



MANUAL SOBRE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Yvan Montoya Vivanco

Investigadores:

Erick Guimaray Mori | Yvana Novoa Curich

Julio Rodríguez Vásquez | David Torres Pachas



**OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS**



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

MANUAL SOBRE **DELITOS** CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Yvan Montoya Vivanco

Investigadores:

Erick Guimaray Mori | Yvana Novoa Curich

Julio Rodríguez Vásquez | David Torres Pachas



CAPÍTULO 2. Parte general de los delitos contra la administración pública

El presente capítulo analiza algunos elementos generales que deben ser comprendidos para un adecuado estudio sobre las consecuencias penales por comisión de delitos contra la administración pública. Estos elementos son: el bien jurídico protegido, la titularidad del bien, el carácter especial de estos delitos, el problema con los delitos de encuentro, la autoría y participación, y el título de imputación de la intervención del particular.

2.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En doctrina penal existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública. Antes de hacer una pequeña reseña de cada postura y explicar cuál es considerada como la más adecuada, conviene adelantar que en este acápite no serán analizados los bienes jurídicos que, de manera específica, protege cada tipo penal, sino que se abordará el bien jurídico protegido, de manera general, en todos los tipos penales de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Así, es posible identificar las siguientes posturas:

- **La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público.** Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto del bien jurídico, ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.
- **Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social.** En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas.⁶⁶
- **El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública).** Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia.

En el presente texto adoptaremos la postura de acuerdo con la cual el bien jurídico de relevancia penal en los delitos del Título XVIII Código Penal (en adelante, CP) es el **“correcto y regular funcionamiento de la administración pública”**. Sin embargo, este concepto es difuso y amplio, por lo que requiere ser analizado con mayor profundidad.

⁶⁶ REAÑO PESCHIERA, José. (2009). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, pp. 29-30. Esta perspectiva teórica es planteada por JAKOBS, Günther, citado por VASQUEZ-PORTOMEÑE SEJAS, Fernando. (2003). *Los delitos contra la administración pública*. Teoría general.: Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela, p. 35.

Así, debemos entender a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado constitucional y de Derecho pueda cumplir con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la Administración en sí misma, como un conjunto de órganos o instituciones, sino que se protege a la administración pública en sentido funcional, es decir, respecto de los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen. Con esta definición, debería descartarse al patrimonio o a la “gestión eficaz”, como bienes jurídicos protegidos, pues, por un lado, el patrimonio del Estado se protege como el de cualquier otro ciudadano, y, por otro lado, el Derecho Penal atiende a la eficiencia en la administración de los recursos del Estado, antes que a su simple eficacia.

En este sentido, la administración y la función pública de un Estado pensada y concebida para todos, no pueden beneficiar a ningún sector o persona particular. Por el contrario, la función pública debe guiarse por criterios objetivos, legales y prestacionales propios de una gestión democrática. De este modo, una correcta gestión pública se desprende de los principios y valores propios de la Constitución de una sociedad, la misma que debe apuntar a un sistema social equitativo, justo y democrático. En esta línea, el bien jurídico “correcto y regular funcionamiento de la administración pública” debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Ejemplo

Si un fiscal acepta dinero por parte del abogado para archivar un caso contra un imputado, se estaría cometiendo un **delito de cohecho** y, con ello, vulnerando, en primer lugar, el correcto funcionamiento de la administración pública.

EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SERÍA EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO GENERAL.

En segundo lugar, este delito supondría la vulneración del derecho al debido proceso de la parte civil, así como el principio de imparcialidad, lo que afecta el derecho a la igualdad de armas al momento de defender la parte civil su posición dentro del proceso.

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD E IGUALDAD DE ARMAS SERÍAN LOS PRINCIPIOS DEL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ESPECÍFICAMENTE AFECTADOS.

El bien jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado.⁶⁷

⁶⁷ MEINI, Iván. (2008). *Delitos contra la administración pública*. En: *Delitos contra la administración pública*. Guatemala: USAID, p. 7.

El bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” es supraindividual, es decir:

- Su titularidad es compartida por la sociedad en su conjunto.
- Es indisponible por un sujeto privado.⁶⁸ Por esta razón, será ineficaz el consentimiento respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión.⁶⁹

Esta posición ha sido recogida por el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia sobre prescripción de la acción penal:

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010 (Fundamento 14)

“(…) no todos los delitos comprendidos allí [capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales] tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo con el correcto funcionamiento de la administración pública (…)”

2.2 TITULARIDAD DEL BIEN

En relación con la titularidad del bien jurídico afectado por los delitos de corrupción, existen dos grandes posturas:

- **El titular del bien es el Estado.** Esta es la posición dominante- y, en este sentido, el sujeto pasivo específico sería la entidad estatal afectada en el caso concreto.
- **Los titulares son los ciudadanos.** Esto en la medida en que los delitos contra la administración pública generan un daño, y afectan los derechos de los administrados y de la colectividad en general.⁷⁰ Una postura contenida en esta tesis es la que considera que la conducta penalmente relevante de un delito contra la administración pública genera, al menos, un peligro para la vigencia de un derecho subjetivo.

⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2007). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 188-189.

⁶⁹ Al respecto, se puede encontrar información más detallada sobre la disponibilidad del bien jurídico en los delitos contra la administración pública en: VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos del cargo). En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

⁷⁰ ASUA BATARRITA, Adela. (1997). La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de la interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. En: *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 25.

Sin embargo, los autores de este Manual difieren de ella, ya que los delitos contra la administración pública no son los únicos que, en el fondo, lesionan o ponen en peligro un derecho subjetivo. Estos lesionan de manera inmediata su correcto funcionamiento y, solo de forma mediata, ponen en peligro la vigencia, el acceso a servicios públicos o la realización de ciertos derechos fundamentales. Además, no debe confundirse la finalidad político-criminal (que sería en última instancia la lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos) con el objeto jurídico de protección del delito. Por este motivo, el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública no es el derecho fundamental específico lesionado.

Así, la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la administración pública –a través de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos específicos de cada tipo penal– hace, a su vez, peligrar la función prestacional del Estado.

Con respecto de la afectación de la función prestacional del Estado por parte de los delitos contra la administración pública, el Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia recaída en el expediente N°00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012 señala que:

“Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración” (Cfr. Exps. Ns 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° 008-2005-AI, fundamento N° 14).

18. (...) de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad. (...) De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública –que se derivan de la citada disposición constitucional– la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores”.

2.3 CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

La calidad de funcionario público no es accidental, sino que su conducta es un elemento fundamental de la sanción penal de los delitos de corrupción. En esta medida, todo análisis de una acción de corrupción debe partir por identificar al funcionario público. Pero, ¿quién es funcionario público?

2.3.1 Autonomía del concepto de funcionario público

En primer lugar, al momento de definir al funcionario público en el marco de los delitos de corrupción debe tomarse en consideración la autonomía del término en el ámbito penal.

El contenido del concepto de funcionario público ha tenido un trato diferente según el área del Derecho que lo regula. Por ejemplo, en Derecho Administrativo se utiliza un concepto formal y restringido de este término, según lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución y del artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Estas normas establecen una definición negativa de funcionario público (es decir, por exclusión). Esta definición ha sido elaborada para cumplir los objetivos de la regulación administrativa.⁷¹ Así:

- El artículo 40° de la Constitución excluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.
- El artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276) excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, y a los trabajadores de empresas del Estado o de economía mixta.

Por el contrario, como se verá más adelante, en el ámbito del Derecho Penal, la definición de funcionario público ha buscado ser más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos bajo el Derecho Administrativo. Para el Derecho Penal no interesa tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que desempeña su labor el funcionario, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública de cara al cumplimiento de las prestaciones sociales que debe desempeñar el Estado.⁷² En otras palabras, para definir el concepto de funcionario público en el Derecho Penal es importante determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública.

El concepto de funcionario público utilizado por el Derecho Penal es autónomo al utilizado por otras ramas del Derecho, respondiendo este a criterios de valoración estrictamente penal.⁷³

2.3.2. Concepto de funcionario público

Sobre la base de lo señalado, resulta necesario utilizar un concepto que sea funcional a la protección del correcto y normal funcionamiento de los servicios de la administración pública en favor de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la doctrina⁷⁴ ha reconocido como los elementos del concepto de funcionario público los siguientes:

⁷¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2001). *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, p. 29.

⁷² OLAIZOLA FUENTES, Inés. (1997). Concepto de funcionario público a efectos penales. En: Adela ASUA BATARRITA (Coord.). *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 77.

⁷³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *idem*. p. 30; DONNA, Edgardo. (2000). El concepto de funcionario público en el código penal peruano. En: *Revista peruana de Ciencias Penales*, N° 11-12, Año VII-VIII. pp.261-273; OLAIZOLA FUENTES, Inés, *idem*, p. 77.

⁷⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *idem*. pp. 19-39.

- La persona deberá estar incorporada a la actividad pública (título habilitante).
- La persona debe ejercer la función pública.

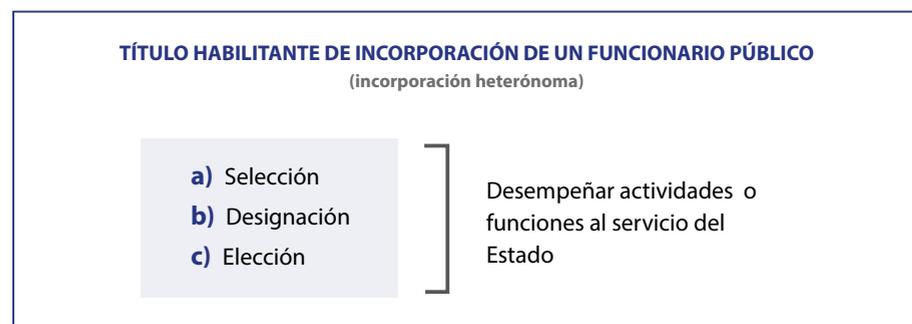
Sin embargo, por las razones expuestas a continuación, conviene utilizar los siguientes elementos:

- Incorporación heterónoma a la función pública.
- Posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público.

1. La incorporación heterónoma a la función pública

La incorporación heterónoma a la función pública significa que el funcionario público adquiere su estado a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo, la norma, o una persona que -distinta al propio funcionario- ostente el poder suficiente para vincular al nuevo servidor con la administración pública.

En otras palabras, **el título habilitante de incorporación consistirá en la selección, la designación o la elección del sujeto para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado.**⁷⁵



Estos títulos habilitantes abarcan todas las posibilidades de acceder a la administración pública.⁷⁶ Así entendemos:

- **Selección:** elegir a una persona entre otras por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El juez que es elegido por concurso público dirigido por la CNM.
- **Designación:** destinar a un sujeto para la función pública por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El Presidente de la República designa a un asesor para que sea el encargado del SIN.
- **Elección:** nombramiento que regularmente se hace a través de un proceso de votación. Ejemplo: El congresista que es elegido por elección popular.

Esta posición es la planteada por la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC):⁷⁷

Artículo I de la CICC:

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**”.

Estas formas de acceso a la función pública son igualmente reconocidas por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC):⁷⁸

Artículo 2 de la CNUC

“A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá:

i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea **designado o elegido**, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte;

iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte;”

⁷⁵ MEINI, Iván, *idem*. p. 16.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997.

⁷⁸ Ratificada por el Estado peruano el 16 de noviembre de 2004.

Así, una interpretación conjunta de ambos tratados lleva a postular la necesidad de una incorporación heterónoma a la función pública, resaltando las siguientes características:

- **No importa la denominación o nomen iuris:** la CICC ha buscado abarcar los distintos conceptos utilizados por los ordenamientos jurídicos de la región. En esta medida, ha dejado claro que no importa el nombre formal que se le otorgue al funcionario para que el Derecho Penal lo considere como tal. Asimismo, la CNUC considera funcionario público a aquel que hubiera sido definido como tal por el Derecho interno de los estados.
- **Título habilitante:** tanto la CICC como la CNUC ayudan a materializar lo expuesto anteriormente sobre la incorporación heterónoma del funcionario público, ya que señala como título de incorporación a la selección, designación y/o elección, elementos que, como ya se ha visto, incorporan todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma.
- **Irrelevancia del nivel jerárquico:** como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.
- **Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo.** como se puede observar, el requisito de la incorporación heterónoma cumple con una función negativa, es decir, excluye de la categoría de autores de los delitos de corrupción a las personas que no hayan sido incorporadas heterónomamente a la función pública.

Ahora bien, existen dos supuestos de casos que generan dificultades: Los funcionarios de facto y aquellos que usurpan funciones públicas de manera unilateral. En el primer caso, se trata de un particular que es incorporado como funcionario público a través de alguna forma de selección, designación o nombramiento que podrá resultar nulo, anulable⁸⁰ y/o inexistente. Por otro lado, en lo que respecta al usurpador de funciones, se hace referencia a los casos en que un sujeto, por iniciativa propia, se coloca de forma ilegítima en la posición de funcionario. A través de dos ejemplos, se aportará la solución a estos casos complejos:

Ejemplo

El funcionario de facto o de hecho

El 17 de enero de 2001 se difundió un video en el que se aprecia cómo Vladimiro Montesinos (quien formalmente no era jefe del SIN sino Asesor II de la Alta Dirección de dicho órgano) le entregó a Luis Bedoya de Vivanco, candidato al cargo de alcalde de Miraflores, la cantidad de US\$ 25,000 dólares americanos, pertenecientes a los fondos públicos del SIN, con el objetivo de financiar su campaña electoral municipal en 1998.

¿Podía Montesinos Torres ser considerado funcionario público para efectos del delito de peculado?

El Tribunal Constitucional, ratificando lo señalado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, dispuso lo siguiente:

“(…) Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal”.⁸¹

De esta manera, al existir un título habilitante material, porque el expresidente Fujimori incorporó a Montesinos Torres en la cúpula del SIN (incorporación heterónoma por designación), permitiendo su acceso y disposición a los fondos públicos de dicha entidad, sí es posible considerarlo funcionario público.

En conclusión, en los casos de funcionarios de facto (como el de Montesinos), el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario para vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, **debe ser considerado funcionario público.**

⁷⁹ MEINI, Iván, *op. cit.* p. 4.

⁸⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Sobrino Martínez. (2008). *Delitos contra la administración pública*. Barcelona: Bosch, pp. 37-50.

⁸¹ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 23 de noviembre de 2004, recaída en el Expediente 2758-2004-HC/TC (Fundamento 10).

Ejemplo

El usurpador unilateral de funciones

Un sujeto compra la vestimenta de un policía de tránsito para utilizarla en su beneficio, detiene un automóvil que no tiene el SOAT y le exige al conductor la entrega de dinero a cambio de no sancionarlo con la multa respectiva.

¿Puede el referido sujeto ser considerado como funcionario público y responder como autor del delito de cohecho?

Es importante tener en cuenta que el sujeto se coloca, de forma ilegítima, en la posición de un funcionario público. Al no haber sido incorporado de forma heterónoma y con un título habilitante a la función pública sino que, por propia iniciativa, se hace pasar por funcionario; no podrá contar con el poder para vincular al Estado y, por tanto, no debe ser considerado funcionario público.

2. La posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público

Cuando se analiza si una persona puede o no ser considerada funcionario público en los términos del Derecho Penal, más que un ejercicio de la función pública debe hablarse de **una posibilidad efectiva de ejercicio de la función pública**, ya que desde esta posición se podrá al menos poner en peligro el bien jurídico protegido en estos delitos. La posición de cercanía al bien jurídico protegido no requiere de un ejercicio, sino de la posibilidad efectiva (y no irreal o abstracta) de ejercitar el poder otorgado al momento de la incorporación en el organigrama público. En otras palabras, cuando un sujeto ya accede materialmente al aparato estatal (aunque por aspectos de forma aún no ejerce efectivamente la función pública) se origina una relación en la que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública depende de su comportamiento. Este vínculo configura la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo.

Este elemento también está presente en la CICC cuando, en lugar de utilizar la expresión “seleccionado, designado o electo que desempeñe actividad”, ha decidido estipular lo siguiente: “seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones (...)”. La preposición *para* es una evidente manifestación de que la voluntad del legislador (en este caso, los estados parte) ha sido que se incluya al funcionario que tenga la posibilidad efectiva del desempeño del cargo.

Ejemplo

El funcionario público electo

El artículo 47° del Reglamento del Congreso dispone que “el periodo parlamentario comprende desde la instalación del nuevo congreso, hasta la instalación del elegido en el siguiente proceso electoral”.

Alberto Kouri Bumachar⁸² fue candidato al Congreso de la República para el periodo 2000-2005. El 9 de abril del 2000 se realizaron las elecciones presidenciales y congresales, siendo este elegido para el cargo de congresista de la República. No obstante, el 5 de mayo del mismo año Kouri Bumachar se reunió con Vladimiro Montesinos y recibió dinero para cambiarse a las filas del fujimorismo.

La lista oficial de congresistas fue publicada por el Jurado Nacional de Elecciones el 3 de junio, asumiendo estos funcionarios el cargo con fecha 28 de julio.

¿Debía ser considerado funcionario público Alberto Kouri Bumachar?

El Derecho Penal, como se ha señalado, asume un concepto autónomo de funcionario público, distinto al previsto en el Reglamento del Congreso. Según la Corte Suprema, Kouri Bumachar era funcionario público desde el 9 de abril de 2000⁸³. Así, Kouri Bumachar se encontraba tan cerca del ejercicio efectivo de la función pública que era capaz de vincular materialmente al Estado con sus actos, sí debe ser considerado funcionario público. Cuando Kouri se reunió con Montesinos, ya había sido elegido como congresista. A pesar de que no ejercitó ni desempeñó el cargo público, Kouri Bumachar se encontraba en la posición de dominio que le permitía acceder y lesionar el bien jurídico. Son irrelevantes, por tanto, las normas administrativas que establezcan formalidades.

Esta son las consideraciones más importantes que el Derecho Internacional establece como concepto de funcionario público para efectos penales. Sin embargo, es posible encontrar otros elementos que no dejan dudas de una comprensión extensa de la calidad de funcionario público para efectos punitivos.

⁸² Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 12 de febrero del 2003, recaída en el Expediente 06-2001.

⁸³ Ídem, Fundamento décimo cuarto.

De esta manera, haciendo una interpretación conjunta de los instrumentos internacionales, se puede decir que el funcionario público queda caracterizado por lo siguiente:

- Ser un cargo legislativo, ejecutivo, judicial o administrativo, es decir, **no interesa el lugar donde se ejerza la función pública.**
- **Haber sido designado, seleccionado o elegido.** Conviene señalar, dentro de la modalidad “elección”, al funcionario seleccionado, ya que un proceso de selección culmina con la elección de la autoridad competente. Sin embargo, a efectos esclarecedores, se pueden diferenciar estos conceptos, como lo hace la CICC.
- El cargo puede ser **permanente o temporal.**
- El sujeto puede percibir una remuneración por ser servidor público, pero **puede ser también un cargo honorario.**
- **No importa la antigüedad** en la función pública.
- Es funcionario público **todo aquel que desempeñe o esté en posibilidad efectiva de desempeñar una función pública.**
- Todo funcionario público según el Derecho Interno.

2.3.3 Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano a la luz de los tratados

El artículo 425° del Código Penal hace referencia al concepto de funcionario; sin embargo, este cuerpo normativo, lejos de fijar un concepto único⁸⁴ o una lista cerrada de lo que es un funcionario público, establece una lista enunciativa, permitiendo la incorporación de nuevos supuestos según lo previsto en la Constitución, la ley o los convenios internacionales de los cuales somos parte.

El artículo 425° no constituye el concepto de funcionario público. Este se configura a partir del propio tipo penal que contiene el delito funcionarial. En otras palabras, el concepto funcionario público es un elemento normativo/jurídico de cada uno de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos y, como tal, susceptible de interpretación. Los operadores jurídicos pueden apelar a enunciados de distinta fuente jurídica para dar un contenido razonable al concepto de funcionario público.

“Artículo 425.- 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 designados, elegidos o proclamados por la autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución política y la ley”.

Es importante destacar de este artículo que los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 incluyen como funcionarios públicos a sujetos excluidos por normas de naturaleza administrativa, laboral y constitucional, reafirmando la noción amplia y autónoma que señala este Manual para el Derecho Penal. Es más, el numeral 4 (administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente) plasma de manera clara y precisa el hecho de que al Derecho Penal, en relación con los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, le interesa únicamente imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta, tanto así que ha incluido taxativamente a los administradores y depositarios de caudales embargados.

Ahora bien, el numeral 3 considera funcionarios públicos a cualquiera que mantenga una relación contractual con algún organismo del Estado. En este sentido, la norma penal está incluyendo al trabajador de las empresas del Estado y sociedades de economía mixta, al funcionario público que trabaje *ad honorem* (caso de la primera dama de la nación que ejerce alguna función pública sin percibir retribución económica), a quien cumple un trabajo a tiempo parcial o de locación de servicios, al practicante preprofesional sujeto a ley sobre modalidades formativas laborales, y otros sujetos que no tienen una relación laboral formal con el aparato estatal pero sí un vínculo real-material con la función pública.

⁸⁴ A diferencia del artículo del código penal español que propone una definición de funcionario público.

Como se señaló previamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido al funcionario electo como posible autor de los delitos contra la administración pública. Esto ha sido ratificado recientemente por la reforma de la Ley 30124, que modificó el inciso 6 del artículo 425°. Por lo tanto, se confirmó que es innecesario que el funcionario público electo ejerza efectivamente el cargo.

Por otro lado, se debe destacar que el artículo 425° haya utilizado los tres títulos habilitantes, a los que nos hemos referido en líneas anteriores, para la incorporación a la función pública, siempre que se den de forma heterónoma incluyen a todas las formas posibles de acceso a la administración pública:⁸⁵

- Selección (numeral 1, 3, 5)
- Designación (numeral 3 y 4)
- Elección (numeral 2 y 6)

Sin perjuicio de lo expuesto, se podría sostener que el artículo 425° refuerza el elemento de la incorporación heterónoma a la función pública y, con la reciente reforma de la Ley 30124, reconoce el elemento de la posibilidad efectiva de desempeñar un cargo público. Como veremos posteriormente, esta reforma sigue la orientación de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, en concreto, con la Convención Interamericana contra Corrupción⁸⁶ (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

Finalmente, el numeral 7 del Código Penal representa una cláusula abierta que se condice con la naturaleza enunciativa, mas no taxativa ni constitutiva, de la lista reconocida por el artículo 425 del Código Penal. Pero, ¿qué implica establecer que son funcionarios, o servidores públicos, todos los indicados por la Constitución Política y la ley? ¿Qué norma de rango constitucional o legal nos brinda un acercamiento al concepto de funcionario público del Derecho Penal? De una revisión de nuestro ordenamiento jurídico puede afirmarse que las normas que brindan un mejor acercamiento al concepto de funcionario público en materia penal están contenidas en leyes o instrumentos internacionales (CICC y CNUCC), incorporados al ordenamiento peruano de manera automática (modelo monista) por el artículo 55° de nuestra Constitución que señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.⁸⁷

Así, las disposiciones ya reseñadas de los artículos 1 y 2 de la CICC y el artículo 2 de la CNUC son normas autoaplicativas o de aplicación inmediata (*selfexecuting*) y, por tanto, deben ser tomadas en consideración por los operadores del Derecho cuando determinen quién es funcionario público⁸⁸.

⁸⁵ *Supra*. Concepto de funcionario público. Elementos del concepto. A. Incorporación heterónoma a la función pública.

⁸⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Informe: Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio_final_peru.htm. Revisado el 12/02/13.

⁸⁷ En el mismo sentido, la Ley 26647, la cual dispone en su artículo 3 que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente.

⁸⁸ En cualquier caso deben ser consideradas disposiciones que funcionan como criterios de complementación hermenéutica al tratarse de un concepto (el de funcionario público) normativo del tipo penal.

¿Qué es una norma autoaplicativa, de aplicación automática o *selfexecuting*?

En el Derecho Internacional existen normas auto-aplicativas y normas no autoaplicativas o programáticas.

Una norma autoaplicativa es aquella norma completa, es decir, que puede ser aplicada o que despliega sus efectos de manera inmediata, sin la necesidad de algún acto legal adicional. Las normas no autoaplicativas, por el contrario, requieren de un desarrollo legislativo posterior para su aplicación.

Para que una norma sea autoaplicativa es necesario que cumpla con lo siguiente:

- Que otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigido ante el juez.
- Que sea lo suficientemente específica para poder aplicarse judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de recurrir a alguna norma adicional⁸⁹.

En conclusión, las normas internacionales referidas al concepto de funcionario público son *autoaplicables*, toda vez que representan definiciones completas, claras y específicas, siendo su cumplimiento un deber del operador judicial, ya que su omisión generará la responsabilidad internacional del Estado peruano.

Esta posición ha sido asumida por la Corte Superior de Lima en la sentencia recaída en el expediente 032-2006, en relación a la consideración de los bomberos como funcionarios públicos. La Corte señaló:

“(…) que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos su niveles jerárquicos, indicando que 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 (...)”.

⁸⁹ ÇANCADO TRINTADE, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Citado por: BREGAGLIO LAZARTE, Renata, *ibidem*.

A todo lo anterior, se debe agregar que este razonamiento no representa ni una integración analógica de la norma ni la aplicación de una ley penal en blanco.

No es integración analógica: la integración analógica consiste en la aplicación de la consecuencia de la norma jurídica a un supuesto de hecho distinto a esta.⁹⁰ Además, como todo método de integración, la analogía opera frente a una laguna del Derecho. En el presente ejemplo se está interpretando, no integrando, un elemento objetivo y normativo del tipo penal, como es el elemento funcionario público.

No es aplicación de ley penal en blanco: este razonamiento no implica una remisión que rellene un vacío dejado por un elemento faltante que se encuentra fuera del tipo penal (remisión en bloque o ley penal en blanco),⁹¹ sino que implica un elemento que requiere, para el conocimiento y comprensión de su alcance y significado, la ayuda de alguna norma.⁹² Esto se denomina remisión interpretativa.

El concepto de funcionario público es un elemento normativo del tipo⁹³ que requiere para su entendimiento que el operador jurisdiccional utilice otras normas penales del ordenamiento peruano como, por ejemplo, el artículo 425° del Código Penal, el artículo 1° de la CICC o el artículo 2.a de la CNUCC.

2.4 LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO DELITOS ESPECIALES

Como se ha visto, el elemento del tipo “funcionario público” es central en los delitos contra la administración pública que, especialmente, son objeto de este manual: cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito. En tal sentido, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales. En esta medida, el presente acápite analiza el concepto de delito especial, el fundamento de los delitos especiales, y las clases de delitos especiales; todo ello en correspondencia con los delitos de corrupción.

⁹⁰ RUBIO CORREA, Marcial. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: PUCP, p.264 y ss.

⁹¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2008, enero). Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del delito económico. En: *Revista Penal*, tomo 21, p. 4. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/338/329>. Consulta: 14/02/13.

⁹² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. (2004). *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas, p.351. En un sentido similar: GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*. Disponible en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20\(Documentos\)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20(Documentos)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf). Consulta: 14/02/13, p. 72.

⁹³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *op. cit.* p. 352. Cabe recordar que todos los tipos penales tienen elementos descriptivos del tipo y elementos normativos. Los primeros pueden ser conocidos con el común saber empírico, mientras que los segundos requieren de una norma para la correcta comprensión de su alcance y definición.

2.4.1 Delitos especiales: concepto simple vs. concepto complejo

Es posible identificar dos enfoques en la doctrina y jurisprudencia sobre el contenido del concepto delito especial:

- **Delito especial en sentido simple:** según este enfoque, son delitos especiales aquellos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal.⁹⁴
- **Delito especial en sentido complejo:** este enfoque va más allá de la decisión formal del legislador de delimitar el número de autores a través del tipo penal, y busca encontrar el fundamento en el que descansa la restricción del círculo de autores. En otras palabras, a diferencia del concepto en sentido simple, hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial⁹⁵.

De una primera mirada, parecería sensato afirmar que **los delitos contra la administración pública son delitos especiales en sentido simple**, toda vez que delimitan el círculo de autores y con ello, como se ha detallado en apartados anteriores, se protege eficientemente el correcto funcionamiento de la administración pública.

Un amplio sector de la doctrina nacional utiliza este concepto simple de los delitos especiales⁹⁶, criterio que también ha sido asumido por Corte Suprema de la República cuando señala que “la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal”.⁹⁷

Así, no se puede negar que el concepto simple de delito especial brinda una herramienta útil para analizar estos delitos, ya que distingue su único rasgo común; la inidoneidad para ser cometidos por cualquier sujeto.⁹⁸

Sin embargo, también es necesario analizar los delitos especiales en sentido complejo, pues no debe olvidarse que un concepto formal sin fundamentación carece de sentido. Formulado con otras palabras, el concepto simple es solo la puerta de entrada a la problemática de los delitos especiales cuya comprensión obliga a conocer el motivo de la delimitación del círculo de autores (es decir, incorporar el concepto complejo). La determinación de este fundamento

⁹⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2006). *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, p. 27.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 22

⁹⁶ PARIONA ARANA, Raúl. (2011, enero). La teoría de los delitos de infracción de deber. En: *Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima; tomo 19, p. 81; CARO JOHN, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf. Consulta: 08/02/13; REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *op. cit.* p. 23 y ss.

⁹⁷ Destaca la sentencia del 20 de julio de 2009 recaída en el expediente AV- 23-2001 emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en contra de Alberto Fujimori Fujimori. p.35. Pie de página 3.

⁹⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op.cit.* p. 16.