

Caso Aliaga Jacinto locador de servicios DEVIDA – Concepto de Funcionario Público

Por **Julio Rodríguez Vásquez**
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

El 28 de octubre de 2013 la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia en el expediente 0148-2012. En dicha sentencia la Sala Penal resuelve confirmar la resolución que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción solicitada por la defensa de Wualter Aliaga Jacinto en el proceso penal que se le siguió por la comisión del delito de colusión.

Para entender el presente caso es necesario tomar en cuenta que Wualter Aliaga Jacinto se desempeñó como miembro del comité de selección encargado de elegir la empresa que debería diseñar y producir la presentación institucional de CONTRADROGAS (DEVIDA). En este orden de ideas, el Ministerio Público le atribuye al accionante el haber utilizado su cargo para favorecer a la empresa JK Comunicaciones en el proceso concursal antes citado.

Ahora bien, ante dicha imputación fiscal, el señor Wualter Aliaga Jacinto presentó una acción de improcedencia de acción fundamentada en la supuesta atipicidad relativa del presente caso. En esta medida, el señor Aliaga Jacinto afirma que, en tanto que él sólo tuvo un contrato de locación de servicios con CONTRADROGAS, nunca fue funcionario público y, por lo tanto, no se le puede imputar la autoría del delito de colusión.

Teniendo ello en cuenta, se analizara el concepto de funcionario público utilizado por la Sala Penal de Ape-

laciones y su relación con los tratados internacionales en materia de corrupción. En adelante los extractos más relevantes de la resolución.

Extractos relevantes

“El delito de Colusión, tratándose de un delito especial propio, sólo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público. Contemplándose en el artículo 425 del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido, no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo, siendo ésta una norma de reenvío.”

*“Sin embargo, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425 del Código Penal, no se produce el reenvío, considerándose que **es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción**”*

“Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho Penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual,

*bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones*⁴

Comentario Jurisprudencial: Concepto de Funcionario Público

Fundamento

Todos los delitos exigen que los bien jurídicos, inicialmente libres de influencias ajenas, sean o colocados en la disponibilidad del autor para que este luego pueda lesionarlos. Ahora bien, existen algunos delitos (delitos especiales) en los que la especial configuración del tipo lleva a que solo algunos sujetos puedan tener la suficiente influencia o dominio sobre el bien, influencia que les permitirá lesionarlos^[1]. En tal sentido, es esta relación de dominio (llamada relación de dominio social típica^[2]; relación del dominio sobre el fundamento del resultado^[3] o dominio del riesgo típico^[4]) que pone en disposición del autor determinados bienes jurídicos. En definitiva, lo que se encuentra detrás de los delitos especiales es esta relación frente a los bienes jurídicos, por lo que será autor quien tenga el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. En el caso de los delitos de corrupción, el sujeto, al ingresar al aparato público, cumple determinadas funciones que le lo colocan en una posición de proximidad frente al bien jurídico, dándole la capacidad no sólo de fomentar los servicios públicos, sino también de afectarlos.^[5]

Lo dicho antes nos permite afirmar que la calidad de funcionario público no es un simple elemento accidental de los delitos de corrupción, sino que se encuentra entrelazado con el fundamento mismo de los delitos contra la administración pública. En otras palabras, la razón por la que el legislador delimitó el número de autores de los delitos de corrupción tiene su fundamento

1 cf. GRACIA MARTIN, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. En: Estudios de Derecho Penal. Lima: IDEMSA, 2004. p. 142.

2 cf. Ídem. pp. 142-143.

3 SCHUNEMAN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá: 2004, No 75, Volumen 25. pp. 13 – 25.

4 cf. GOMEZ MARTÍN, Victor. Los delitos especiales. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, 2006. p. 364.

5 cf. DONNA, Edgardo. El concepto de funcionario público en el Código penal peruano. En: Revista peruana de Ciencias Penales, N° 11-12, Año VII-VIII. Lima: Idemsa, 2000. pp. p. 273.

en la situación de vulnerabilidad que tiene la administración pública frente al funcionario.

Autonomía

Hemos visto que el concepto de funcionario público es la piedra angular de los delitos contra la administración pública. Ahora bien, este concepto debe estar funcionalizado al objetivo que busca cumplir: determinar que sujetos tienen, por la función que cumplen, la capacidad de lesionar la correcta administración pública a partir del dominio que sobre ella ejercen.

Si se comparte lo antes dicho, resulta lógico afirmar que el concepto de funcionario público manejado por el Derecho penal será independiente al que se maneja en el Derecho laboral y en el Derecho administrativo. Aquí destaca lo dicho por Sala Penal de Apelaciones en el presente caso, toda vez que la relación laboral no debe ser un límite para la determinación de la calidad de funcionario público. Más aún, la sentencia en comentario se impone frente a las tendencias que utilizan una interpretación restringida y formal de lo que se debe entender por funcionario público. Estas tendencias parten muchas veces de utilizar el concepto de funcionario público de otras ramas del Derecho sin tener en cuenta los objetivos y fines que el Derecho penal busca cumplir^[6]. En esta medida, es meritorio que la Sala Penal de Apelaciones se aleje de este concepto restringido y subraye la autonomía del concepto penal de funcionario público.^[7]

Elementos del Concepto de Funcionario Público

Sobre la base antes descrita, hemos planteado anteriormente el siguiente esquema dual para poder identificar cuando estamos frente a un funcionario público :

- **Incorporación heterónoma a la función pública:** el sujeto deber ser incorporado a la función pública a través de un acto de selección, designación o elección. Dichos actos comparten el hecho de que la incorporación a la función pública esta sujeta a un poder externo o ajeno (norma o autoridad)

6 cf. MEINI, Iván. Temas de Autoría y participación en delitos contra la Administración Pública. Ponencia presentada en el taller de capacitación en delitos contra la administración pública”. En: Boletín Proyecto Anticorrupción N° 13. Lima: Idehpucp, 2012. p.4. Disponible en:http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/junio_2012_n13.pdf

7 cf. MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp, 2013. pp.33-37.

al sujeto que pretende ser funcionario público. En otras palabras, el sujeto es incorporado a través de una selección (a través de concurso público), elección (funcionarios electos a través de sufragio) y/o designación (una autoridad competente destina al sujeto para la función pública, lo cual no necesariamente se producirá a través de la vía formal)

- **Posibilidad efectiva de ejercicio de la función:** el sujeto debe tener una posición de cercanía con el bien jurídico. En tal sentido, el sujeto deberá tener la posibilidad concreta (y no abstracta o irreal) de ejercitar el poder otorgado al momento de su incorporación a la función pública. En otras palabras, el sujeto deberá poder vincular al Estado con sus actos.

En el presente caso, es claro que un locador de servicios de una entidad estatal es un funcionario público, toda vez que es incorporado por un proceso de selección. Además, no sólo tiene la posibilidad de ejercitar la función pública, sino que en el presente ejercita efectivamente sus poderes como funcionario público al elegir a la empresa en el proceso de adjudicación de la buena pro antes comentado.

Ahora bien, los elementos antes citados han sido recogidos en las convenciones internacionales contra la corrupción. A continuación, veremos la relación que guardan dichos instrumentos internacionales con el concepto penal de funcionario público.

Convenciones contra la corrupción y remisión

Existen dos tratados internacionales que otorgan definiciones de funcionarios públicos a efectos de colaborar con la persecución y sanción de los delitos de corrupción. Por un lado se encuentra la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC) ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997, la cual señala en su artículo 1° lo siguiente:

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.

En esta misma línea, el artículo 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (en adelante CNUC) (ratificada por el Estado peruano el 16 de noviembre de 2004) señala lo siguiente:

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;

Como hemos señalado anteriormente las definiciones manejadas por los instrumentos internacionales antes vistas, presentan las siguientes características:^[8]

- El título habilitante de incorporación a la función pública puede ser la selección, designación y/o elección como antes ya se dijo

8 cf. Ídem. p. 34.

- Toda persona que desempeña una función o servicio público
- Irrelevancia de la denominación o nomen iuris utilizado
- Irrelevancia del nivel jerárquica
- Irrelevancia de la antigüedad
- Irrelevancia del carácter permanente o temporal del cargo
- Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo

Como bien ha señalado la sentencia en comentario, el concepto de funcionario público utilizado por el Código penal debe coincidir necesariamente con las características antes señaladas. ¿Cuál es el fundamento de esta afirmación?

- En primer lugar, se debe tomar en cuenta que las normas internacionales antes citadas pertenecen al ordenamiento jurídico peruano, toda vez que, en virtud del artículo 55° de la Constitución, todos los tratados celebrados por el Estado peruano forman parte del Derecho nacional. Esto último ha quedado confirmado por la Ley 26647.
- En segundo lugar, el artículo 425 inciso 6 señala que se entenderá se considerará funcionario público a los demás indicados por la Constitución política y la ley. Si se comparte lo dicho en el párrafo anterior, resulta lógico decir que las definiciones de la CICC y CNUC son normas del ordenamiento jurídico a los cuales hacen referencia la norma penal en mención. En conclusión, el artículo 425 nos dirige al artículo 1 de la CICC y 2 de la CNUC. Estas normas internacionales funcionan entonces como criterios hermenéuticos que determinan el alcance del concepto de funcionario público.
- En tercer lugar, estamos ante normas autoaplicativas, es decir, normas internacionales de aplicación inmediata que no requieren de un acto legal adicional para desplegar sus efectos jurídicos. Ello debido a que son normas completas, claramente definidas, y lo suficientemente específicas para poder aplicarse judicialmente en un caso concreto.^[9]

Finalmente, conviene analizar la referencia que hace la Sala Penal de Apelaciones en el caso en comentario en relación a las normas de reenvío. En tal sentido, ¿Ante 9 cf. Ídem. p. 39.

qué tipo de remisión nos encontramos?

Las técnicas de remisión son técnicas legislativas que abarcan tres fenómenos: leyes penales en blanco, elementos normativos jurídicos y cláusulas de autorización.^[10] Estas últimas son un tipo especial de leyes penales en blanco, por lo que el dilema radica en diferenciar los elementos normativos de las leyes penales en blanco.

- **Leyes penales en blanco:** La norma penal remite a otras normas extrapenales para llenar el vacío dejado por el legislador.^[11] En tal sentido, es en la norma extrapenal donde se determina el elemento típico.^[12] Estamos entonces a una remisión en bloque que busca integrar una norma, esto es, llenar un vacío dejado por la norma penal.^[13]
- **Elementos normativos:** El tipo penal esta completo, pero para interpretar estos elementos se tiene que hacer una valoración para la cual resulta inevitable recurrir a los conocimientos de otras áreas del Derecho y sus respectivas normas. Estamos ante una remisión interpretativa, que no llena un vacío (ya que el tipo penal esta completo) sino que se limita a interpretar un elemento del tipo^[14].

Lo descrito en los párrafos anteriores nos permite concluir señalando que el concepto de funcionario público es un elemento normativo que exija para su interpretación la remisión a las normas internacionales de las convenciones contra la corrupción. Más aún, no es una remisión a una norma extrapenal de rango infralegal (supuesto que genera bastantes dificultades), sino que estamos ante una remisión interpretativa que nos lleva a una norma internacional que, al versar sobre derechos fundamentales, tiene, al menos, rango constitucional.^[15]

10 cf. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la empresa. Valencia: Tirant le Blanch, 2007. p. 243.

11 cf. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Hacia un nuevo Derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del delito económico. En: Revista Penal. Huelva: Tomo 21, enero 2008. p. 4.

12 cf. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Ob. Cit. p. 248.

13 cf. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. Cit. p. 4.

14 cf. Íbidem.

15 Sentencia del Tribunal Constitucional 0047-2004-AI, fundamento 61.