto BENDEZU, sostiene que “ Todo servidor público, desde el más encumbrado hasta el más humilde, ha de cumplir a cabalidad las labores del cargo asignado, con la mayor dedicación, eficiencia y responsabilidad... debe satisfacer a plenitud la demanda poblacional o el requerimiento del público usuario...”

La responsabilidad funcional puede clasificarse en:

Por su exigibilidad

Interna, cuando el afectado es la entidad y externa, cuando lo es el administrado o usuario.

Por su actividad generadora

Responsabilidad por acción, cuando el servidor público comete una infracción en la ejecución de un acto y responsabilidad por omisión, cuando estando obligado normativamente a ejecutar un acto no lo hace incumpliendo su función (conducta omisiva)

Por la materia

Responsabilidad administrativa, civil y penal, esto se desarrollará en el siguiente literal.

Por sus consecuencias

Responsabilidad simple, cuando deviene sólo en una responsabilidad de tipo administrativo y no concurren ni la civil ni la penal y Responsabilidad Compuesta cuando incurra en más de una responsabilidad (administrativa, civil o penal).

B).- Responsabilidad Administrativa

La Responsabilidad Administrativa es aquella cuando en el desempeño de sus labores el servidor desarrolla una gestión deficiente o negligente. Considera los siguientes criterios (entre otros):

- No lograr resultados razonables en términos de eficiencia, idoneidad y economía procesal.
- No realizar una gestión transparente en cuanto a la supervisión
- Control de los sistemas operativos y fiscalizadores.
- No respetar la independencia de auditoría interna.
- No agotar acciones para preservar los bienes patrimoniales y recursos materiales de la entidad.

Este tipo de responsabilidad es consecuencia de la infracción del servidor público de algún precepto que guía su gestión, esta infracción es pasible de la aplicación de una sanción administrativa ejercida por la entidad en uso de su facultad sancionadora.

C).- Responsabilidad Civil

La Responsabilidad Civil es aquella en la que incurren los servidores por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones y que hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado. Para que se configure es necesario que esta se realice en pleno uso de sus funciones por dolo o por culpa.

Esta responsabilidad implica la resarción económica del daño ocasionado y ocurre por ejemplo cuando por negligencia del servidor se pierde o roba un vehículo de la entidad, este será procesado en el Fuero Civil por daños y perjuicios y de los cuales se derivara la indemnización correspondiente.

D).- Responsabilidad Penal.

Es cuando en el desempeño técnico-ocupacional el servidor incurre en acto u omisión tipificada como delito o falta. Estos ilícitos son tipificados en el Código Penal como “Delitos contra la Administración Pública “en el Título XVIII y concretamente en el Capítulo II” Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”. Entre los que se tiene: peculado, concusión, malversación, cohecho, corrupción de funcionarios, entre otros.

En este tipo de responsabilidad la sanción (pena) no es aplicada por la entidad sino por el Órgano jurisdiccional, previo proceso, y el objeto de la pena no está relacionada con la mejora del servicio sino de la actitud represora del Estado ante la ocurrencia de ilícitos que afectan no sólo a él sino a la sociedad.

Consecuentemente un servidor público puede incurrir en una o más responsabilidades conjuntas por un mismo hecho, así por ejemplo aquel servidor que se apropia de dinero que le es entregado para su custodia tiene responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las normas de cautela de dinero (Tesorería), le cabe también responsabilidad civil por el perjuicio ocasionado a la entidad y al Estado - por lo que tiene que ser resarcido- y por último le alcanza responsabilidad penal por cuanto esta acción está tipificada como peculado en el artículo 387° del Código Penal.

Esta triple responsabilidad está recogida en la legislación peruana que regula la actuación del servidor público, así tenemos

- El Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en su artículo 25 ° dispone”: Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan”.
- La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en su Capítulo VII, Régimen Disciplinario, artículo 19° regula que”: Los empleados públicos son responsables civil, penal o administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público”.
- La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento General Administrativo en su artículo 243° Autonomía de responsabilidades indica:

243.1. Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.

243.2 Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario”.

El cumplimiento de las disposiciones en la normas vigentes no podrá dar lugar a represalias contra los funcionarios responsables en el cumplimiento de las mismas.”

Todo esto denota, pues, que el servidor público enfrenta tres tipos de responsabilidades en el ejercicio de sus funciones (responsabilidad funcional triple) y ellas pueden presentarse separadamente o simultáneamente frente a un mismo hecho calificado de infracción a la normatividad vigente.

Esta triple responsabilidad está debidamente tipificada en las diversas normas que regulan el accionar del servidor público y por tanto este debe actuar buscando no incurrir en ninguna de ellas por cuanto enfrenta sanciones igualmente triple: administrativa, civil y penal.

3.3.- EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

La Administración pública se organiza a través de una serie de estamentos cuya correcta funcionalidad es vital para la consecución de los fines sociales que se le asigna al Estado según los preceptos constitucionales pertinentes; empero, como se ha sostenido, la Administración es un ente abstracto, de modo que su concreta actuación se manifiesta a partir de los servicios públicos que ejecutan, desarrollan y desempeñan los denominados funcionarios y/o servidores públicos.

El funcionario público, alega *Laura Ortiz*, es uno de los actores de mayor importancia dentro de la estructura burocrática estatal de nuestro país y tiene responsabilidad, ello si se tiene en cuenta la característica especial de su labor frente a los órganos de control del estado.

Funcionario público es toda aquella persona que en mérito de designación especial y legal como consecuencia de un nombramiento o de una elección y de una manera continua, bajo normas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia ejecuta la voluntad del Estado en virtud de un fin público.

Servidor público es el denominado empleado público, es la persona técnica o profesional que presta su actividad para la realización de los fines de interés público, cumpliéndolos de hecho o ayudando a su realización a cambio de ciertos derechos exigibles a la administración.

Ambos, funcionarios y servidores públicos ejecutan, desarrollan y desempeñan sus actividades a nombre de la Nación y como tales han de servir los intereses estrictamente comunitarios. De hecho, que la investidura de funcionario público adquiere una distinción importante con respecto al servidor público, pues solo a él se le confieren capacidades decisorias, resolutivas, lo que viene de la mano con el concepto de “autoridad”.

El ingreso a la carrera pública se determina a partir de las leyes aplicables, ora el Decreto Legislativo N.º 276 o el Decreto Legislativo N.º 728 (Ley de Fomento del Empleo) así como una vastedad de normativas que se han difuminado en los últimos tiempos en el campo del derecho laboral público, al punto de definirse una naturaleza civil en algunos casos, cuando se observa la gran cantidad de trabajadores que se encuentran inmersos en un contrato de servicios no personales en el aparato público del Estado.

Hablamos entonces de una formalidad para el acceso a la función pública que puede ser por concurso, por convocatoria pública, así como el denominado personal de confianza que nombra directamente a los altos funcionarios del Estado; en tal entendido, la cualidad de funcionario público, importa el revestimiento que se le confiere a determinados ciudadanos para ejercer una actuación u autoridad pública, al margen del procedimiento accesitario, es decir, la vía legal y laboral, del acceso a la función pública.

Las formalidades legales y procedimentales, de cómo el ciudadano ha de ser investido con la categoría de funcionario público, supone un aspecto importante en el abordaje estrictamente del derecho administrativo, lo que a su vez comprende un régimen disciplinario que motiva la incidencia de un aparato público sancionador, una cuestión distinta tenemos en el campo del derecho penal, en el sentido de

reconocer dicha cualidad a efectos de atribuir responsabilidad penal. No olvidemos que el fundamento material de los injustos que atacan a la Administración pública se fundamenta en la especial vinculación (institucional) del *intraneus* con el objeto material del delito y para ello no ha de interesar que dicho agente tenga la calidad de funcionario público, en mérito a un acceso formalmente y legalmente impecable.

El derecho punitivo debe en la medida de lo posible construir sus privativos conceptos, que sin resultar abiertamente contrarios a la esfera jurídica extrapenal puedan cubrir los cometidos de política criminal, en esa incansable tarea de proteger los bienes jurídicos, sea de orden personal, colectivo e institucional.

Nos parece interesante la distinción elaborada por **Cervantes Anaya** en la doctrina administrativa nacional, al escribir que desde un punto de vista formal, son funcionarios del Estado los designados o nombrados, según las formalidades establecidas por el estatuto de funcionarios. Desde el punto de vista material, son funcionarios los individuos que en virtud de elección especial del Estado, tienen la obligación de desempeñar fielmente una función pública, cuyo servicio no ha sido determinado cuantitativamente.

Desde un aspecto en puridad punitivo, podemos hacer referencia a aquellos funcionarios y/o servidores públicos de derecho (de *lure*) y aquellos que se encuentran desempeñando una determinada actividad pública de facto, al adolecer de ciertos defectos en su nombramiento y/o designación. Algunos de ellos pueden ser nombrados en mérito a un concurso público, merced a una designación del jefe del sector (personal de confianza) o mediando elección popular (presidente de la República, congresistas, alcaldes, regidores, presidentes del gobierno regional, etc.).

Lo dicho es en suma relevante, en orden a establecer el círculo de autores en aquellos injustos estrictamente sostenidos en la posición funcional, en cuanto a la comisión de delitos como abuso de autoridad, peculado o malversación de fondos, en cuanto a sujetos que pueden ser identificados como autores.

Ahora bien, desde un vistazo de la *lege lata* apreciamos que el legislador ha pretendido construir un concepto omnicomprendivo de funcionario público, tal como se desprende del tenor literal del artículo 425 del CP, concordante con la llamada “extensión de punibilidad” contenida en el artículo 392 del CP. Por consiguiente, se advierte sobre una orientación criminalizadora del legislador a efectos de hacer ingresar a la red de punición a una mayor cantidad de personas, lo que si bien puede resultar criminalmente satisfactorio es dogmáticamente desacertado cuando se incluyen a personas que no se encuentran vinculados funcionalmente con la Administración pública.

El artículo 425° del CP, declara a la letra lo siguiente:

“Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley”.

El primer numeral hace referencia a aquellos funcionarios y/o servidores públicos comprendidos en la “carrera administrativa”; el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 276 dispone lo siguiente:

“Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración pública. Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. Se expresa en una estructura que

permite la ubicación de los servidores públicos según calificaciones y méritos”.

Los artículos 3 y 4 del D. S. N.º 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, preceptúan lo siguiente:

“Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares. Hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a ley.

Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley”.

Todos aquellos servidores (empleados públicos), cuyo escalafón funcional se encuentra adscrito en el ámbito de la ley mencionada, constituyen sujetos formalmente integrados en la carrera administrativa, según una relación de derecho público (administrativo). En la actualidad se ha diluido significativamente la institución de la carrera pública, debido a la arremetida en los últimos años del régimen laboral privado.

En el segundo numeral se ubican aquellos que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; los primeros de los nombrados son aquellos que ejercen la función pública en virtud de un proceso eleccionario de carácter político, son los votantes que en sufragio universal eligen a sus gobernantes, como es el caso del presidente de la República, los congresistas, los alcaldes, presidentes de gobiernos regionales, regidores, etc. A su vez, en el alto escalafón funcional del Estado aparecen los ministros de Estado que son designados por el presidente de la República, estos a su vez designan a los viceministros y otros funcionarios (asesores) que son de confianza; así también los miembros del Directorio del BCR, del Banco de la Nación, el Superintendente de

Banca y Seguros (SBS), el Superintendente de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), los presidentes de los organismos reguladores (Osiptel, Osinergmin, etc.), el Superintendente de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, los directivos del Indecopi, el contralor de la República, el presidente de Cofopri, etc.

Los funcionarios nombrados se encuentran expresamente excluidos de la carrera administrativa, como es de verse en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 276.

Extensión de Punibilidad que también recoge a los depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan, a particulares; articulado que fuera modificado por la 7º Disposición Final de la Ley N° 28165 del 10 de enero del 2004.

En el quinto numeral se hace alusión a “los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”; se trata de servidores públicos que realizan particulares funciones públicas, en cuanto a la conservación y cautela del orden público y la seguridad nacional, tal como se desprende de la Ley Fundamental.

Si bien los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú se rigen por su propia normativa laboral, al fin y al cabo son también funcionarios y/o servidores públicos, por tanto incluidos en el tercer numeral. Tal vez los efectos simbólicos y socio comunicativos de la norma jurídico-penal, haya inspirado al legislador hacer una mención expresa de estos servidores públicos, que en base a un plano criminológico revela una justificación de normación específica.

Finalmente, en el sexto numeral se hace alusión a “los demás indicados por la Constitución Política y la ley”; que parece expresar una cláusula abierta, una especie de prescripción omnicomprendiva donde ha de recalar todos aquellos que al no detentar algunas de las vinculaciones funcionales que se glosan en los apartados precedentes, ostentan una determinada relación funcional con la Administración pública, pero de cara a una reforma legal a futuro, es decir, que de *lege ferenda* se regulen ciertas condiciones para adquirir dicho estatus funcional. No obstante, si dicho carácter viene definido por un precepto constitucional, habría

de sancionarse una normativa que desarrolle legalmente dicha caracterización, con arreglo al principio de legalidad.

3.4.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL, CONFORME LA REFORMA NORMATIVA AL ARTÍCULO 425, VÍA LA LEY N.º 30124

La interpretación de las normas jurídico-penales ha de tomar lugar bajo criterios muy particulares, esto es, bajo un confín —axiológico y teleológico a la vez—, basado en el fin esencial del derecho penal en un orden democrático de derecho: la protección de bienes jurídicos; de forma que la política criminal que se patentiza en el orden jurídico ha de estar orientada a tal legítimo objetivo.

Dicho lo anterior, se tiene que en el marco de los delitos contra la Administración pública, —se tutelan bienes jurídicos de primer orden—, según el listado de valores compaginados constitucionalmente, entroncando valores instituciones y sociales que se ven gravemente perturbados cuando un funcionario y/o servidor público, en aprovechamiento de su competencia funcional, incurre en algunos de los delitos comprendidos en el capítulo II y ss del título XVIII del CP. A tal efecto, es que se diseñó los llamados delitos especiales propios, pues conforme es de verse en sus articulados correspondientes, se requiere contar con la cualidad funcional que allí se describe, la cualidad de funcionario y/o servidor público, por lo que aquellos que carecen de tal revestimiento funcional, no pueden ser autores, a lo más partícipes.

Siendo así, se alza como una labor imprescindible de la dogmática jurídico-penal definir con propiedad quienes pueden ser percibidos como funcionarios y/o servidores públicos a efectos penales; y esta tarea de hermenéutica no puede elaborarse desde un plano extrapenal, es decir, no será posible dicha construcción intelectual desde una estricta mirada al derecho laboral y al derecho administrativo, en la medida que el derecho penal ha querido diseñar normativamente su propio concepto de “funcionario público”, tal como se advierte de los incisos comprendidos en el artículo 425 del CP, dando lugar a una definición material —no formal— de incluir como potenciales autores a personas, que si bien no se encuentran insertos en el régimen laboral —propio de la carrera administrativa (Ley

N.º 276)—, al estar vinculados funcionalmente con la Administración (CAS, servicio no personales), también caen en la esfera de regulación jurídico-penal, en tanto y en cuanto están en condiciones de vincular jurídico y legalmente a la Administración con terceros, como sucede en los delitos de peculado y colusión ilegal, donde el funcionario que dirige la licitación público, que pueda estar contratado como CAS, igual puede contratar con los particulares, en representación de la entidad estatal, por ende, de defraudar al Estado, al concertarse con los licitantes.

Así también podrían mencionarse innumerables ejemplos, donde asesores (de alta dirección) que giran sus recibos por honorarios profesionales, en los hechos (funcionario de facto), pueden asumir roles de percepción u administración y así han de responder penalmente por el delito de peculado. Una posición contraria significaría debilitar injustificadamente los fines preventivos de la pena (general), así como de violentar el principio de igualdad; una situación que adquiere mayor vigor justificador cuando en el Perú se ingresa laboralmente a la vigencia de una serie de regímenes laborales, que se distancian de la carrera pública, al punto de sancionarse el Decreto Legislativo N.º 728, Ley de fomento al empleo en el sector privado, donde muchos trabajadores que laboran en la Administración pública se encuentran comprendidos en dicho régimen y, no por ello, no son susceptibles de ser considerados autores de peculado, malversación de fondos, abuso de autoridad, omisión de actos funcionales, etc.

Así, se dice que es funcionario o servidor público “todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”. Declaración normativa que se concatena con lo previsto en la Constitución, cuando esta señala en el artículo 40. Que “la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

Ningún funcionario en el marco del derecho laboral, con el que se esboza en el derecho penal, y que ahora, merced a la sanción de la Ley N.º 30124 de diciembre del 2013, ha quedado definido de forma taxativa, al haberse previsto en el inciso 3 del artículo 425, que se incluyen a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos; por lo que queda sin sostén cualquier argumentación jurídica que pretenda invocar exculpación de responsabilidad penal (de no tener la condición de funcionario público), en mérito a la previsión constitucional mencionada o ley extrapenal que lo indique de tal manera.

Entonces, lo que determina tal cualidad, no es la naturaleza del régimen laboral — al que pertenece el *intranseus*—, sino su posición funcional en la Administración, su vinculación competencial con el objeto material del delito (caudales, efectos, etc.), lo que precisamente le permite afectar los intereses jurídicos que se ponen a tutela del derecho penal en esta esfera de la criminalidad. Y, así puede citarse, el caso de los funcionarios públicos que emiten informes, sobre determinadas materias, cuyo contenido permite que otro sujeto público autorice el funcionamiento de una determinada actividad socioeconómica; por lo que este, sea cuales fuese la entidad estatal en la que labore, así como el régimen laboral que lo vincula contractualmente con la Administración, es susceptible de responder ante la justicia penal, ora como autor ora como partícipe.

Consecuentemente, el concepto de “funcionario público” en el derecho penal asume una naturaleza distinta a la del derecho administrativo y el derecho laboral, formulando una acepción distinta, lo cual se corresponde con su función de política criminal; el derecho punitivo no puede condicionarse a lo que diga una esfera de la juridicidad extrapenal, ello comporta elaborar sus propias categorías conceptuales, que sin vulnerar el principio de legalidad, pueda concretizar los fines político criminales valiosos que lo patrocinan. Una postura divergente significa abrir una puerta inexplicable hacia la impunidad, intolerable desde los cimientos de un Estado constitucional de derecho.

Vemos así que las coordenadas de política criminal son las que direccionan las

barreras de intervención punitiva, en la medida que el legislador —con las reformas normativas en particular— pretende asegurarse que más sujetos públicos caigan en las redes de la represión penal, a través de fórmulas normativas que permitan cobijar las conductas reprobadas bajo los alcances normativos de los tipos penales funcionariales; de hecho, no es lo mismo incidir en una tipificación penal del delito de hurto o apropiación ilícita que en el delito de peculado, en tanto, la magnitud de la sanción es mucho mayor, proponiendo un mensaje disuasivo más intenso (prevención general negativa) en un contexto social abrumado por casos de corrupción.

No olvidemos que el fundamento material del injusto funcionarial es la realización del comportamiento típico en el ejercicio del cargo público, por lo que el estado de desvalor —que es objeto de represión— debe ser consecuencia directa de un acto, en aprovechamiento, de la esfera estrictamente competencial del *intraneus*, al ser su especial vinculación con el objeto material del delito, lo que sustenta su posición de dominio social que es empleada para contravenir sus deberes jurídico-público esenciales.

Lo dicho cobra relevancia —en márgenes interpretativos— en algunos casos, cuando por ejemplo, el individuo ha sido recién designado para desempeñar determinado cargo público o ha sido proclamado para el mismo, recibe una dadiva y/o prebenda (o la promesa de obtenerla) para una vez asentado en el cargo realice una labor contraria a sus deberes legales (cohecho) o se compromete a impulsar leyes, —que tengan como beneficiarios a determinados empresarios en el rubro minero—, para lo cual recibe una gran cantidad de dinero, incrementando así de forma significativa su acervo patrimonial (enriquecimiento ilícito). Estos ejemplos dan cuenta de la dimensión temporal del delito, donde uno de los elementos de la tipicidad penal no están aún vigentes, pero sí luego de transcurrido cierto lapso de tiempo —en los casos mencionados—, la tipicidad penal se complementa una vez que el sujeto asume en concreto el cargo, y está en posibilidad de quebrantar los deberes inherentes al cargo que desempeña.

Entonces, lo que se manifiesta en la dación de la Ley N.º 30124 —recogido en el artículo 425.6 del CP—, importa un concepto anticipado de funcionario público,

que si bien contaba con respaldo doctrinario y jurisprudencial en su concepción normativa originaria, parece ser que —el legislador— en pos de cautelar el principio de legalidad en toda su magnitud y —a su vez— para fortalecer, los efectos sociocognitivos de la norma jurídico-penal, ha optado por ensayar esta fórmula legislativa, importante para cautelar la protección de bien jurídico tutelado y para la adecuada subsunción legal de las conductas incriminadas, cuando señala que son considerados funcionarios públicos: Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Mediando la fórmula legislativa anotada, el Perú se adecúa a plenitud a la Convención Interamericana contra la corrupción, cuando en sus primeros apartados dispone que para los fines de la presente Convención se entiende por:

- “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
- “Funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

La “designación” de un funcionario, conforme lo dispone el artículo 4 del D.S. N° 005-90-PCM (Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa), aquel ciudadano que es designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por la ley. Si bien, hemos postulado la autonomía conceptual del derecho penal frente al resto de ramas del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que no puede propugnarse una desvinculación total, por lo que ante designaciones de funcionarios manifiestamente irregulares, *u. gr.*, por autoridad incompetente, sale fuera del radio de acción del enunciado legal en cuestión.

Por su parte, la “elección” refiere a los denominados “funcionarios políticos” que son electos por votación popular: presidentes, vicepresidentes, congresistas, alcaldes, etc.; mediante sufragio directo, secreto y obligatorio en Distrito Electoral Único, luego de haber obtenido la cantidad de votos exigido por ley, lo cual tomará lugar luego de que la ONPE dé el conteo oficial de la votación y así se tenga como electo al funcionario en cuestión, dado a conocer por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

El conteo fuera de la mesa de urnas, que realizan las encuestadoras, no tiene valor para definir dicho estatus jurídico-penal. Aquí se observa un mayor adelantamiento que el advertible de forma seguida. Es de verse así, en la ejecutoria emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema —Exp. N.º 06-2001—, que en sus fundamentos noveno y décimo hace alusión precisamente a la Convención Interamericana contra *la* corrupción señala que forma parte del derecho interno, al prescribir que los ciudadanos elegidos son funcionarios públicos, de que la misma añade una cláusula al artículo 425 del Código Penal por lo que al procesado le corresponde el *estatus* de “congresista elegido”, lo cual se acredita por prueba notoria consistente en el resultado general de las elecciones de abril del 2000, dado a conocer oficialmente por el resultado ratificado por las comunicaciones de la ONPE.

La “proclamación” finalmente implica un acto formal concluido todo un procedimiento que toma lugar después de un proceso eleccionario de autoridades políticas que son electas por voto popular; donde el Jurado Nacional de Elecciones, luego de haber depurado las actas electorales y resuelto todas las impugnaciones, otorga las correspondientes credenciales a los ciudadanos proclamados como presidente de la República, congresistas, etc.

CAPITULO IV

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN EL PERÚ

4.1.- ANTECEDENTES.

El Perú, a lo largo de su historia, ha sufrido diferentes problemas como el racismo, la esclavitud, el terrorismo, la corrupción, etc. Pero dentro de estos problemas vamos a destacar la corrupción. La corrupción es definida según la Real Academia Española¹ como una práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de organizaciones, especialmente en las públicas, en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores. Y con más precisión la corrupción de funcionarios es: “Variedad de delito de cohecho, en la que incurren los que con dádivas, ofrecimientos o promesas, corrompen o intentan corromper a un funcionario público o aceptan sus solicitudes”(Diccionario de Derecho, Bosh, 1987: 161). A continuación, desarrollaremos las principales causas y efectos de la corrupción.

La corrupción es un fenómeno que ha aplacado la conciencia de la gente a nivel social y económico. Repercute de una manera inmoral en las obligaciones que nuestros gobernantes tienen hacia nosotros. Las causas que hacen posible este problema se podrían clasificar en los niveles sociales, económico y político. En lo social, la falta de un servicio profesional que fiscalice los actos de los gobernantes; insuficiente participación ciudadana en actos de fiscalización y evaluación de la gestión pública. En lo económico, el insuficiente pago a los trabajadores públicos genera un descontento y hace posible que la corrupción tenga cabida en las acciones públicas; asimismo, el desinterés de conocer que hacen las autoridades con nuestros recursos, el cual conlleva a que dichas autoridades manejen los recursos públicos sin ninguna inspección.

Con respecto a los efectos de la corrupción cabe destacar los de tipo económico, político, social. En el campo político resultan de la generalización de los procesos de corrupción en el marco de los poderes públicos. A nivel de los sistemas políticos plurales, la corrupción puede perjudicar gravemente el buen funcionamiento de las instituciones públicas. Además, muchas veces este tipo de soborno sirve para la manipulación de aprobación o no de leyes en beneficio de la

corrupción. En el plano económico se destaca sobre todo en los países subdesarrollados, como la corrupción puede ser el “lubricante” para accionar ciertos mecanismos de progreso, en otras palabras el ciudadano al no estar conforme con los servicios públicos ofrecidos incurren al soborno para incentivar al funcionario a realizar actos que excedan a la regla. Sin embargo estos aparentes “beneficios” a largo plazo solo generarían que menos inversionistas quieran invertir en nuestro país. El efecto social que genera la corrupción se da porque acentúa las diferencias sociales debido a que aleja a las clases más pobres obligándolas a la informalidad para subsistir. Actualmente la corrupción generalizada en los gobiernos contribuye a la crisis en el sistema y sus instituciones con detrimento de la calidad de vida de la gente.

En síntesis, podemos afirmar que la corrupción afecta a nuestro país pues está bien arraigada en nuestra sociedad lo que conlleva a que no haya un buen control de la economía y por lo tanto una mala calidad de vida para la población. Este problema no solo involucra a las altas esferas de nuestra sociedad sino también en los demás estratos sociales que por su pobreza no pueden hacer nada. Por ello debemos fomentar una cultura anticorrupción desde la infancia para que en las futuras generaciones podamos desterrar este grave problema.

4.2.- LOS SECTORES MÁS PROPENSOS A LA CORRUPCIÓN EN EL PERU.

4.2.1.- El poder Judicial

En el Poder Judicial y el sistema de administración de justicia, la precariedad de recursos y la ineficiencia burocrática se convierten en las coordenadas dentro de las que se favorecen actos corruptos como coimas a policías, secretarios, auxiliares e incluso jueces en el Poder Judicial y a fiscales en el Ministerio Público. Las coimas no necesariamente tienen que ser monetarias, sino que gran parte de favores, en particular en la Corte Superior, se consiguen o se inician con comidas y agasajos. El manejo discrecional y arbitrario de recursos es una fuente de actos corruptos; lo cual es claro en el caso de la policía y el tráfico de combustible destinado al patrullaje.

Este acto corrupto, a su vez, se convierte en fuente de más actos corruptos, pues los subalternos tienen que cobrar coimas o abusar de su autoridad para conseguir recursos que les permitan operar sus vehículos. El abuso de autoridad, no sólo en la policía, sino también en el Poder Judicial y la Fiscalía, se articula con la discriminación social hacia individuos de escasos recursos, campesinos o pobres en general, quitándole más legitimidad aún al vínculo político entre Estado y sociedad.

4.2.2.- Los Gobiernos Municipales

En el caso de los gobiernos municipales, los principales actos corruptos tienen que ver con los procesos de adquisiciones (particularmente el programa del vaso de leche), en los que se favorece a empresas cercanas a los encargados de llevar adelante los procesos o a las propias autoridades cuando las empresas les pagan coimas para ganar las licitaciones. La otra fuente de corrupción tiene que ver con las contrataciones y ubicación en puestos de trabajo a amigos, familiares y militantes del partido (clientelismo – nepotismo). En la CTAR, se repetía este fenómeno; y si las cosas han cambiado en el Gobierno Regional, se debe más a la voluntad política de sus autoridades, que a cambios institucionales que impidan que esto vuelva a ocurrir.

4.2.3.- Los Sectores Sociales.

En los sectores sociales hay enormes posibilidades de corrupción. En salud, los que parecen ser los principales actos corruptos tienen que ver con el ocultamiento de negligencias en actos médicos: el espíritu de cuerpo (que también está presente en todos los demás sectores); pero también se ha detectado tráfico de productos como medicinas destinadas a la salud pública en mercados informales. En educación hay graves problemas que tienen que ver con la extensión del sector y con lo reducido de la capacidad de control institucional.

De esta forma, los directores se convierten en los "dueños" de sus colegios y tienen amplios márgenes de acción con ciertos grados de impunidad, dependiendo del interés de los padres de familia y profesores. Pero los propios maestros también mantienen sus pequeños actos corruptos, traficando con

notas a fin de año o estafando a los alumnos y padres con clases de recuperación forzadas y pagadas. También está el dramático problema de los abusos sexuales contra alumnas y alumnos. Destaquemos que la anuencia de los padres de familia es fundamental para que estos actos se sigan reproduciendo.

Por su parte, las empresas prestadoras de servicios públicos no parecen tener problemas menudos de corrupción, los cuales habrían sido controlados en cierta medida; pero sí subsisten las posibilidades de malos manejos en los directorios de las empresas, destacando el caso de la empresa de agua, extensamente tratado en la prensa.

4.2.4.- El Sector Agricultura.

En cuanto al sector agricultura, el problema más grave (además de los actos corruptos operativos, más o menos similares en el fondo a los de otras instituciones) es la lógica del narcotráfico que involucra todo un sistema que empieza en la negativa del sistema financiero a dar créditos a los campesinos y que termina, del lado de la naturaleza, en la erosión del suelo de cultivo y, del lado de la sociedad, en el tráfico ilícito de drogas proveniente de la selva norte peruana, hacia Lima y Ecuador.

4.2.5.- Los medios de Comunicación

En lo que toca a actos corruptos en instituciones de la sociedad civil, los medios de comunicación son los actores más quejados por la sociedad en general. La irresponsabilidad con la que actúa la gran mayoría de medios (radiales, en especial), ejerciendo una prensa amarilla, no se queda sólo en una mala calidad de información, sino que se incrementa cuando ese estilo morboso de hacer prensa es usado para chantajear autoridades o como caballo político de batalla. Por supuesto, el temor de las autoridades a enfrentar a los medios es lamentable.

4.2.6.- Las Empresas

En cuanto a las empresas, los principales problemas –además de la participación corrupta en procesos de adquisiciones del Estado- tienen que ver con la informalidad; pues de allí se desprenden problemas como la

evasión tributaria y como las coimas pagadas a autoridades para mantener esa situación. Pero también es de destacar la relación tensa entre sociedad rural, empresas mineras y gobierno; porque la entrega de licencias a las mineras sin respetar los informes de impactos ambientales y sociales, es leída por la sociedad como un "arreglo" corrupto entre empresa y funcionarios públicos.

4.2.7.- Las Universidades

Las universidades han sido mencionadas también como instituciones con muchos problemas y con grandes espacios para los actos corruptos. Siendo la educación superior un mecanismo percibido por la población pobre como la llave para el ascenso social, esta situación se vuelve preocupante. Aquí preocupa que, amparándose en la noción de educación como negocio, los dirigentes –empresarios- universitarios pueden utilizar su poder sobre la institución para lucrar de forma ilegal paralela a la acumulación legal de capital.

4.2.8.- Los Partidos Políticos

Finalmente, los partidos políticos son una de las principales fuentes de presión para que los funcionarios públicos coloquen a un militante en un puesto de trabajo o para que un proceso de adquisición le favorezca a un determinado participante, allegado o miembro de un partido. El carné partidario se ha vuelto un símbolo del clientelismo político; o sea, de la corrupción. Hay que apuntar que la presión puede venir desde miembros del partido fuera del aparato público, o de militantes ubicados en otras jerarquías públicas, como un ministro, un regidor, un gerente o un congresista.

4.3.- PROBLEMA DE FALTA DE DEFINICIÓN ADECUADA DE LA ACCIÓN TÍPICA TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

En la jurisprudencia se ha desarrollado el pacto colusorio como acción típica del delito de colusión desleal; igualmente se ha trabajado el pacto de corrupción en el caso del delito de cohecho; sin embargo, no se aprecia lo mismo con el delito de tráfico de influencias.

El artículo 400 del Código Penal establece un tipo penal alternativo de tráfico de influencias, esto es, diversas formas de comisión, una de las cuales es “hacerse

prometer una ventaja económica”; esto es, la celebración de una compraventa de influencias. La acción típica es la del traficante que oferta la venta de su influencia sobre funcionarios públicos que intervienen en el proceso judicial o administrativo; y el interesado que acepta la oferta, esto es, se produce el pacto o acuerdo de tráfico de influencia o compraventa de influencia. El momento consumativo del tráfico de influencias, el “hacerse prometer una ventaja económica”, es la celebración de la compraventa de influencia que se produce al momento de la aceptación de la oferta.

Siendo el tráfico de influencias una compraventa de influencias, para determinar si el Fiscal ha probado la celebración del “contrato criminal” es válido acudir como auxilio metodológico al derecho contractual que trata, como ninguna otra rama del Derecho, a la oferta con la exclusiva finalidad de conocer mejor sus elementos, cuándo se considera que existe una oferta. “La oferta es una declaración de voluntad en la que el ofertante manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios del contrato al que se quiere llegar, de manera que este quedará formado si recae la aceptación”.

El “contrato” de compraventa de influencias tiene tres etapas: a) preparación; b) celebración o perfeccionamiento; y c) consumación, ejecución o periodo de cumplimiento. Las tratativas corresponden a la etapa de preparación, son los tratos iniciales, las negociaciones entre traficante e interesado para la formación de la oferta. Si en las tratativas no se llega a establecer el precio porque no se llega a definir el monto y la forma de pago, o no se define el funcionario que el traficante oferta influenciar, no se llega a celebrar el pacto o compraventa de influencias, se queda a nivel de actos preparatorios.

No distinguir las tratativas de la compraventa de influencias significaría condenar penalmente a pesar que en el iter criminis solo se llegó a la fase preparatoria del tráfico de influencias, sanción penal por acto preparatorio de un acto preparatorio punible. En el caso Z Bus se produjo tal agresión al principio de protección de bienes jurídicos puesto que se condenó como autor de tráfico de influencias al gerente de la empresa por acordar con un funcionario de la Municipalidad Distrital del Rímac que este influiría sobre los funcionarios que intervenían en el proceso administrativo de revocatoria de licencia de funcionamiento. Un audio, la única

prueba en el juzgamiento, daba cuenta de tratativas en las que la oferta no llegó totalmente a formarse, faltaban elementos necesarios para celebrar la compraventa de influencia: a) la influencia, específicamente, el servidor(es) o funcionario(s) público(s) sobre el(los) cual(es) se iba a influenciar; y el precio.

En efecto, no se había decidido si se influenciaría al alcalde o al gerente municipal; tampoco se estableció si el precio de venta de la influencia correspondía al monto de 5000 o 7000 dólares americanos. De igual forma, tampoco se acordó la forma de pago de dicho monto; esto es, si se debía pagar al contado, por armadas o en forma de adelanto al “servicio”. Los jueces interpretaron indebidamente el artículo 400 al no establecer los elementos del pacto o compraventa de influencias. Por ello terminaron calificando como delito a las tratativas, es decir, el acto preparatorio del acto preparatorio punible.

La acción típica exige que el traficante ofrezca en venta un “servicio”, que el tipo penal del artículo 400 describe de la siguiente forma: “con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo”. El acuerdo se produce en la fase de celebración o perfeccionamiento, exige que esté formada la oferta, formulada por el traficante y aceptada por el interesado, convirtiéndose en vendedor y comprador. Las tratativas, se reitera, constituyen actos preparatorios, no actos de ejecución; esta fase se inicia con la formulación de la oferta; la preparación de la oferta es acto preparatorio. La negociación sobre a quién o quiénes se va a influenciar en el proceso administrativo, el precio, cuánto y cómo se iba a pagar al traficante se dan en la fase preparatoria del tráfico de influencias.

Si el traficante no llega a ser vendedor y el interesado no se convirtió en comprador, no hay acción típica de tráfico de influencias.

En fin, hay la necesidad de desarrollo jurisprudencial sobre el delito de tráfico de influencias a partir de los siguientes criterios:

El tráfico de influencias del artículo 400 es un acto preparatorio punible, una excepción a la regla de la no punibilidad de los actos preparatorios.

Los actos preparatorios punibles tienen un conjunto de reglas dogmático-jurídicas que deben regir la interpretación y la aplicación de las leyes penales que los

regulan. No tiene la misma base constitucional y penal el condenar a una persona por un acto preparatorio, por un acto de ejecución o por un acto de consumación.

El límite material de la función punitiva del Estado, principio de lesividad recogido en la Norma IV del Título Preliminar Principios Generales del Código Penal, exige que al aplicar el tipo penal de tráfico de influencias: a) diferenciar con rigor actos preparatorios y actos de ejecución; y b) la no punibilidad los partícipes.

La acción típica de tráfico de influencias en la modalidad de “hacerse prometer una ventaja económica” se configura mediante la celebración del “pacto” o la “compraventa” de influencias, que significa definir el “servicio que se compra”, el funcionario que se va a influenciar en el proceso administrativo o judicial; y la fijación del precio, monto y forma de pago.

Como es un delito de dominio, el tráfico de influencias puede ser cometido por particulares y por funcionarios públicos. La posibilidad que los funcionarios públicos sean autores de tráfico de influencias exige establecer el fundamento dogmático-jurídico de la forma agravada del segundo párrafo del artículo 400 a fin de respetar los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad.

CAPITULO V

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Artículo 400.- “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”.

5.1.- CONSIDERACIONES GENERALES.

El tipo penal de tráfico de influencias consiste en la “afirmación” o “atribución” de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de esta influencia.¹²³ Así se tiene que el tipo penal no exige que la influencia realmente exista, puesto que expresamente se refiere a una influencia real o simulada.

Esta modalidad delictual ha sido considerada, siguiendo la posición doctrinaria más avanzada y moderna, como un delito de pacto sceleris, pues su existencia requiere de presencia de dos personas: un vendedor de humo (intermediario o traficante de influencias) y comprador de humo (interesado o beneficiario con la influencia). Para unos, este delito es una suerte de acto preparatorio elevado a la categoría de delito independiente del cohecho o del tráfico de influencias. Con este precepto, lo que el legislador quiere, es adelantar las barreras de protección penal, tratándose de un delito de peligro abstracto, de un delito mutilado en dos actos, que se caracteriza

en que la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto —delito de dos actos—, siendo un tipo incongruente por no corresponderse la parte subjetiva de la acción con la objetiva, por exceso subjetivo.

La figura del “Tráfico de Influencias” se acerca al injusto típico del “cohecho” pero no es idéntico a este: con este tipo penal se busca abarcar penalmente la “compraventa” de la influencia que se tenga o pueda tener en funcionarios públicos; o sea, se adelantan las barreras del Derecho penal para reprimir conductas que pudieran influir efectivamente en el ejercicio funcional. En otras palabras, muchas veces se producen actos previos al “cohecho” que, desde la perspectiva penal, pueden tener igual contenido de injusto que este y, sin embargo, quedar impunes. El caso más evidente es el del llamado “tráfico de influencias” el cual ocurre cuando se ofrece en venta la “influencia” que se pueda tener en el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para el potencial comprador. Como los tipos de “cohecho” no abarcan estos casos, en muchos países se han introducido ya desde hace algún tiempo (Francia, Austria, España, Perú, Argentina) tipos penales que describen esta conducta y la sancionan penalmente.

El delito de tráfico de influencia lo que reprime, en realidad, son supuestos de intermediación previa de un acto de cohecho pasivo, intermediación que realiza una persona “extraña” a la Administración Pública, pero dotado de un alto grado de influencia hacia determinados funcionarios o servidores públicos que ha de conocer, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Se dice, con razón, que el tráfico de influencia se trata de un supuesto de intermediación punible, porque entre el “interesado” y el “funcionario” o “servidor público” que está conociendo o ha de conocer su caso judicial o administrativo, está precisamente el “traficante” porque si no estuviese el traficante en esa posición intermedia, y el interesado “influye” directamente al funcionario o servidor público que esté conociendo o ha de conocer su caso, dicho funcionario sería un cohechante pasivo siempre y cuando acepte o reciba dolosamente algún medio corruptor, y el interesado sería un cohechante activo, siempre y cuando ofrezca dolosamente dichos medios corruptores.

En ese sentido, siempre en el tráfico de influencia intervienen tres personas ubicados en momento y en espacio distintos: en primer lugar, el interesado que es la persona que tiene un caso dentro de la Administración Pública, ya sea judicial o administrativo; en segundo lugar, el traficante, que es la persona que se ofrece a interceder ante un funcionario o servidor que precisamente está conociendo el caso del interesado, a cambio obviamente de medios corruptores; y en tercer lugar, el funcionario o servidor público que ha conocido o esté conociendo un caso judicial o administrativo. De los tres sujetos descritos, solo será procesado y eventualmente sancionado por el tráfico de influencias como autor, el traficante. El interesado y el funcionario público serán considerados “terceros” ajenos al proceso penal, solo serán citados eventualmente como testigos de los hechos, salvo que el interesado haya influenciado psicológicamente al traficante, con lo cual el interesado será considerado como instigador (art. 24° del Código penal) del hecho cometido (tráfico de influencia) por el autor principal, que será el traficante. Y el tratamiento penal del funcionario público, en nuestro concepto, será irrelevante, desde que la ubicación temporal, y por ende del acto funcional, del sujeto especial (funcionario) se da en un estadio posterior a la consumación, que más bien sería un acto de agotamiento. En realidad, tanto el interesado como el mismo traficante (al menos desde la tipicidad del 400, primer párrafo) son sujetos extraños a la Administración Pública, y que lo único que permite, o mejor dicho, que legitima que el tráfico de influencia esté como delito cometido en contra de la Administración Pública, es que el traficante influya hacia un funcionario o servidor público.

Como puede observarse, desde el punto de vista jurídico-penal, la Administración Pública está blindada internamente tanto para sujetos especiales (cohecho, colusión desleal, concusión, negociación incompatible, etc.), como externamente, es decir, para aquellos sujetos extraños a la Administración que desestabilizan deliberadamente el normal y correcto funcionamiento de la misma, que los funcionarios judiciales o administrativos tienen que resolver los casos desprovistos de cualquier influencia “extraña” o “ilícita”, solo debe recibir la influencia de su discrecionalidad funcional, basado en la Constitución y en la Ley; de no ser así, se estaría configurando el delito de tráfico de influencia.

En la Administración Pública como organización duradera en el tiempo, sus integrantes pueden hacerse algunos favores al interior de la misma, claro siempre que ello no afecte el normal funcionamiento de la Administración; estos comportamientos pueden ser tolerables por la Sociedad, como conductas socialmente adecuadas; sin embargo, nos preguntamos lo siguiente: ¿En qué casos puede verse afectado la Administración Pública? Cuando pidiendo un favor (el interesado) el otro sujeto acepta (interceder ante un funcionario o servidor) realizar el favor al interior de la Administración solicitando “algo a cambio” por ese favor, solicitando ilegalmente algunos de los medios corruptores descritos en el artículo 400 del Código penal: “donativo” “promesa” “ventaja” o “beneficio”; es ahí donde, a nuestro juicio, esa conducta que era en sus inicios tolerable socialmente (haciendo un favor), se convierte luego en intolerable socialmente (pidiendo medios corruptores).

En términos tradicionales, se ha entendido al delito de tráfico de influencias como un negocio en el cual una de la partes se compromete con la otra, mediante pago, a influir sobre un funcionario público, en asuntos de su competencia, para obtener de este algún beneficio a favor de quien paga la influencia. Es un acuerdo de voluntades sobre un servicio que promete el traficante y por el cual recibe dinero, dádiva o promesa remunerativa. En el delito en comentario necesariamente concurren dos personas, pero solo uno responde penalmente como autor.

(SAN MARTIN CASTRO, 2002). Asimismo, tenemos que por razones de política criminal, nuestro legislador ha criminalizado el delito de tráfico de influencias como un delito de peligro, toda vez que resultaba necesario anticipar la punibilidad a un estadio previo a los actos de cohecho o corrupción de funcionarios, reprimiéndose de esta manera desde la fase de preparación 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.

5.2.- DIFICULTADES RELATIVAS AL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y EL ACUERDO PLENARIO N° 03-2015.

El dos de octubre de dos mil quince, la Corte Suprema de Justicia de la República emitió el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, en donde tiene como asunto: la

participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas.

En dicho acuerdo, la Corte Suprema tomó posturas muy particulares que conllevaron a una discusión doctrinaria generando distintas opiniones, siendo en la actualidad, aún un reto poder unificar o tener un consenso en relación al bien jurídico específico que protege el delito de tráfico de influencias, la necesaria participación delictiva del interesado y cuál sería el título de imputación que debería recibir. En atención a ello, pasaremos a manifestar nuestra posición que es contraria a las establecidas en el, ya mencionado, Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116.

5.2.1.- La problemática sobre el bien jurídico protegido.

Siendo el delito de tráfico de influencias una figura delictiva que se encuentra dentro del catálogo de delitos contra la Administración Pública, específicamente en el Título XVIII del Código Penal peruano. Su bien jurídico protegido de manera genérica es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa. (SALINAS SICCHA, 2016).

Aunque el bien jurídico tutelado es el mismo para todos los delitos que se encuentren dentro del campo de delitos contra la Administración Pública, se debe distinguir el marco de protección específico para cada ilícito penal. Esta variación obedece al interés que persigue el sujeto activo que pone en peligro o lesiona con su accionar el bien jurídico tutelado.

Por ello, si bien doctrinaria y jurisprudencialmente se tiene un consenso en entablar cuál es el bien jurídico genérico referido a este grupo de delitos. Sin embargo, no han podido establecer posturas unánimes sobre cuál sería el bien jurídico específico que protege el delito de tráfico de influencias.

Así pues, la jurisprudencia nacional sostiene como bien jurídico específico: “la imparcialidad u objetividad de la función pública”; y, “la regularidad y

eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso”.²

Por otro lado, la doctrina también le ha dedicado una discusión exhaustiva en relación al bien jurídico protegido. En primer lugar, se sostiene que el bien jurídico protegido es la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas; en segundo lugar, la buena imagen, prestigio y reputación de la Administración Pública; y por último, la institucionalidad de la Administración Pública.

A continuación expondremos cada una de estas posturas:

a).- Imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones públicas.

Esta primera postura es apoyada por San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera. Ellos manifiestan que el objeto de protección específico en el delito 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 139, inc. 2), de la Constitución Política. (SAN MARTIN CASTRO C. , 2016)

Sin embargo, consideramos que no puede ser considerada como válida esta postura, ya que como su propia tipificación lo establece, nos encontramos frente a un delito de peligro, en tanto no se necesita el resultado lesivo de obtener una resolución favorable ya sea judicial o administrativamente, es decir, no se exige que se efectúe necesariamente la intervención por parte del traficante hacia el funcionario o servidor público, pues lo que se sanciona es una conducta de por sí peligrosa a través de medios idóneos, de lo contrario, entraríamos en conflicto con el principio de lesividad.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que: “Nos encontramos ante un delito de peligro, donde la influencia sobre el funcionamiento público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito (...) la

² Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente N° 020-2001-SPE/CSJL. Lima 20 de marzo de 2003.

puesta en peligro del bien jurídico se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación³.

b).- El prestigio y la buena reputación de la Administración Pública.

En esta postura encontramos al jurista Yon Ruesta, quién señala que:

“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 (...) no puede ser otro que el prestigio, la buena imagen de la Administración Pública” (YON RUESTA, 2015).

A su vez, el jurista Salinas Siccha nos pone en relieve que:

Negar o sorprenderse de que en nuestra patria no exista una “prestigiosa” administración de justicia de modo alguno puede servir para descartar como bien jurídico el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa. Si bien la ocurrencia de actos aislados de corrupción, afecta o lesiona el normal funcionamiento de la administración de justicia, ello no significa que desaparezca el interés fundamental de pretender preservar el prestigio y normal desenvolvimiento y normal desenvolvimiento de la administración de justicia.⁴

Sin embargo, consideramos que tampoco podría tomarse como cierto lo afirmado supra, toda vez que el prestigio, la imagen y la buena reputación se le puede aplicar a una persona natural o jurídica, y la Administración Pública no corresponde como tal a alguno de ellos. Precisamente la reputación, la buena fama o valoración, “son cualidades u opiniones sociales que se le atribuyen a las personas en el cumplimiento de sus relaciones colectivas.

³ Sala Penal Permanente Casación 374-2015. Lima.

⁴ Salinas Siccha, Ramiro. Ob. Cit. Pp591-592.

Por ende, debe prestarse especial atención sobre a qué se le atribuye una buena reputación. La Administración Pública es entendida como toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y servidores públicos, siendo que, a través de ellos, se va a poner en marcha el funcionamiento del Estado. En esa misma línea, el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, señala en su fundamento jurídico que el bien jurídico protegido para el tráfico de influencias simuladas, es el prestigio y buen nombre de la Administración Pública. (GUIMARAY MORI, 2014).

Además, resulta menester señalar que estas categorías relacionadas al honor objetivo, descansan en apreciaciones personales, particulares y subjetivas, por lo que resultaría contradictorio señalar que los ciudadanos al tener ya una mala imagen de la Administración Pública, este no puede ser un bien jurídico tutelable.

Por lo contrario, tras el desgarramiento de esta, el Derecho Penal debe proteger todas aquellas realidades valoradas que viabilicen el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Por otro lado, esta no es ni una persona natural, ni una persona jurídica, siendo así, no se le podría atribuir buena reputación o prestigio como tal, ya que colisionaría con la naturaleza del honor, específicamente objetivo o externo. Así, consideramos que esta postura debería ser también descartada para poder establecer el bien jurídico específico para el tráfico de influencias.

c).- La institucionalidad de la Administración Pública.

Dentro de esta postura se sostiene como bien jurídico la institucionalidad de la Administración Pública entendida como “los valores, principios y deberes que definen la labor de los funcionarios públicos en la Administración Pública”. Además señala que al Estado le interesa, o lo considera como 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.

Sin embargo, resulta pertinente señalar que si tomamos en cuenta este concepto como el bien jurídico protegido de manera específica para este delito, estaríamos en buena cuenta, asimilándonos al concepto anterior sobre la buena imagen y reputación de la Administración Pública, en tanto que al protegerse la institucionalidad, se trataría de imponer una imagen de probidad a la sociedad sobre sus administrados, esto es, mostrar a una Administración imparcial, transparente o que actuar sin influencias. Además, que tal bien jurídico se alejaría de los principios que conforman el correcto ejercicio de la función pública.

d).- Toma de posición.

Debemos señalar que el delito de tráfico de influencias afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública como un bien jurídico protegido de manera general sin embargo, debemos determinar que nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto, por lo que no se requiere que la influencia al funcionario o servidor público se dé concretamente o que este se ponga efectivamente en contacto, ya que si se obtuviese un real beneficio, nos encontraríamos también ante un delito de cohecho, por lo que no puede atenderse como bien jurídico específico la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones públicas.

Por otro lado, tampoco consideramos que el bien jurídico pueda ser, como señala cierto sector de la doctrina y el Acuerdo Plenario N° 3-2015, el prestigio y buen nombre de la Administración Pública, en tanto hablar de prestigio, buena imagen o buen nombre, es una valoración que corresponde al honor objetivo que por naturaleza solo se le puede ser atribuible a una persona natural o una persona jurídica, por lo que, la Administración Pública, no calza en ninguno de ellos. Además, este criterio depende mucho de criterios subjetivos e individualistas por parte de la sociedad.

Con relación a la institucionalidad, entendemos de manera análoga este concepto con el que acabamos de señalar, puesto que se nos plantea una imagen de imparcialidad, probidad y buena reputación de la Administración

Pública, por lo que se basaría demasiado en la percepción de la sociedad, declinando finalmente por el mismo argumento.

Por lo que, sobre el bien jurídico específico protegido, creemos que es la confianza de la ciudadanía en la correcta marcha de la Administración Pública. Este tema de confianza como bien jurídico, está muy bien trabajado en esta sección de los delitos contra la Administración Pública, específicamente en el artículo 427°, al menos. Se dice aquí que el bien jurídico es la confianza que las personas deben tener en el tráfico documental.

Pues bien, el tráfico documental como la Administración Pública son cosas que se vuelven inevitables, porque no tienen reemplazo. En el primer caso, los billetes que usamos, los papeles con que trabajamos, nuestros documentos de identidad, las licencias, las resoluciones emitidas por un órgano jurisdiccional o administrativo, la Policía de tránsito que se supone que actúa de manera legítima. En el segundo caso, la municipalidad que cobra los arbitrios e impuestos, la Policía de tránsito, que regulan el tráfico vehicular de las calles, la Sunedu, que inscribe los títulos universitario, Indecopi, quien se encarga de proteger los derechos de propiedad intelectual y derechos conexos, BCR, que emite las monedas y los billetes sin los cuales no puedo operar en la sociedad, etc.

Atendiendo a ello, (ROSALES ARTICA, 2007) refiere que en relación al fundamento de la fe pública como bien jurídico en la falsedad documental, no es otro que el de la confianza que, innatamente, el ciudadano deposita en determinadas formas o signos. Esto se deriva de la confianza de los ciudadanos por medio de la costumbre en las características de ciertos objetos que les permiten ser adecuadas para satisfacer las necesidades que exigen las relaciones sociales o la instrumentación de estos en el ámbito jurídico.

Así, la situación, solo queda confiar en ambas cosas, que como dije la sociedad se vale de ello. La idea es entonces que ese acudir a la administración se haga bajo términos de confianza, siendo esta un medio por el cual la Administración Pública va a funcionar correctamente con el respaldo de su

ciudadanía. Por ejemplo: se alentará que haya cohechos; y se puede hacer que haya personas que no tenían la intención de cometer tal cohecho (activo y pasivo) lo cometan: el activo porque el ciudadano piensa que si no hay una motivación ilegítima en el funcionario, este no atenderá su pretensión; así que irá a corromper bajo la creencia de que siempre hay que corromper. El cohecho pasivo, porque muchos funcionarios que ejercen de buena fe su labor, de pronto se ven tentados por los administrados, que vienen a ofrecerles dádivas para resolver sus pretensiones favorablemente.

Por lo que la relación entre la Administración Pública y la confianza que requiere gozar por parte de la ciudadanía y de los administrados importan en la realización normal y transparente de sus actividades, teniendo en cuenta el fin que persiguen en relación al principio igualitario de los ciudadanos frente al Estado.

Resulta inevitable afirmar que al momento de invocar influencias, ya sean reales o simuladas, hace comprender a la ciudadanía que el funcionario o servidor público es corruptible, dañándose cabalmente la credibilidad de la Administración Pública.

La necesaria participación delictiva del interesado y su punibilidad: ¿Instigador o cómplice?

El delito de tráfico de influencias necesita de la participación de un tercero para su consumación. De hecho “mediante su comportamiento, el tercero hace que el accionar del agente se consume, de modo que su intervención es indispensable para la realización completa del delito. Se trata, pues de un delito pluri-subjetivo”. (HURTADO POZO, 2005).

Sin embargo, a pesar de que existe claridad meridiana en que la consumación requiere de la actuación de un tercero (aunque esta sea tan simple como la promesa de otorgar una ventaja a cambio de la conducta del autor), no está claro el título exacto de participación que este pueda tener en el delito.

Respecto de la participación del interesado en el delito, es de notar que el acuerdo plenario bajo análisis es categórico al negar (haciendo eco de la Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente N° 1692-2013) la posibilidad de que el tercero interesado (aquel que “compra” la influencia) pueda ser tenido por cómplice del delito del traficante de las influencias. En buena cuenta, se señala que aun cuando la intervención del tercero interesado es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito tales como recibir o solicitar una ventaja indebida.

En otras palabras, lo que está señalándose es que, según el criterio recogido en el pleno jurisdiccional, la única manera para que se configure la complicidad es mediante la colaboración (es decir, la participación accesorio) en la ejecución de la conducta descrita estrictamente por el verbo rector (en este caso “recibir” o “solicitar”, con posterioridad a “invocar”).

En tal sentido, serían cómplices posibles quienes colaboren con el traficante a recibir la ventaja obtenida (por ejemplo, un testaferro, titular de una cuenta bancaria en la que se deposita una suma de dinero), quienes colaboren en la solicitud de estas ventajas (por ejemplo, un intermediario que comunique el interés del traficante de influencias en recibir la ventaja) o quien colabore en la invocación de las influencias (ejemplo que se menciona en el acuerdo plenario, en el punto 8).

A contrario sensu, quedarían excluidos de la participación por complicidad los terceros interesados, pues no estarían colaborando, en un sentido estricto, con las conductas que el tipo enumera.

Por ello, el acuerdo plenario concluye que la necesaria participación del tercero en el delito estaría comprendida dentro de los alcances de la instigación, en la medida en que, existiendo un acto propio del traficante de las influencias, la conducta del tercero interesado activa el comercio ilícito de influencias o permite o refuerza su efectiva continuación, y no expresa

socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica, sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito.

Aclara también que el tercero será imputable como instigador incluso en el caso en que el autor del delito ya esté totalmente decidido a realizar la venta de las influencias, pues, aunque su participación resulta mínima (consistente únicamente en aceptar los términos propuestos por el autor), esta habrá reforzado la resolución criminal.

De esta manera quedaría incluido dentro del mismo título de imputación, un espectro bastante amplio; conductas que, al menos en el plano fáctico, parecerían responder a diferentes niveles de participación: en un extremo del espectro, tendríamos al tercero que, tomando la iniciativa, se acerca al futuro traficante de influencias, le señala la influencia que podría ejercer en su beneficio, y le ofrece o entrega la ventaja correspondiente; y este la acepta. Del otro extremo, tendríamos al tercero a quien el traficante se acerca, invoca por sí mismo la influencia, ofrece ejercerla y propone la contraprestación. Aquí, es el tercero quien se limita a aceptar.

En el primer extremo, estaríamos ante lo que parece ser un caso paradigmático de instigación, pues, mediante su conducta, el tercero estaría generando la disposición al delito en el autor. Incluso, en nuestro ejemplo, es el tercero el que ya ha planeado y trazado la ruta de ejecución, y solo se la ofrece al autor. Parecen cumplirse, pues, todos los elementos requeridos para la participación como instigador.

En el segundo, sin embargo, el traficante de influencias parece determinado a cometer el ilícito, y solamente está a la espera de que el tercero dé o prometa dar la ventaja que este ya ha solicitado. Ello parece difícil de hacer encajar en nuestra comprensión de la instigación, y es probablemente lo que ha llevado a parte de la doctrina a señalar que el tercero actúa como cómplice.

Este análisis, que contrapone dos situaciones distintas pero concebibles dentro del mismo tipo penal, es concordante con la conclusión a la que arriba

Hurtado que señala que, dependiendo de la conducta específica del tercero, su participación en el delito puede ser como instigador o como cómplice, señalando que no se trata de un tipo de tráfico de influencias, sino de varias formas puestas en el mismo nivel de represión.

En otras palabras, estaríamos ante un dilema irresoluble al intentar de delimitar, en abstracto, el título de participación delictiva del tercero interesado en el delito bajo análisis, pues este dependería de la configuración específica de su conducta en relación con la del autor.

Estaríamos ante una participación en calidad de complicidad en tanto que el tercero no haya determinado propiamente al traficante al delito, sino que haya sido única-mente un facilitador psicológico. Por otro lado, estaremos ante una instigación en los casos en los que el traficante no haya tenido una resolución criminal y que esta, posterior-mente, haya surgido gracias a la conducta del tercero.

Ello encajaría con la descripción de la instigación como título de imputación en participación abstracto. Como afirma García Caveró: “la inducción precede a la decisión de cometer un delito, por lo que podría cuestionarse si, en sentido estricto, la inducción es realmente una forma de participación en el delito”. Esta descripción de la inducción o instigación como necesariamente previa a la decisión (psicológica) de cometer el delito no podría encajar con el caso del traficante que, ya habiéndose decidido a traficar la influencia, se acerca al tercero a manifestárselo. (GARCÍA CAVERO, 2008).

No es descabellado pensar que puedan existir sujetos que, ocupando, en abstracto, la misma posición subjetiva en el delito de tráfico de influencias, deban responder con títulos de participación diferentes. Ello no es ilegítimo en la medida en que la pena prevista para ambos, así como su accesoriedad a la conducta del autor, son idénticas.

Rodríguez, en contraposición a lo expuesto, defiende la tesis recogida en el

acuerdo plenario bajo comentario, al señalar que:

“El comprador de influencias no coopera con la realización del tipo penal, sino es el ‘partícipe necesario’ en el llamado delito de encuentro (que se caracteriza por existir una relación entre el sujeto pasivo y el sujeto activo). El delito de encuentro establece la necesidad que el sujeto pasivo participe en el delito, como parte de la concepción de la conducta típica, y por ello si no sobrepasa los requerimientos del tipo penal, su conducta será impune”. (RODRÍGUEZ DELGADO, 2009)

Aunque la conclusión extraída respecto de los delitos de encuentro, referida a que existe una participación necesaria del sujeto pasivo, que se enmarca dentro de un cuadro general de impunidad, es correcta, la premisa de que el delito de tráfico de influencias es un delito de encuentro es errónea. En ello recae la equivocación del referido autor, así como la del pleno jurisdiccional bajo análisis.

5.3.- CUESTIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DEL NUEVO CONSTRUCTO DEL TIPO PENAL.

Si de algún modo quisiéramos expresar nuestras apreciaciones sobre los aspectos negativos y positivos de la Ley N° 29758 y del Decreto Legislativo N° 1243 en cuanto reformulación de reforma del artículo 400 del Código Penal lo haríamos desde las reflexiones sobre metametodología de la ciencia del Derecho Penal. Claro la terminación del derecho vigente es el núcleo del sistema metodológico de la ciencia jurídica. A veces, nos aferramos a amplias pretensiones, pero de andadera breve. Esa brevedad nos genera enojo de mayor reflexión bajo una mirada atenta de la férrea resistencia de los termocéfalos del Derecho Penal. Lo percibimos tan intensamente como simples mortales que propugnamos la racionalidad del Derecho Penal peruano. El caso es que como litigantes empedernidos por la exigencia de la racionalidad de las decisiones nos impone el deber de ser críticos de todo aquello que parece ser de justicia sin serlo. No obstante, no apelamos a la razón de la fuerza sino a la fuerza de la razón. Tampoco apelamos al pensamiento afiebrado del temor al metagarantismo. Peor aún, a las dictaduras de la mayoría que busca reprimir a un

parte importante de sí mismo. El tipo penal garantista no podrá ser el mejor de los imaginable, pero sí lo mejor de lo realmente existente.

En esta línea de razonamiento, el propósito de la reforma a través de la Ley N°29703 de corta vigencia estuvo orientado a promover una interpretación restrictiva de los delitos contra la Administración Pública en oposición a la interpretación extensiva de los supuestos prohibidos contenidos en el tipo penal. El legislador buscó a través del empleo de una mejor técnica legislativa un nuevo tipo bajo parámetros de racionalidad; signo material de un garantismo fuerte. No obstante, amplios sectores de opinión pública susceptibles e influenciados por el enorme poder mediático de los medios de comunicación social hicieron retroceder tales propósitos de reformulación en varios aspectos del delito de tráfico de influencias construido sobre bases del garantismo liberal.

La reforma a través de la Ley N° 29703 al eliminar la frase “invocando o teniendo influencias (...) simuladas” se pretendía reordenar, a fin de corregir una expresión vacua, contradictoria, cacofónica que generaba interpretaciones desde las más subjetivas hasta la más inclusiva. En ella podía caber cualquier cosa. En tal sentido, se buscaba racionalizar y aclarar así la lógica de intervención del agente a subsumir en el tipo penal en comentario. Nada de eso prosperó; por tanto, poco podemos hacer para comprender la naturaleza constitutiva un tipo de garantía penal. Desafortunadamente tenemos que admitir en este constructo la existencia de un elemento de duda en el plano de aplicación de la norma penal que constituye la raíz de un pensamiento legislativo decisionista y no decisor. Un decisor está sujeto a reglas del Derecho y de la razón.

La reforma por Ley N° 29703 proscribía la modalidad de tráfico de influencias simulada. Despenalizaba la acción del vendedor de humo; es decir, la conducta del sujeto que invocaba influencias que en realidad no tiene para, supuestamente, incidir sobre funcionarios que conocen un determinado procedimiento judicial o administrativo. Se trata de casos en los que, desde una perspectiva ex post, se evidencia que el traficante de humo no tenía las influencias que decía tener. El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00017-2011-PI/TC-Lima. fiscal de La Nación resolvió declarar infundada frente a la petición de eliminar el término “real”

de la redacción del tipo penal tráfico de influencias que tenía por objeto evitar un interpretación en el sentido de que únicamente resultan penalmente relevante aquellos supuestos en los que se trata de influencias reales y no únicamente las aparentes (vendedor de humo). En tal sentido, se cuestionaba la despenalización de la influencia aparente o simulada. El Tribunal Constitucional estableció lo contrario resolviendo declarar infundada la demanda en este extremo. No obstante, por Ley N° 29703, se volvió a introducir dicho término innecesariamente.

A mayor claridad las dudas fueron despejadas al establecer el Tribunal Constitucional que los jueces de la justicia ordinaria de conformidad con lo precisado en el Fundamento N° 37 de la sentencia del Tribunal Constitucional, cuando se invoque la referida disposición en cuanto aplicación de “la retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos”. De manera que carecía de fundamento la supuesta aplicación retroactiva de la norma penal para favorecer a los procesados por tal delito.

El sentido propio de esta modalidad delictiva colisiona con el principio constitucional de lesividad. No resulta razonable sancionar un comportamiento que, en términos reales, remotamente lesiona o pone en peligro el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Muy lejos está en cuanto lesividad del tráfico de influencia real. La finalidad preventiva del Derecho Penal no debe obtenerse de cualquier manera; sino de las formas más racionales con base en un Derecho Penal de mínima intervención. En tal sentido, ha de sujetarse a la esfera de los derechos y libertades bajo parámetros de las reglas constitucionales. No todo espacio es bueno para someter a alguien a un proceso penal o a una investigación preliminar porque no es un objeto o instrumento más de indagación por hechos de mínima lesión o de dudosa relevancia penal.

No obstante, las críticas formuladas por Decreto Legislativo N° 1243 legislativamente se consideró la influencia simulada.

5.4.- FUENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES DEL INJUSTO PENAL

La fuente directa de la norma lo constituye el artículo 353-A del Código Penal derogado de 1924 incorporada por el Decreto Legislativo N° 121 ; asimismo al artículo 383 del proyecto de Código Penal de 1986 y el artículo 394° del proyecto de Código Penal de 1991. De manera que el injusto descrito en el tipo penal no tiene otro antecedente nacional.

De las fuentes extranjeras que el legislador nacional tomó como modelo para la configuración del tipo lo hallamos en el artículo 346 del Código Penal italiano de 1930, artículo 451 del Código Penal salvadoreño de 1973, artículo 480 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1979 y el artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980.

El legislador del Código Penal peruano de 1991 tipificó el hecho ilícito en el artículo 400 con bastante similitud con el artículo 353-A del Código Penal derogado de 1924; suprimiendo el último párrafo de la norma acotada que prescribía: “Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27 por doble tiempo de la condena”.

El tipo evidencia una clara influencia del artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980 que mantenía una redacción bastante similar a la peruana; de manera que esta figura penal fue sistematizada y ubicada entre los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos. A diferencia del legislador italiano que tipificó el delito de tráfico de influencias en el Capítulo II dentro del rubro: “De los delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública” artículo 346 del Código Penal italiano y la otra modalidad de tráfico de influencias en el artículo 382 dentro del rubro de los delitos cometidos contra la administración de justicia. Dícese lo propio del artículo 451 del Código Penal salvadoreño de 1973 que tipificó el hecho punible con el nombre de “Simulación de influencias” en la Sección Tercera y dentro de los delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública.

Por la locución indeterminada (“el que”) que utiliza el legislador peruano en la configuración del ilícito penal el agente activo del hecho punible, aparentemente,

podría ser cualquier persona, incluso un funcionario o servidor público pero con la incorporación del supuesto agravado por el sujeto activo queda claro que tratándose del primer supuesto solo puede ser sujeto activo el particular y en el supuesto agravado el funcionario o servidor público.

Hasta antes de la última reforma del artículo 400 del Código Penal sosteníamos que lo más acertado es establecer dos figuras básicas distintas: un supuesto ubicado dentro de los delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública, y la otra cometido por funcionarios o servidores públicos ubicada dentro del rubro: Delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública. Naturalmente, proponíamos que cuando el agente es funcionario o servidor público debía sancionarse con penas más severas. De alguna manera, la reforma tomó en consideración dicha propuesta, pero lo consideró en un solo tipo descrito en la norma penal en comentario.

En su definición, esta vieja figura es obra de los prácticos y de los glosadores; habiendo sido en el derecho intermedio clasificado entre la injuria y la corrupción y limitado a los intereses judiciales. Era reprimido entre los romanos, y cuya conducta consistía en jactarse de obtener favores y beneficios, de las autoridades engañando de esa forma a diversas personas . Venditio fumi era el nombre empleado, indicándose con ello la acción del delincuente, que no pasaba de “fumar” jactancia, mixtificación, etc. los italianos denominaron el delito millantato crédito que equivale en idioma español la influencia jactanciosa”.

El tipo legal es aquella llamada comúnmente en la doctrina como la “venta de humo”. Algunos autores suelen confundir esta figura típica con el delito de estafa, dado que ambos tienen muchos elementos en común.

Maggiore sostenía que el “delito de simulación de influencias es una estafa calificada por los medios de que se sirve; en efecto, y tiene de común con la estafa: 1) el lucro ilícito, 2) la inducción a error por medio de artimañas. Solo que mientras en la estafa basta cualquier engaño, este, en el delito de que tratamos, tiene la forma de influencia ficticia ante un funcionario público. Además, hay una ofensa indirecta a la Administración Pública lo cual imprime a este delito una objetividad jurídica

distinta que lo hace pasar a la clase de delitos contra la propiedad a la de delitos contra la Administración Pública”.

En nuestra legislación, la similitud de elementos en la configuración del tipo “tráfico de influencias” (artículo 400) y el de estafas y otras defraudaciones (artículos 196 y 197 inciso 1 del Código Penal) son mayores; ambas figuras son genéricas e indeterminadas; sin embargo, las diferencias sustanciales radica en el bien jurídico tutelado. En el caso del tráfico de influencias es el prestigio de la Administración Pública y la confianza que tiene el ciudadano en el correcto ejercicio de la función pública y en la estafa es el patrimonio.

En la estafa se admite cualquier engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta; en el tráfico de influencia se invoca solo influencias reales o simuladas dirigidas a un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo; en la estafa se habla de simulación de juicio o empleado de otro fraude procesal, etc. Son más notorias las diferencias que las semejanzas dándose, en algunos casos, un concurso aparente de leyes.

En términos generales, los tipos penales se construyen tomando en consideración contenidos de supuestos prohibidos o supuestos exigidos. En el caso concreto del artículo 400 del Código Penal, el contenido de los supuestos prohibidos se expresan de manera expresa las conductas que el legislador ha considerado reprochable y sanciona a título de tráfico de influencia con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años para el tipo básico y con una 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 para el tipo agravado por la condición especial del sujeto activo.

Una de las cuestiones fundamentales por resolver en el injusto penal es la de establecer si también es posible a través del tipo sancionar al interesado. Está claro que no cabe mucha discusión para sancionar al traficante de influencia; sin embargo, no sucede lo propio en relación con el interesado.

¿Es preciso establecer si la conducta del interesado tiene o no relevancia penal y

como tal ser sancionado a título de partícipe?; sobre el particular tanto la doctrina nacional como extranjeras mantienen opiniones encontradas. Hay quienes sostienen la impunidad del interesado; en cambio, otros autores sostienen que bien puede ser sancionado a título de partícipe.

5.5.- LAS CARACTERÍSTICAS DEL HECHO ILÍCITO.

Un concepto fuerte de “tráfico de influencias” en cuanto expresión material resulta irreverente. Claro que tiene un mínimo de significado. No obstante, resulta más fácil definirlo por lo que no es, antes que por lo que es. Entenderlo de esta manera, ser o no ser, ya resulta provocador y de sustancia poco pacífico. Todo esfuerzo por establecer un mínimo de significado de los vocablos “tráfico” e “influencia” son recurrentes. ¿Cuánto de expresión castiza de estos vocablos pueden tener relevancia penal en Perú?

“Traficar” es comerciar o negociar con mercaderías ilegales; una de las tantas acepciones. Pero incorporar la influencia real o simulada a la condición de mercadería resulta desde ya un despropósito. Otra cosa es cosificar las influencias como expresión materializada para obtener un beneficio ilegal. Entonces se puede entender y comprender la influencia real que puede adquirir cualquier persona sobre otra en sentido débil o fuerte para obtener ventajas de cualquier naturaleza.

“Influencia” puede entenderse como relación de poder, autoridad, dominio, ascendiente, preponderancia o capacidad para determinar o modificar tendencias culturales, opiniones, actitudes, etc. ¿Cuánto de esta connotación puede operar en un funcionario o servidor público? Como realidad mucho, poco o nada. Pero se reprocha la sola invocación real o simulada. Entonces no puedes valerte de tu influencia, tampoco invocarlo para obtener beneficios inmerecidos; tampoco simular influencia para lograr beneficios o ventajas ilegales.

Dicho esto, la suma de estos significados puede sinterizarse en un concepto propio a los efectos penales. Tráfico de influencia equivaldría a comercializar influencia real o imaginaria. Bien podría establecerse como aquel agente (particular, funcionario o servidor público) que comercializa su influencia real o imaginaria.

El nuevo precepto, con la reforma, parece indicar un tipo básico de mera actividad, que para su configuración no requiere de resultado alguno. Basta la mera invocación persuasiva, convincente que hace del tercero, en ocasiones, un partícipe bilateral del tipo. No obstante lo dicho, ¿hasta qué punto la sola invocación de supuesta influencia es suficiente para configurar el tipo? Si la respuesta es suficiente, parecería indicar que se sanciona al agente por fanfarrón y al tercero por tonto. Un aspecto del tipo parecería señalar que ningún particular, funcionario o servidor público puede invocar influencias simuladas con tal convicción que le permita recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero, donativos o cualquier otra ventaja o beneficio con el solo ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. En esta condición, técnicamente ni siquiera puede decirse que es un acto preparatorio elevado a la categoría de delito; tampoco un delito de dos tiempos. A diferencia de la influencia real que sí tiene estas connotaciones. Basta para la consumación del tipo que se acepte el ofrecimiento, no siendo necesario que la influencia se produzca efectivamente ni que se llegue al “pago”. Por tanto, difícilmente admitiría la tentativa.

De cualquier modo, normativamente constituye un delito de acción dolosa; propiamente de dolo directo. No cabe la comisión culposa por cuanto la conducta típica implica una confluencia de voluntades a la que solo puede llegarse con la intención. El agente (particular, funcionario o servidor público) invoca influencias sean estas reales o simuladas con el deliberado propósito de obtener un donativo, promesas, o cualquier otra ventaja, ofreciéndose interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Este tipo penal de dolo directo difícilmente puede afectar un bien jurídico de manera concreta, pero sí la posibilidad de manera abstracta; no adecuadamente perfilada. Por eso, también se caracteriza por un delito de peligro abstracto.

De peligro abstracto dado que para su configuración no se requiere una verdadera lesión del bien jurídico protegido por la norma penal sino que basta su sola y potencial puesta en riesgo. Es decir, solo por posibilidad de producir una lesión al bien jurídico protegido. Desde otro ángulo, la doctrina nacional mayoritariamente

conviene en establecer que este delito es de mera actividad. En tal sentido, para que configuración no se requiere resultado alguno. Otro aspecto a señalar -antes de exponer los elementos constitutivos de la conducta punible del tipo de tráfico de influencias- es que este es un delito plurisubjetivo y, dentro de este orden, específicamente un delito de encuentro, de participación necesaria porque requiere la presencia, por un lado, del traficante o vendedor de humo que invoca influencias reales o simuladas para interceder ante un funcionario respecto de un caso judicial o administrativo; y, por el otro, al interesado que otorga un beneficio o ventaja al traficante por esa intercesión.

El delito bajo análisis es un delito de peligro abstracto o presunto. Es un delito de peligro dado que para su configuración no se requiere una verdadera lesión del bien jurídico protegido sino que basta que haya puesto en riesgo dicho bien o dicho de otra manera la sola posibilidad de poner en riesgo. Se trata, desde luego, de un delito de peligro abstracto. El delito de tráfico de influencias es calificado mayoritariamente por la doctrina como un delito de mera actividad, debido a que para su consumación no se requiere que la acción típica vaya seguida de un resultado separado espacio-temporalmente de la conducta.

Otro aspecto a señalar -antes de exponer los elementos constitutivos de la conducta punible del tipo de tráfico de influencias- es que este es un delito plurisubjetivo y, dentro de este orden, específicamente un delito de encuentro, de participación necesaria porque requiere la presencia, por un lado, del traficante o vendedor de humo que invoca influencias reales o simuladas para interceder ante un funcionario respecto de un caso judicial o administrativo; y, por el otro, al interesado que otorga un beneficio o ventaja al traficante por esa intercesión.

El delito de tráfico de influencias, en términos concretos, en cuanto influencia real constituye meros actos preparativos elevados a la categoría de delito; no puede sostenerse lo propio en relación con la influencia simulada (no hay acto preparatorio). No obstante, se ha tomado la determinación de elevar a la condición de delito pero sin base sustancial real que lo sostenga. Todo indica que el legislador ha recurrido a un exceso de adelantar indiscriminadamente la protección penal. Siendo esto así, no cabe duda de que el Estado constitucional sigue dejando amplios

espacios a un ejercicio abusivo del poder. No existe mayor argumentación racional que justifique una tipificación en estos ámbitos etéreos. Está ausente en el Parlamento Nacional la argumentación legislativa racional ya que presenta notables debilidades el proceso de elaboración de leyes penales. Se aprecia más elementos de negociación que de discurso racional. Por tanto, quedan al margen de cualquier tipo de control bajo las reglas de la razón y del Derecho. De cualquier modo, haber positivizado este supuesto en el artículo 400 del Código Penal implica una sanción de intención en tanto la acción dolosa del agente se orienta a un resultado que va más allá del tipo objetivo.

Desde luego que, en estas condiciones, el resultado adicional ha de ser provocado por una acción ulterior irrelevante para la fase consumativa del tipo. Usualmente esta condición solo es posible en el tráfico de influencia real no es el caso del tráfico de influencia simulada.

La intervención del agente ante el funcionario o servidor público constituye una finalidad ulterior al supuesto típico que no forma parte de la estructura objetiva del hecho punible en comentario sino de otra figura penal; como por ejemplo el delito de cohecho. Ahora bien, lo que define la tipicidad objetiva del tipo es la acción finalista del agente o dicho de otra manera, el propósito del agente de obtener donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio valiéndose de una influencia real o ficticia para cuyo efecto lo invoca o teniéndola recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero.

La invocación puede ser real o simulada y en tal sentido recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativos, promesas 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 acaso judicial o administrativo. Suele suceder también que el agente teniendo influencia real aprovecha esta situación para convencer al interesado o sencillamente el interesado al tener conocimiento de que el agente en efecto tiene influencia real ofrece al agente y, por ende, este recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativos, etc. hecho del cual se vale para interceder ante estos funcionarios.

En este sentido, el artículo XI, num. 1, lit. c) de la Convención Interamericana contra la Corrupción considera la figura de tráfico de influencia como sigue: “Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí, o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado”. La última reforma del Código Penal no se ajusta, precisamente, a los parámetros contemplados en la Convención.

Sin duda, la utilización de una influencia real que bien puede tener el agente perjudicaría la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública, pero no entendemos de qué manera tratándose de la influencia simulada pueda afectarse en la misma dimensión de la influencia real. Sin duda alguna en este último caso es muy discutible admitir una relevancia penal. En todo caso, ¿cómo se expresa la lesividad al bien jurídico tutelado o a la puesta en peligro frente a un medio inidóneo? Por ejemplo, el agente (particular o funcionario público) que invoca una influencia que en realidad no tiene y un “beneficiado” que a sabiendas de que no es correcto ofrecer o dar donativo o promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, conviene en ello. Naturalmente, en relación con el agente el medio empleado es inidóneo y no habría intermediación ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un acoso judicial o administrativo ¿cómo entonces podría afectarse o ponerse en peligro el bien jurídico tutelado?

Ahora bien, la inclusión de la influencia simulada en el ámbito de la tipicidad del hecho punible no tiene razón de ser. No afecta o poner en peligro el bien jurídico tutelado suficientemente; en todo caso, estaríamos hablando de una modalidad de estafa. Una influencia que no es tal no existe; es decir, lo que se finge no es real; por tanto, no tiene relevancia penal al menos en este ámbito del tipo en comentario.

Tanto autores nacionales como extranjeros sostienen que el bien jurídico tutelado por norma penal es “el prestigio y buen nombre de la Administración Pública”, “el prestigio y regular funcionamiento de la Administración Pública”, etc. El solo hecho de invocar influencia reales o simuladas para obtener ventajas o beneficios indebidos no resultan suficientes para indicar que se ponga en peligro el prestigio y

buen nombre de la Administración Pública.

Lo interesante en la norma penal es el segundo supuesto (tipo agra-vado) donde el agente (funcionario o servidor público) al invocar influencias reales o simuladas hacer perder dicha confianza y contribuye al descrédito de la Administración Pública, al hacer creer que los actos de la función y atribución son productos de motivaciones ajenas al cumplimiento estricto de la ley. Es correcto la incorporación del supuesto agravado que hizo el legislador peruano en la reforma del artículo 400 del Código Penal porque el sujeto activo (funcionario o servidor público) no puede aprovecharse de su condición especial (relación funcional) para invocar influencias simuladas o reales o teniéndola haga uso o no de ella porque en un Estado jurídicamente organizado, un factor fundamental para la convivencia pacífica es el factor confianza. Es decir, la confianza que debe tener el ciudadano en el ejercicio correcto de la función pública.

Desde luego que invocar influencias equivale a “jactarse” del grado de ascendencia real o simulada sobre un funcionario o servidor público, asumiendo el agente, actitudes especiales que producen convencimiento en el particular sobre dicha ascendencia logrando el propósito esperado. En tal sentido, resulta irrelevante que el agente haya o no intercedido ante el funcionario o servidor público; el hecho se consuma en el momento y lugar en que el agente recibe cualquier ventaja o cuando se logra que el particular le dé o prometa, para sí o para otro, un provecho indebido.

La astucia, el ardid o la “habilidad” del agente como medios empleados para la consumación del ilícito penal deberán ser tomados en cuenta por el juzgador al momento del juicio valorativo de reproche. Estas condiciones, también, deberán tenerse en cuenta sobre todo en la invocación de influencias simuladas, donde el agente recurrirá a mayores esfuerzos de astucia y habilidad para convencer al particular y lograr su propósito indebido.

En ambos casos (influencia real o simulada), el funcionario o servidor público debe ser ajeno al tráfico de influencias. “La voz influencia se toma en el sentido de favorable disposición de una persona respecto de otra, al punto de indicar fácilmente a la primera a que se ejecuta los deseos o los consejos de la segundas,

sea cual fuere la razón de esta disposición”.

La expresión “el que invocando influencias, reales o simuladas” que utiliza el legislador en el artículo 400 del Código Penal admite multiplicidad de formas que puede basarse en relaciones ciertas de parentesco, sociales, religiosas, en vínculos de amistad o simuladas, etc.

Estas pueden invocarse, explícita o implícitamente, con meridiana claridad o disimuladas, oculta, de manera expresa, etc. haciendo creer a los particulares que la función pública se mueve por medios de “favores recíprocos”, dinero, provecho patrimonial o cualquier otra ventaja.

5.6.- LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

La doctrina es unánime al señalar que los supuestos prohibidos sancionados en el artículo 400 del Código Penal tienen tres elementos objetivos:

El acto de invocar tener una influencia sobre un funcionario público que tiene la obligación y facultad de emitir un pronunciamiento en un proceso judicial o administrativo de interés del comprador. Es menester señalar que la influencia invocada por el traficante puede ser real o simulada y tampoco se requiere que exista un proceso judicial o procedimiento administrativo abierto, debido a que la norma expresamente señala que también se pueden invocar influencias sobre funcionarios que en el futuro han de conocer una determinada causa.

Ofrecimiento de ejercer tal influencia en favor del interesado a cambio de algo. Seguidamente el tipo exige que el sujeto activo se ofrezca a interceder ante el funcionario público -que afirma tener la capacidad para influenciar- en favor del comprador, este segundo elemento explica el por qué el sujeto activo inicialmente invocó tener influencias.

Recibir, hacer dar o prometer donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio de cualquier otra naturaleza. No se sanciona si el sujeto activo ha realizado tal conducta (invocar influencia y ofrecerse a ejercerla en pro de los

intereses del interesado), si es que no solicita, recibe, hace dar, prometer para sí o para un tercero ventaja ya sea de carácter patrimonial o de cualquier otra naturaleza, por lo que si un sujeto lo realiza a título gratuito su conducta no se subsumiría dentro de los alcances del tráfico influencias.

5.7.- LOS VOCABLOS “RECIBE”, “HACER DAR” O “PROMETER” EN LA CONFIGURACIÓN DEL TIPO PENAL.

El legislador en la configuración del ilícito penal descrito en el artículo 400 del Código Penal utiliza los vocablos “recibe”, “hacer dar o prometer” para sí o para un tercero (que puede ser una persona natural o jurídica) denota el propósito del agente, quien valiéndose de supuesta o real influencia percibe un beneficio indebido cualquiera a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público (ofrecimiento de interceder).

“La simulación de influencias debe tener como efecto el recibir, dar o prometer dinero u otra utilidad a favor del agente o de otros”. Este do-nativo, promesas o cualquier otra ventaja que recibe, hace dar o prometer el agente, es a cambio o como precio del ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, en caso judicial o administrativo.

Recibir. Es obtener y tomar uno lo que se le entrega, cobrar, tomar posesión, aprehender. Pero para los fines de nuestro comentario es aceptar, admitir lo exigido o solicitado al particular.

Es la conducta típica del agente que recibe un donativo o cualquier otra ventaja patrimonial o no como consecuencia de su exigencia para interceder ante un funcionario o servidor público, valiéndose de su invocación de influencia real o simulada.

Hacer dar. Es la acción de lograr que se entregue algo a cambio de una supuesta influencia. Es decir, es lograr que se le entregue un donativo o cualquier otra ventaja, a cambio de interceder ante un funcionario o servidor público para los fines descritos en el tipo.

Prometer. Es la acción de la voluntad de dar o hacer en el futuro. Es el ofrecimiento o propósito de hacer o dar algún donativo o cualquier otra ventaja.

El donativo, la promesa o cualquier otra ventaja debe hacerse dar, recibir o prometer algo para sí o para un tercero como precio de la mediación ante el funcionario o servidor público que está conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo con ofrecimiento de interceder.

En la invocación de influencias del agente (real o simulada) para lograr que el particular le entregue, le haga dar o prometa, un donativo, promesa o cualquier otra ventaja a cambio de sus mediación el funcionario o servidor público debe ser ajeno al tráfico de influencias porque si tiene conocimiento y se beneficia de alguna manera con el donativo o cualquier otra ventaja, incurre en el delito de cohecho pasivo.

La norma en la configuración del tipo hace referencia de manera expresa que el ofrecimiento de interceder supuestamente debe hacerse ante un funcionario o servidor público que está conociendo (tiempo presente, en proceso, aun no resuelto) o haya conocido (tiempo pasado, ya se resolvió un caso judicial o administrativo).

Esta última expresión “que haya conocido” resulta irrelevante y dificulta la interpretación de la norma. No puede referirse o entenderse, necesariamente, que “la influencia se está ofreciendo para obtener un cambio en el fallo”, como lo sostiene el jurista peruano Juan Portocarrero.

No es usual, y es poco probable, como hecho realista o práctico de convencimiento hablar de interceder en caso judicial o administrativo ya conocido o resuelto, más aún, si ha quedado consentida o ejecutoriada. El legislador peruano al tomar como fuente y modelo del artículo 400 del Código Penal, al artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980 no hizo suya la expresión completa utilizada por el legislador colombiano en el tipo (“que esté conociendo o haya de conocer de un asunto”), que expresa la idea creíble de interceder ante un asunto que está en trámite, aun no resuelto, o de aquello que va a conocer, necesariamente.

Código Penal colombiano de 1980

Artículo 147.- “El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de asunto, o de algún testigo, incurrirá en prisión de seis meses y multa de un mil a cincuenta mil pesos”.

Es usual en el tráfico de influencias que el agente “venda” la idea creíble, basada en una supuesta o real influencia sobre el funcionario o servidor público de interceder de manera favorable ante un caso judicial o administrativo en trámite o, aún por resolver, o en aquellos casos en que por razón de turno, territorio, especialidad, etc., el funcionario o servidor público va a conocer que en aquello que ya resolvió o haya quedado consentida o ejecutoriada (que parece ser el caso) en la expresión “haya conocido” empleado por el legislador peruano.

5.8.- EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Hay mucha discusión sobre el particular y como bien refiere Abanto Vásquez “el bien jurídico específico u objeto del bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser ningún prestigio o el buen nombre de la Administración Pública, pues este concepto no armoniza con un Estado social y democrático de derecho”. En todo caso, tratándose del hecho punible tráfico de influencia real se afecta lejanamente la imparcialidad del funcionario o servidor público; desde luego, siempre que el funcionario o servidor público influenciado no haya participado ni conocido del entendimiento entre el traficante de influencia y el beneficiado. En todo caso, es atípica la acción de funcionario que se deja influenciar en estas condiciones.

En término genérico, el bien jurídico tutelado es el normal desarrollo de la Administración Pública y la confianza del ciudadano en el ejercicio correcto de la función pública en términos generales y, en términos específicos, este hecho punible afecta la imparcialidad de la Administración Pública condicionando sus decisiones en beneficio de quien posee la influencia.

Resulta bastante cuestionable establecer como objeto específico de la tutela penal

“el interés concerniente al honor y al prestigio de la Administración Pública en sentido lato, en cuanto conviene salvaguardar la función al servicio público del descrédito que puede derivarse del hecho de quien trafica pretendidas influencias ante algún funcionario o servidor público, haciendo creer que son corruptibles o doblegados ante sugerencias ilícitas”; situación muy ajena a nuestra realidad. Hablar de honor de la Administración Pública y el prestigio no está acorde con un Estado democrático de derecho.

5.9.- EL SUJETO ACTIVO.

Para el tipo básico, el sujeto activo es el particular que invocando 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 esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo; y en caso del tipo agravado, es el funcionario o servidor público.

5.10.- EL SUJETO PASIVO.

Es el Estado como titular del bien jurídico tutelado afectado en su imparcialidad y objetividad que le deberían ser debidas. Naturalmente son expresiones muy genéricas. Subsidiariamente, también, podría ser el particular afectado en su patrimonio, por la acción del agente (vendedor de humo).

5.11.- LA PENA APLICABLE

El artículo 400 del Código Penal sanciona al agente imputable de la conducta descrita en el tipo básico con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Es sujeto activo en el tipo cualquier particular. Para el tipo agravado por el sujeto activo (si el agente es funcionario o servidor público), la norma penal sanciona al agente con una pena privativa de libertad no menor cuatro ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

En ambos casos, la pena prescrita por el legislador no hace distinción entre el tráfico de influencia real o simulada lo cual no parece ser lo más equilibrado, proporcional

o justo; toda vez que, tratándose del primer caso, se trata de actos preparatorios del delito de cohecho cuya relevancia penal resulta bastante cuestionado y, en el segundo caso, de un delito de función pública imposible de realización por el medio no idóneo empleado por el agente. En todo caso se configuraría un delito de estafa.

Un caso específico nos permite establecer lo discutible que resulta esta figura penal: el agente en realidad tiene influencia sobre un determinado funcionario (juez o fiscal) y se hace dar una dádiva por la persona a “beneficiar” a efecto de interceder por ante dicho funcionario que está conociendo un caso X. El magistrado es influenciado por el agente y favorece con un fallo a su recomendado sin recibir nada a cambio; desconociendo todo arreglo. No hay delito de cohecho, pero sí quedó consumado el delito de tráfico de influencia real imputable al agente. La cuestión por resolver acerca del “beneficiado” es establecer si su conducta (dio una dádiva para sobornar al juez porque así lo acordó con el agente). Este al verse beneficiado ha quedado convencido que el juzgador ha sido sobornado y el agente (traficante de influencia) cumplió con el encargo tal como se había pactado.

CONCLUSIONES

1. En un sentido genérico, por su redacción y ubicación dentro de los delitos contra la administración pública, se concluye que con la tipificación del delito de tráfico de influencias se busca proteger el buen o correcto funcionamiento de la administración pública (Municipalidades, gobierno regional); ya que se viene incrementando en forma alarmante este tráfico de influencias.
2. De la primera conclusión se desprende que en las entidades del gobierno local y de la región Lambayeque existen numerosas denuncias y casos judicializados de tráfico de influencias cometidos por funcionarios, servidores públicos y terceros involucrados, los mismos que se han hecho referencia en el planteamiento del problema.
3. Que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias (al menos en la venta de influencias reales) concluimos que **es la imparcialidad y el sometimiento a Derecho** en el ejercicio de la función pública, en específico, en la toma de decisiones en procesos judiciales y de carácter administrativo. De acuerdo al Código Penal Art. 400° Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.
4. Considerando que el control gubernamental no solo lo ejerce el Sistema Nacional de Control con sus órganos integrantes y que el control gubernamental interno lo ejercen los funcionarios y servidores de las entidades, se debe capacitar y sensibilizar a los mismos con el adecuado uso de las normas y minimizar el riesgo de corrupción.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que se haga un análisis jurídico respecto a la participación del tercero dentro de la figura penal del delito de tráfico de influencias cometidos por funcionarios o servidores público señalados en el artículo 400° del Código Penal, pues en su calidad de sujeto activo, esto no lo permite considerarse como tal dentro esta figura delictiva.
2. El tema de investigación es fundamental para la reducción de la corrupción; por ello recomendamos la se debe promover la aplicación de múltiples estrategias para reducir la corrupción centradas en las Administraciones Públicas, mejorar el control administrativo y patrimonial de los recursos públicos. Por lo que es necesario de acuerdo al Art. 400° del Código Penal debe ser revisado las penas de forma más severa a fin de disuadirlos de este ilícito penal.
3. Se recomienda que debería incrementarse las penas para el delito de tráfico de influencias cometidas por los Funcionarios y Servidores públicos de las Municipalidades, ya que las existentes son muy indebles y ciertos malos funcionarios siguen aún cometiendo dicho delito, sin interesarles la pena. Así mismo, cabe señalar que en la contrastación de nuestra hipótesis de la presente investigación, los operadores jurídicos encuestados coinciden en la aplicación directa de la muerte civil.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ALCACER GUIRAO, R. (2014). *Sobre el concepto de delito ¿Lesión del bien jurídico...?* Lima: cit. P. 114.
- 2) ANACLETO GUERRERO, V. (2008). *Guía de Procedimientos Administrativos y Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: CUARTA EDICIÓM. PAG. 40. EDITORIAL GRIJLEY. 2008.
- 3) BENDEZU, N. G. (2005). *Ley de Bases de la carrera Administrativa. Anotado y Sumillado*. Lima: Editorial El Carmen. Pág.39.
- 4) BERNAL PINZÓN, J. (2013). *Delitos contra la Administración pública*. Lima: p. 3.
- 5) CABENELLAS, D. L. (1980). *Diccionario juridico elemental*. Buenos Aires: Helastrea.
- 6) CARDA OVIEDO, C. (2016). *Derecho Administrativo*. Lima: Torno I, p. 3.
- 7) CERVANTES ANAYA, D. (2013). *Manual de derecho administrativo*. Lima: Rodhas, p. 23.
- 8) DONNA, E. (2014). *Derecho penal Parte especial*. Lima: t. m, cit., p. 11.
- 9) FEÜÓO SÁNCHEZ, B. (2010). *Delitos contra la Administración pública en el Código Penal español de 1995 Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas*. Lima: en Revista Peruana de Ciencias Penales, n.º 78.
- 10) GARCÍA CAVERO, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. . Lima : Grijley, p. 508.
- 11) GUIMARAY MORI, E. (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*. Lima: IDEHPUPC. p.246.
- 12) HUAPAYA TAPIA, R. (2012). *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: , p. 109.
- 13) HURTADO POZO, J. (2005). *“Interpretación y aplicación del art. 400 del CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias”*. . Lima: Fondo Pontificia Universidad Católica del Perú.

- 14) MIR PUIG, C. (2000). *Los Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona: José María Bosh Editor, p. 20.
- 15) MOLINA ARRUBLA, C. (2015). *Delitos contra la Administración pública*. Lima: CIT., P. 17.
- 16) RODRÍGUEZ DELGADO, J. (2009). *El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables?* Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, , p.11.
- 17) ROSALES ARTICA, D. (2007). *EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS. BIEN JURIDICO Y OBJETO MATERIAL DE LA ACIÓN*. Lima: Actualidad Juridica. Tomo 160.
- 18) SALINAS SICCHA, R. (2016). *Delitos contra la Administracion Pública*. Lima: Iustitia.
- 19) SAN MARTIN CASTRO, C. (2002). *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita para Delinquir*, . Lima: Ed. Jurista, p. 27.
- 20) SAN MARTIN CASTRO, C. (2016). *"El Deltio De Trafico De Influncias: Aspectos Sustantivos"*. IIMA: Iustitia.
- 21) VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, S. (2001). *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública*. Lima: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 03-02 (2001).
- 22) YON RUESTA, R. (2015). *Trafico de Influencias: Un análisis al contenido al tipo penal"*. Lima: Themis.
- 23) ZARAZO OVIEDO, L. (1996). *El enriquecimiento ilícito aspectos jurídicos y procesales*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, , rit., p. 23.
- 24) ZEGARRA, G. O. (2003). *Comentarios a la Ley del Procedimiento General Administrativo. Análisis de la Ley 27444*. Lima: Editorial Praxis. Págs.337,338.

ANEXO

CASO ROBERTO TORRES: PROCESOS POR CORRUPCIÓN DEL ALCALDE DE CHICLAYO Y SU DESAFÍO A LA JUSTICIA

En el proceso seguido contra los presuntos integrantes de la red criminal “Los Limpios de la Corrupción”, las cosas se tornan picantes. Y es que ayer se conoció que el ministerio Público ingresó una nueva acusación contra el exalcalde de Chiclayo, Roberto Torres Gonzales, contra quien solicitó se le imponga 8 años con 8 meses de pena privativa de libertad, acusado de cometer los delitos **de tráfico de influencias y fraude procesal**.

Al presunto líder del “Los Limpios de la Corrupción” se le acusa de haberse contactado con la jefa del servicio de Enfermería del hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de Essalud, Virginia Aurelia Carmona Recuenco, para que le consiga un certificado médico falso y así aprovecharse de ello y aparentar una enfermedad para faltar a un juicio que afrontaba por corrupción.

Es pues, se le acusa de haber encargado a dicha enfermera que le ofrezca “cinco sueros” (dinero) a la jueza Yolanda Gil Ludeña para que archive sus procesos judiciales. Por estos hechos, la Fiscalía también acusó a la enfermera Virginia Carmona Recuenco y pide que se le condene a 9 años de prisión.

Según la acusación formulada por el fiscal anticorrupción Óscar Guevara, la citada enfermera cumplía los favores encargados por Roberto Torres Gonzales, pidiendo a cambio que se le renueve el contrato a su sobrino Neiser Tuesta Carmona, quien por aquellas fechas cumplía labores en la Municipalidad de Chiclayo, así como se le cancele su remuneración atrasada.

Conforme consta en la acusación fiscal, el 17 de setiembre del 2014 – en plena campaña de reelección – Roberto Torres debió acudir a una audiencia de juicio oral por el delito de peculado de uso debido a que era acusado de disponer vehículos de la comuna para la mudanza de su pareja sentimental Katiuska del Castillo; sin embargo justificó su inasistencia con el certificado médico falso “induciendo al error” al Poder Judicial.

OTROS CASOS:

Son 16 casos en curso en la Fiscalía y el Poder Judicial que van desde el uso de vehículos para la mudanza de Katiuskha Del Castillo a obras presuntamente con fallas técnicas.

Las circunstancias y el contexto legal son adversos al suspendido alcalde de Chiclayo, Roberto Torres Gonzales. Son **16 procesos por delitos de corrupción** que están en giro en el Ministerio Público y el Poder Judicial. Ahora ni el suspendido burgomaestre ni los principales funcionarios que lo acompañaron en sus dos cuestionadas gestiones ediles pueden sortear.

Cabe señalar que los ilícitos de corrupción de funcionarios están comprendidos desde el **artículo 382 al 401 del Código Penal** y son cometidos por servidores del Estado. Entre ellos figura colusión, patrocínio ilegal, peculado de uso, peculado por apropiación, peculado por utilización y peculado culposo.

Además malversación de fondos, demora injustificada de pago, rehusamiento a la entrega de bienes, cohecho propio, cohecho impropio y cohecho activo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y **enriquecimiento ilícito**.

La República tuvo acceso al listado de investigaciones y casos judicializados que incluyen al también líder del Movimiento Regional de las Manos Limpias.

Según la documentación de los 16 casos, **solo uno se encuentra a nivel de juicio**, seis en etapa intermedia (cuatro con acusación y dos con sobreseimiento), los cuales han sido apelados por la Procuraduría Anticorrupción; mientras tres se encuentran en investigación preparatoria y seis con investigación preliminar.

Ante el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Chiclayo solicitó **tres años de pena privativa** contra el detenido alcalde Roberto Torres por el delito de peculado de uso por emplearse vehículos ediles para la **mudanza que realizó su pareja sentimental Katiuskha Del Castillo** el 12 de julio del 2011, conforme lo informó este medio de comunicación en ese entonces. Está en etapa de juzgamiento.

Conforme al **Expediente N° 3576-2011** del Sexto Juzgado de Investigación Preparatoria, a la otrora autoridad edil, al ex gerente municipal Misael Delgado, a la proveedora Ruth Zúñiga, desde el 24 de agosto del 2011 se les investiga por la **compra fraccionada de combustible**, hecho que habría beneficiado a algunas empresas a pesar que no estarían inscritas en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Los delitos imputados son colusión y peculado.

Asimismo con el **Expediente 6176-2010** del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria a Torres se le investiga por el delito de cohecho pasivo y cohecho específico por supuestamente recibir **una “coima” de 4 mil dólares** para declarar fundado el recurso de apelación a fin que el consorcio Súper Control supervise una obra de saneamiento.

En el Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria se ventila un caso más contra Torres por un concurso de delitos (colusión, peculado), específicamente por las **fallas técnicas en la obra de mejoramiento vial** en la calle Alva Díaz, en la urbanización Las Brisas.

La Procuraduría Anticorrupción apeló el archivo a la investigación por el **ilícito de peculado entablado debido a las publicaciones en medios de comunicación en defensa del alcalde cuando fue procesado por el delito de peculado de uso**. Fue la

titular de este órgano jurisdiccional, Yolanda Gil, quien dispuso el sobreseimiento. El ex gerente de Relaciones Públicas, Carlos Santa Cruz, está comprendido en el caso.

Otra investigación agrupa varias obras de pavimentación ejecutadas por administración directa por el Foro APEC, pues al poco tiempo presentaron fallas en el proceso estructural.

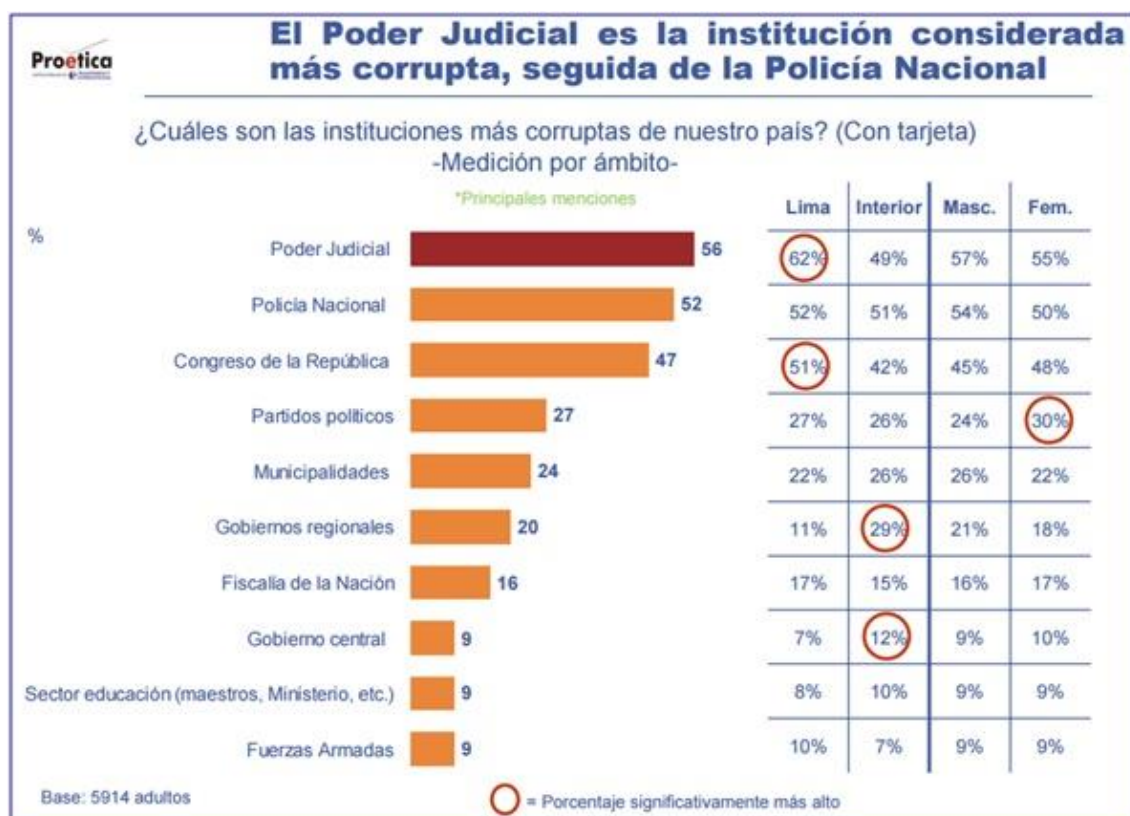
Son 29 imputados por los ilícitos de colusión agravada, peculado doloso, asociación ilícita.

La Segunda Fiscalía Penal **ha solicitado 30 años de pena privativa** en el Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria contra Roberto Torres.

Las presuntas irregularidades técnicas y económicas en la obra de saneamiento del casco central dieron lugar a la investigación contra Roberto Torres, el ex gerente general de la comuna Misael Delgado y el supervisor de los trabajos José Cajo Ramírez por el ilícito de peculado.

El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria es el responsable de las diligencias. Interviene la Segunda Fiscalía Penal.

Gráfico N° 08



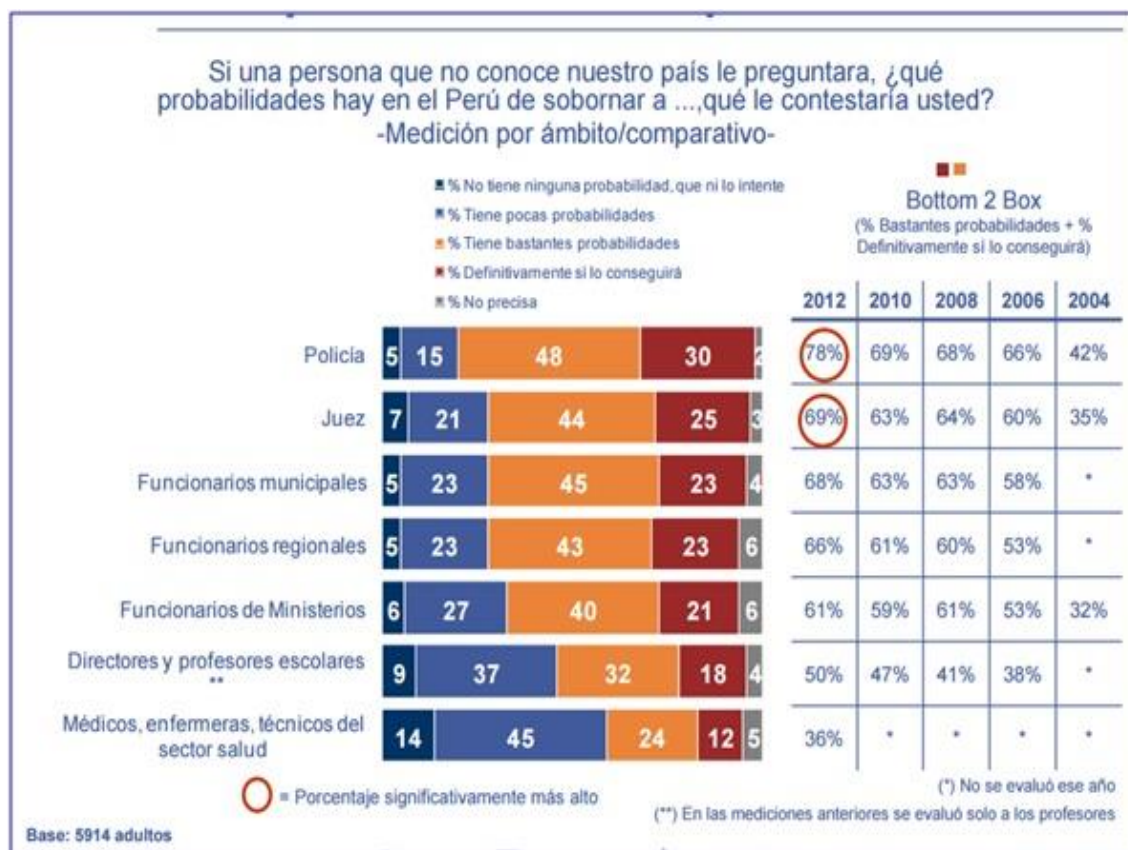
De acuerdo con el cuadro se observa que:

- El Poder Judicial es la institución más corrupta en nuestro país 62%.
- Seguida de la Policía Nacional 52% y
- El Congreso de la Republica 51%.

Este análisis es similar a lo que ocurre en las Municipalidades.

MEDICIÓN SOBRE NIVEL DE CONOCIMIENTO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Gráfico N° 09



Se Observa por años el crecimiento de la probabilidad que existe de corrupción en las diferentes instituciones del Estado:

- La Policía en el año 2004 tenía 42% al 2012 tiene 78% incremento del 36%,
- Poder Judicial en el año 2004 tenía 35% al 2012 tiene 69%, incremento del 34%,
- Funcionarios municipales se incrementó en un 68% del 2006 al 2012.

Como se observa el crecimiento es alarmante, este análisis es similar a lo que ocurre en las Municipalidades.