

BOLETÍN Nº 7 - 2016

ANTICORRUPCIÓN Y JUSTICIA PENAL

ISSN 2410-5899





CONTENIDO

PRESENTACIÓN

La lucha contra la corrupción en el discurso presidencial desarmando la justicia: A propósito de las cuestionables sentencias de la Sala Penal Permanente

COMENTARIO ACADÉMICO

Breve comentario a la sentencia “Diarios Chicha” y a la teoría “del autor único” en los delitos de infracción de deberes “institucionalizados”

Por: [Julio Rodríguez Vásquez](#)

COMENTARIO ACADÉMICO

El concepto de funcionario público y la Casación N° 634-2015

Por: [David Torres Pachas](#)

NOTICIAS

DESARMANDO LA JUSTICIA: A PROPÓSITO DE LAS CUESTIONABLES SENTENCIAS DE LA SALA PENAL PERMANENTE



©Diario16.com

Los últimos meses la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha emitido una serie de sentencias, peligrosamente cuestionables, sobre delitos como la trata de personas o los delitos de corrupción de funcionarios, delitos especialmente sensibles para la opinión pública nacional y la comunidad internacional. Y es que la tipificación de estos delitos, su investigación, juzgamiento y sanción constituyen, además de deberes de la función interna, obligaciones internacionales que comprometen al Estado peruano al ser parte de las respectivas convenciones internacionales que regulan tales delitos¹.

Presentaremos, a manera de ejemplos, tres sentencias de la referida Sala de la Corte Suprema, y las mostraremos desde la más antigua a la más reciente.

¹ Así en lo que respecta a la trata de personas tenemos el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Protocolo de Palermo 2000). Y en lo que respecta a la corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).

La primera sentencia data del 7 de julio del presente año (Exp. N° 782-2015) la misma que excluye de responsabilidad a los extraneos (o particulares) que colaboran en un delito de enriquecimiento ilícito cometido por un funcionario o intraneos. Para tal efecto, la Sala acude a una teoría ya superada en nuestra jurisprudencia y prácticamente sin seguidores en nuestra doctrina penal más representativa. En efecto, la Sala utiliza la teoría de la ruptura del título de imputación (teoría que niega toda posibilidad que un particular pueda responder a título de partícipe de un delito contra la administración pública cometido por un funcionario público, sino por un delito común subyacente) la misma que considera se deduce del art. 26 del Código Penal, haciendo una interpretación en contra del mismo texto y afectando principios como el de accesoriadad limitada y contribuyendo a la impunidad de los particulares que colaboran con los funcionarios públicos en los delitos de corrupción que estos incurran.

La segunda sentencia fue conocida el 16 de agosto de este año. En esta sentencia se absolvió (luego de haber sido condenado en primera instancia) al ex presidente Fujimori del delito de peculado por disponer de fondos públicos del Servicio de Inteligencia Nacional para la compra de la línea editorial de varios medios de comunicación, especialmente la prensa sensacionalista, y de esa manera lograr desprestigiar a los opositores al régimen de entonces y promover la imagen del ex Presidente a una segunda reelección. Esta resolución resulta indebida y arbitrariamente motivada. Ello debido a dos razones fundamentales. En primer lugar, la Sala Suprema Permanente efectúa una interpretación ajena al sentido previsible (violación del principio de tipicidad) del texto del delito de peculado y, en especial, del elemento “por razón del cargo”, desmereciendo por completo la disposición constitucional (art. 118 inciso 17) y otros actos que daban cuenta que el Presidente de la República es el primer garante de los fondos públicos y en este caso también de los fondos del Servicio de Inteligencia Nacional, sin que ello signifique que el Presidente sea responsable siempre por todo lo que hacen sus subordinados. El problema de esta sentencia es que la Sala apela a la teoría de la infracción de deber (en términos de Jakobs: Teoría de los delitos por competencia institucional), es decir una teoría altamente formalizada, con serios problemas frente al principio de legalidad (Robles Planas) y, lo más grave, inadecuada de cara a la realidad subrepticia y muchas veces desformalizada de los delitos de corrupción de funcionarios públicos. Es por eso que la sentencia llega al absurdo de prescribir que la única forma de tener esa vinculación con el cargo, y por tanto la única forma de habilitar a un

funcionario para cometer un delito de peculado, es que su función de disposición de estos fondos se encuentre concretada y explicitada en un reglamento, Manual de Organización y funciones, el ROF, etc. Es decir, exige “un funcionario contextualizado en un segmento concreto de la función pública”, dejando en la impunidad los casos de vinculación amplia con los fondos públicos como ocurre con el Presidente de la República y los altos funcionarios del Estado.

Finalmente, la reciente sentencia de fecha 28 de enero de 2016, pero conocida recientemente, resuelve un caso de trata de menor de edad (15), absolviendo a la acusada con argumentos que denotan no sólo su insensibilidad con respecto a este tipo de víctimas, sino sobre todo su equívoca concepción de los alcances que tiene el tipo de injusto del delito de trata de personas. La sentencia señala que la menor fue captada para trabajar como dama de compañía de los clientes de un bar en una zona diferente a la de su ubicación familiar, que trabajaba aproximadamente en este ambiente 13 horas diarias, bebiendo licor con los clientes y que, a sugerencia de la acusada, eventualmente realizó “pases” con los clientes, esto es, mantuvo relaciones sexuales con ellos. Sin embargo, indica que no se trata de una jornada extenuante, que fue captada con el fin original de trabajar como dama de compañía y no de ser explotada laboralmente o sexualmente. Indica, finalmente, que el hecho de haberse dedicado ocasionalmente a realizar práctica sexual con los clientes a cambio de dinero no constituye un supuesto de explotación sexual.

En primer lugar, la explotación laboral no se mide exclusivamente por el número de horas dedicadas a la jornada de trabajo, ni tampoco exclusivamente por el carácter extenuante o no del mismo. La Sala debe recordar que nos encontramos ante una de las peores formas de explotación infantil² y ello no lo impide el hecho que en nuestra legislación la edad mínima para el trabajo sea 14 años, dado que las labores que se permiten en la adolescencia sólo son aquellos que son debidamente autorizados, no superen las 6 horas de trabajo diario y no afecten su seguridad (en el caso no sólo se obliga o autoriza a la menor a beber bebidas alcohólicas sino que se la expone a la práctica de la prostitución como efectivamente ocurrió). Se trata entonces de un trabajo prohibido en el que no existe consentimiento válido por parte de la adolescente. La Sala parece

² El artículo 3 literal d) de la Convención sobre las Peores formas de trabajo Infantil (1999) define a este trabajo como aquel que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

equiparar el estándar de trabajo desempeñado por un adulto con el autorizado y permitido para menores de edad.

La explotación sexual, especialmente de una menor de edad, tampoco se mide por el número de veces que tuvo relaciones sexuales con los clientes, por encargo de otro, a cambio de una prestación económica. Debe quedar claro que recibir a una menor de edad en un ambiente determinado y aprovechar su práctica sexual con un cliente a cambio de una prestación, aunque esta sea la única vez, constituye un acto de prostitución (o explotación sexual) de menor en la que éste no tiene capacidad de consentir. Entonces, recibir a una menor de edad, dedicarla a la prostitución (aunque sea ocasionalmente), aprovechándose de su situación de vulnerabilidad (presunción iure et de iure) es un acto de trata de personas agotado en su modalidad de explotación sexual³.

Como podemos apreciar en todas las sentencias reseñadas se evidencia la afectación grave de principios como el de tipicidad o de prohibición de interpretaciones arbitrarias, así como el principio de tutela judicial efectiva de las víctimas, especialmente en el caso de la trata de personas. Ello sin contar la vulneración de obligaciones internacionales, especialmente en el caso de las sentencias sobre trata de personas. Efectivamente, en la Resolución de seguimiento de la CIDH en el caso Barrios Altos Vs Perú de fecha 7 de septiembre de 2012, cuando la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema anuló la sentencia que condenaba a los miembros del grupo colina por la masacre de Barrios Altos y descartó la calificación de crimen de lesa humanidad de los hechos acontecidos e impuso una pena menor a la que correspondía, la Corte ha considerado que se vulneraban los derechos de reparación de la víctima (art. 8 y 25 de la Convención) y dentro de ellos el deber de investigar debidamente, juzgarlos y sancionar los hechos según la gravedad que posean.

La Sala Penal Permente pareciera avanzar en un proceso de desactivación de la justicia, afectando el estado de derecho en nuestro país y el sentido de prevención de los delitos que se protegen constitucionalmente detrás de la tipificación de delitos como la trata de personas (especialmente menores de edad) y de corrupción de funcionarios.

³ Queda claro para COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Comentarios al artículo 187, en: Comentarios al Código Penal (Dirección Cobo del Rosal), EDERSA, Madrid, 2002, p. 704 y 705 que la habitualidad no define el acto de prostitución.

BREVE COMENTARIO A LA SENTENCIA “DIARIOS CHICHA” Y A LA TEORÍA “DEL AUTOR ÚNICO” EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBERES “INSTITUCIONALIZADOS”

Por: Julio Rodríguez Vásquez¹



El 16 de agosto del presente año la Sala Penal Permanente emitió sentencia en el R.N. 615-2015. A través de dicha ejecutoria suprema se declaró la nulidad de la sentencia que condenó a Alberto Fujimori Fujimori por el

¹ Abogado por la PUCP, con estudios en la Maestría en Derechos Humanos de la misma universidad y alumno de la Maestría en Criminología y Ejecución Penal de la Universidad Pompeu Fabra. Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción.

delito de peculado doloso en el caso “Diarios Chicha” y se dispone, además, su absolución por dicha imputación.

Cabe recordar que, según la acusación fiscal, Fujimori Fujimori habría abusado de su condición de ex Presidente de la República para ordenar, entre 1998 y 2000, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN). Ello con el objetivo de que dicho dinero sea utilizado para su campaña de reelección presidencial del periodo 2000-2005. Específicamente, el dinero habría sido utilizado para manipular a la opinión pública, atacando a sus adversarios a través de la compra de titulares de los llamados “Diarios Chicha”.

Más allá de la importancia política de esta decisión, el presente documento pretende realizar un breve análisis sobre uno de los argumentos esgrimidos por la Sala Penal Permanente. En concreto, analizaremos lo dicho por la Sala respecto a la configuración de los delitos de corrupción como delitos de “infracción de deber institucionalizado” con “autor único”. Ello sin perjuicio de que otros puntos de la sentencia merezcan un análisis jurídico riguroso.

A continuación, los extractos más relevantes de la citada sentencia sobre los temas antes anunciados:

“En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados –en este caso, de funcionario y servidores públicos–, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente. En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcional concreta, se ha realizado mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues el obligado especial responde siempre como autor único de un delito de infracción de deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización”.

Como vemos, la Sala Penal Permanente se acoge a la doctrina según la cual los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos serían delitos especiales y de infracción de deberes institucionalizados. ¿Qué quiere decir esto? Según la doctrina asumida por la Sala Penal Permanente, todos los delitos implican la infracción de deberes; sin embargo se puede elaborar una clasificación que diferencia entre deberes por “competencia por organización” y por “competencia por institución” (Jakobs 1997, 343-363).

Los primeros se refieren al quebrantamiento de deberes que son configurados por el propio actuar del sujeto en su relación con la sociedad (Meini 2014, 193). Es decir, deberes que surgen de la organización del propio actuar de una persona en sociedad. Estos deberes obligan a todo ciudadano a organizar su comportamiento de manera que éste no implica un ataque contra bienes jurídicos de otros.

Por su parte, los deberes por competencia institucional no nacen del propio comportamiento del sujeto, sino de deberes previamente positivizados a través de instituciones como la familia o la administración pública (Jakobs, 1997, 343-363). Estos deberes implican que las personas que estén inmersas en dichas instituciones no solo estén obligadas a no dañar al bien jurídico, sino que también están obligados a garantizar el fomento del bien jurídico (Sanchez Vera Gomez Trelles 2003, 275). En esta línea, los delitos de corrupción se encontrarían en esta segunda universo, en tanto que el actuar de un funcionario público está delimitado por regulación jurídica que se encuentran adscritas al cargo que éste ha decidido ocupar (Meini 2014, 193).

La teoría antes esbozada podría llevar al resultado de que los llamados delitos de infracción de deberes “institucionalizados” se caractericen porque delimiten el círculo de autores solo a quien se encuentra inmerso en la institución, excluyendo cualquier posibilidad de participación. Efectivamente, esta ha sido la línea tomado por la Sala Penal Permanente desde hace un tiempo. Más aún, la Sala Penal Permanente ha ido un paso más adelante, al señalar que en estos supuestos se rige “el principio de autor único”. Por lo tanto, en estos supuestos solo sería posible la llamada autoría directa, quedando descartados los casos de coautoría, autoría mediata, instigación o complicidad (Meini 2016, s/p). Sin embargo, la decisión de adscribir esta tesis tiene serios inconvenientes.

En primer lugar, esta teoría solo caracteriza los deberes lesionados. Es decir, la teoría defendida por la Sala Penal Permanente se limita a describir una formalidad: que determinadas personas tienen deberes configurados a partir de una institución. Sin embargo, no se pronuncia sobre el fundamento de dichos deberes ni sobre cómo estos deberes se relacionan con la afectación al bien jurídico protegido por el tipo penal (Montoya 2015, 55; Meini 2014, 194).

En segundo lugar, la tesis antes citada no tiene sustento en el Código Penal peruano y, por el contrario, contradice las reglas de autoría y participación de nuestro ordenamiento jurídico (Meini 2016, s/p). El Código Penal no regula en ninguna de sus reglas la diferencia entre “delitos de infracción de deberes por competencia” y “delitos de infracción de deberes por institución”. Mucho menos indica que en el segundo caso las reglas de la participación quedan anuladas o carecen de validez. Por el contrario, el Código Penal dispone entre sus reglas generales que quienes “cometen conjuntamente” el hecho punible, quienes “realiza(n) por medio de otro el hecho punible, quienes “dolosamente presta(n) auxilio para la realización del hecho punible sin el cual no se hubiere perpetuado” y quienes “dolosamente, determina(n) a otro a cometer el hecho punible” serán reprimidos con la pena establecida en la parte

«Cabe recordar que, según la acusación fiscal, Fujimori Fujimori habría abusado de su condición de ex Presidente de la República para ordenar, entre 1998 y 2000, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN).

especial del Código Penal. En esta medida, el ordenamiento jurídico penal no se adscribe a una teoría de “autor único”, sino que por el contrario considera legítimos y válidos, para todos los delitos, la prohibición y sanción de comportamientos de autoría media, coautoría, instigación y complicidad.

Consideramos que los delitos contra la administración pública, como todo delito, se fundamentan en lo que Schunemann ha llamado dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico (Schunemann 2004, 13-25). Es decir, la autoría se basa en una relación especial que se produce entre la posición del sujeto activo y el bien jurídico protegido. En los casos de los delitos de corrupción, esta posición (de garante) se origina cuando una persona decide libremente incorporarse a la administración pública y ejercer funciones estatales. Con otras palabras, la persona que asume un cargo público ingresa a una posición que le permite controlar el devenir de los servicios brindados por el Estado y, por lo tanto, tiene el poder para afectar a la administración pública (bien jurídico protegido). Es decir, tiene el poder del que puede abusar y con ello evitar que la administración pública cumpla con su función social constitucionalmente configurada. Por lo tanto, es la posición de garanta devenida de la función pública realizada la que fundamenta que los funcionarios públicos sean los autores de este tipo de delitos.

Ahora bien, nuestro Código Penal, a diferencia de la tesis adoptada por la Corte Suprema, considera que los riesgos creados por el funcionario público no son los únicos que están prohibidos y sancionados por la norma penal de la parte especial. Sino que considera que quienes contribuyen a que el funcionario público abuse de su posición y provoque riesgos prohibidos para la administración pública, realizan un comportamiento que se encuentra dentro del ámbito de protección del tipo penal (Rueda Martín 2010, 93). Con otras palabras, los tipos penal de corrupción exigen (o imponen el deber) de que los funcionarios públicos no abusen de su función, pero también exigen (o imponen el deber) de que los ciudadanos no ayuden a los funcionarios a lesionar la administración pública. Esto ha quedado expresamente establecido en las reglas de participación antes citadas.

Por lo antes dicho, consideramos que la sentencia de la Sala Permanente deja un precedente de impunidad que, si bien tiene sustento en una línea argumentativa defendida por un sector de la doctrina, no encuentra respaldo en la regu-

lación penal nacional y no responde de manera acertada a las críticas planteadas.

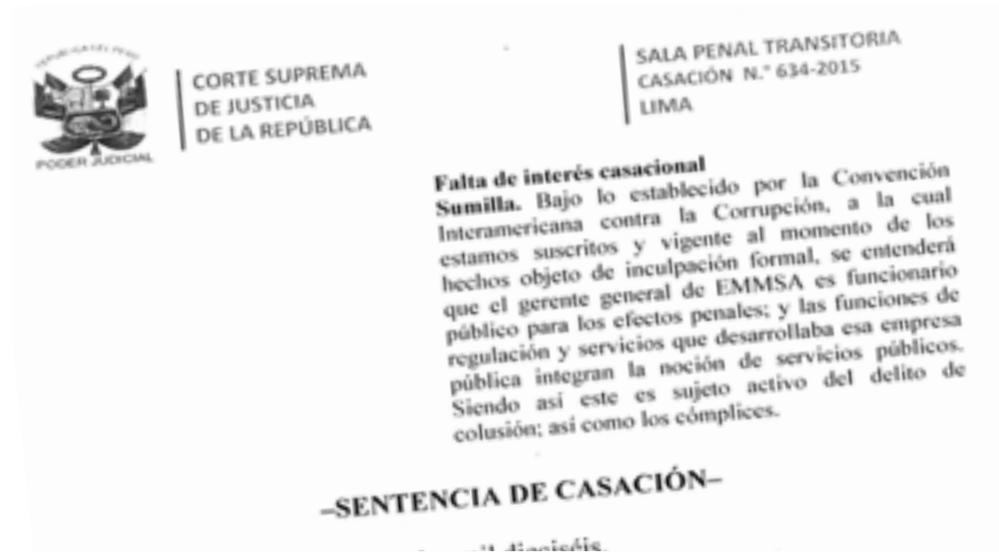
BIBLIOGRAFÍA

- 2003 SÁNCHEZ-VERA, Javier.
Delitos de infracción de deber. En: Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.). Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal. Bogotá: Universidad del Externo de Colombia.
- 1997 JAKOBS, Günther
La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. En: Estudios de derecho penal. Madrid: Civitas.
- 2015 MONTOYA, Yvan (Coordinador)
Manual de delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp.
- 2014 MEINI, Iván
Lecciones de Derecho Penal Parte General. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- 2016 MEINI, Iván
Autoría y participación en los delitos de corrupción. Conferencia presentada en Nueva Criminalidad: Desafíos en el Derecho Penal. Iter Criminis. Lima, 15 de septiembre.
- 2010 RUEDA MARTIN, María Ángeles.
Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal. Granada: Comares.

«la sentencia de la Sala Permanente deja un precedente de impunidad que, si bien tiene sustento en una línea argumentativa defendida por un sector de la doctrina, no encuentra respaldo en la regulación penal nacional y no responde de manera acertada a las críticas planteadas»

EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y LA CASACIÓN N° 634-2015

Por: David Torres Pachas¹



El día 28 de junio del año en curso, la Sala Penal Transitoria emitió sentencia en el recurso de Casación N° 634-2015. Según los hechos materia del caso, entre de setiembre de 2012 y de abril de 2013, Marcelo Cicconi, Gerente de la empresa RE-LIMA Ambiental Sociedad Anónima, se habría coludido con Arena Lizana, Gerente General de la Empresa Municipal de Mercados Sociedad Anónima a fin de que RE-LIMA preste servicios de limpieza en el Gran Mercado Mayorista de Lima. Conforme a uno de los

¹ Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Exdirector de la Asociación Civil Iter Criminis. Es Asistente de Investigación del Área Penal – Anticorrupción del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción (DEPEC). Asimismo, es adjunto de docencia de los cursos “Teoría del Delito” y “Temas de Derecho Penal” en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

argumentos esgrimidos por la defensa, se habría aplicado retroactivamente la Ley N° 30124, la misma que modificó el artículo 425° del Código Penal e incorporó a los gerentes de empresas mixtas como posibles autores de los delitos de corrupción de funcionarios.

Al no encontrarse vigente dicha norma al momento de los hechos, la defensa plantea que el señor Arena Lizana no era funcionario público y por tanto no podría ser considerado como autor (ni existir cómplices) del delito de colusión. Acertadamente la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema rebate dicho argumento apelando a una interpretación del concepto de funcionario público a la luz de los instrumentos internacionales en materia anticorrupción ratificados por el Perú, descartando así la aplicación retroactiva y desfavorable de la ley penal.

A continuación los fragmentos más importantes de dicha sentencia.

“Primero. (...) Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto de funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional.

Segundo. Que, como elemento normativo, el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado –no sin marchas y contramarchas–, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva –es un concepto funcional–, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal –el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública–. Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad (...).

Cuarto. Que como el artículo 425 del Código Penal solo incorpora un listado abierto de todos aquellos que, para efectos penales, pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos –es, pues, un elemento normativo–,

obviamente es pertinente encontrar referencias para su delimitación en el orden normativo solo en el cual tienen sentido, como su sustrato, aumentando su dificultad a medida que el orden normativo, de referencia es más abigarrado (...). El elemento normativo en análisis contiene una remisión normativa a otro precepto cuando, en su inciso seis o siete, menciona a la Constitución y a la Ley.

Quinto. Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad –esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativo, debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal–. Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a “entidades u organismos del Estado”, más allá de que la Ley número 27713 en referencia, modificó la norma anterior –norma originaria– que expresamente hacía referencia a las “empresas del Estado o sociedades de economía mixta”, imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado.

Es cierto, igualmente, reconocer esa línea reformista errática del legislador nacional, sus idas y venidas, respecto a la actividad empresarial del Estado, pero más allá de su intento de concretar supuestos en línea casuística, siempre admitió que había entidades, instituciones y organismos públicos que realizaban servicios públicos, y personal que actuaba con ellos, así como también acogió una descripción abierta de funcionario o servidor público al incorporar en el listado a otros cargos que indicara la Constitución y la ley.”

Comentario jurisprudencial

Los delitos de corrupción de funcionarios protegen el bien jurídico correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública. Este bien jurídico está constituido por una serie de principios que deben regir, orientar e informar el ejercicio de la función pública y que se ven atacados por cada delito

de corrupción de manera específica². Partiendo de dicha premisa, habrá que preguntarse quiénes son aquellos sujetos que pueden cometer los actos más gravosos en contra de la Administración Pública. Nos estamos refiriendo a los funcionarios públicos.

Según Adela Asua Batarrita, los funcionarios públicos, son aquellos que “ostentan lo que en derecho penal denominamos “ámbito de dominio del bien jurídico”, son esas personas que se insertan en el organigrama de la Administración: de su actuación “desde dentro” depende la preservación o el perjuicio de ese bien jurídico”³. En ese sentido, se trata de identificar a aquellos que tienen un especial dominio y cercanía al bien jurídico, el cual tienen a su merced y en situación de vulnerabilidad⁴.

Son dos los criterios que pueden utilizarse para identificar a un funcionario público (en términos penales)⁵: i) incorporación heterónoma a

2 Según Asúa Batarrita, “La adulteración de esas notas definitorias – dicho de otro modo la violación de los principios informantes – conduce a la “corrupción” en cuanto descomposición del organismo público, que a falta de esas garantías de funcionamiento objetivo y conforme a legalidad, se convertirá en instrumento de otros intereses. Intereses que entonces serán los meramente “privados”, de individuo o de grupo (...). ASUA BATARRITA, Adela. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación de la potestad disciplinaria”. En: delitos contra la administración pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997. P. 21.

3 Ibid. P.23.

4 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.

5 MONTOYA, Yvan (Coordinador). Manual de delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp, 2015. PP. 40-44.

«Son dos los criterios que pueden utilizarse para identificar a un funcionario público (en términos penales): i) incorporación heterónoma a la función pública y, ii) la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público»

la función pública y, ii) la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público. La primera de ellas hace alusión al ingreso o incorporación del funcionario a la Administración Pública, la misma que deberá configurarse a través de un título habilitante (designación, elección o selección). Por su parte, el segundo elemento hace énfasis en la cercanía al bien jurídico penalmente protegido, ya que dicha situación lo coloca, cuando menos, en situación de peligro.

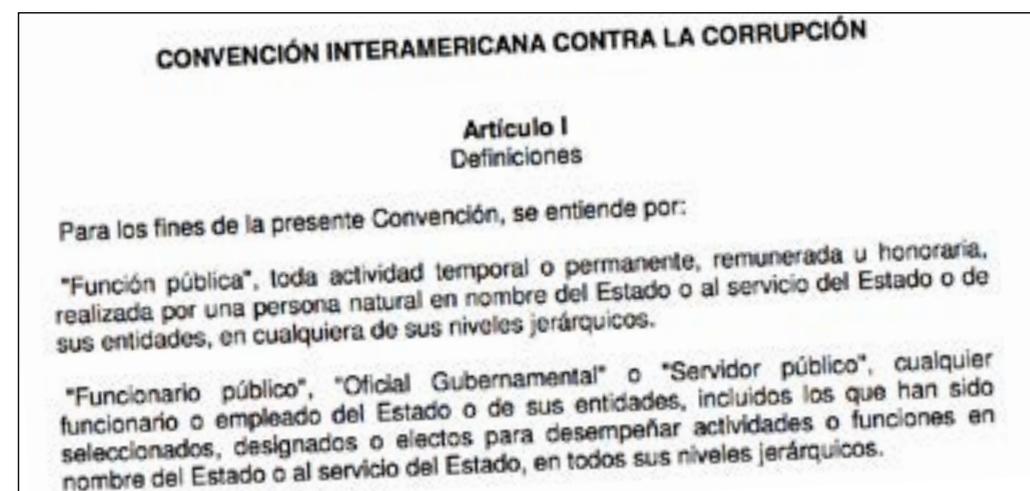
Asimismo, es necesario recordar que el concepto de funcionario público es diferente a aquel que se utiliza en el Derecho Administrativo o al del Derecho Laboral. Ello incluso se desprende de una comparación entre el artículo 425 inciso 3 y el artículo 40 de la Constitución. Según el primero de ellos, 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.

¿Existiría una contradicción con el artículo 40 de la Constitución Política, según el cual “[n]o están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”? Como decíamos, el concepto de funcionario público en Derecho Penal es distinto, al que se utiliza en Derecho Administrativo y en el Derecho Laboral. Para el primero será importante destacar si el funcionario es parte de la carrera administrativa, mientras que al segundo le importarán aquellos temas relacionados al régimen y beneficios laborales (por citar algunos ejemplos). En términos de lo que aquí atañe, el ejercicio de la función pública a efectos penales debe ser entendido como “la capacidad que tiene una persona, el funcionario público, para vincular con sus actos al Estado”⁶.

⁶ 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.6. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/junio_2012_n13.pdf>.

Al tratarse de un concepto normativo, habrá que acudir a instrumentos que nos permitan obtener una noción de funcionario público. Es por ello que la Sala acertadamente recurre a los conceptos de funcionario público establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Perú⁷. En particular, al artículo I de la Convención Interamericana contra la corrupción:



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.

Dicho artículo es un claro ejemplo de norma autoaplicativa lo cual implica que “no necesitan de otras normas para aplicar internamente la norma

⁷ La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobada el 9 de diciembre del 2003 e incorporada al ordenamiento jurídico peruano mediante el Decreto Supremo N° 075-2004-RE de fecha 19 de octubre del 2003. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción entró en vigor el 6 de marzo de 1997 y fue incorporada al ordenamiento jurídico del Perú mediante el Decreto Supremo N° 012-97-RE del 21 de marzo de 1997.

internacional que se enuncia, sino que pueden ser directamente invocadas por los destinatarios de dichas normas”⁸. En el mismo sentido, Meini señala que “al ser cláusulas de tratados internacionales que no sugieren, recomiendan o tipifican un delito, son autoaplicativas, es decir, no requieren de una ley que las adhiera expresamente al Derecho interno, ya que se incorporan desde que estas convenciones o tratados son ratificadas por el Estado parte”⁹.

De una lectura del artículo 425 de nuestro Código Penal¹⁰ queda meridianamente claro que este no constituye el concepto de funcionario público¹¹, sino que trata de expresar las distintas formas en que una persona puede incorporarse y vincular al Estado con sus actos. En otras palabras, el artículo 425° expresa una lista referencial de sujetos que podrían ser considerados como funcionarios públicos a efectos penales. De esta manera, la labor de los operadores del sistema de justicia será la de identificar si, a fin de cuentas, se encuentran ante una persona que puede vincular al Estado con sus

actos¹². Y ello sucederá aun cuando en el futuro se incluyan nuevos supuestos en el artículo 425° y sin que ello suponga una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal. Incluso, podría plantearse el caso extremo de lo que sucedería si el artículo 425° fuera derogado¹³. De ser este el caso, ¿no habría manera de establecer quién es o no funcionario público? La respuesta cae por su propio peso.

BIBLIOGRAFÍA

ASUA BATARRITA, Adela. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación de la potestad disciplinaria”. En: delitos contra la administración pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

12 Incluso podría desprenderse de cada tipo penal en concreto. Así, “El artículo 425° no constituye el concepto de funcionario público. Este se configura a partir del propio tipo penal que contiene el delito funcional. 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”. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op. Cit. P. 46.

13 MEINI, Iván. Autoría y participación en los delitos de corrupción. Conferencia presentada en Criminalidad Contemporánea: Desafíos del Derecho Penal. Iter Criminis. Lima, 15 de septiembre.

Según Adela Asua Batarrita, los funcionarios públicos son aquellos que “ostentan lo que en derecho penal denominamos “ámbito de dominio del bien jurídico”, son esas personas que se insertan en el organigrama de la Administración: de su actuación “desde dentro” depende la preservación o el perjuicio de ese bien jurídico”

8 BREGAGLIO LAZARTE, Renata. “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal”. En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. P. 174.

9 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>.

10 Artículo 425. Funcionario o servidor público

Son 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, 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.
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 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.

11 MONTOYA, Yvan (Coordinador). Manual de delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp, 2015. P. 46.

BREGAGLIO LAZARTE, Renata. “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal”. En: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

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. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/junio_2012_n13.pdf>.

MEINI, Iván. Autoría y participación en los delitos de corrupción. Conferencia presentada en Criminalidad Contemporánea: Desafíos del Derecho Penal. Iter Criminis. Lima, 15 de septiembre.

MONTOYA, Yvan (Coordinador). Manual de delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp, 2015.

SCHÜNEMANN, 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.

NOTICIAS

RESUMEN DE NOTICIAS SOBRE ANTICORRUPCIÓN Y JUSTICIA PENAL



DIARIO GESTIÓN – 26/09/16

Fortalecimiento de la UIF reforzará lucha contra el narcotráfico y el terrorismo

[PERÚ] “La Asociación de Bancos (Asbanc) se mostró a favor del pedido del fortalecimiento de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) – solicitada por el Gobierno como parte del pedido de facultades legislativas – para que tenga la facultad de solicitar a un juez el levantamiento del secreto bancario y tributario de una persona sospechosa de incurrir en actos ilícitos.”

Seguir leyendo en <http://bit.ly/2dmZzuW>



EL COMERCIO – 26/09/16

Pérez Tello espera recuperar S/42 millones de la corrupción

La ministra de Justicia y Derechos Humanos, Mariol Pérez Tello, señaló que su cartera espera recuperar 42 millones de soles de la corrupción durante el 2017. Agregó que para el fin de este año habrán recuperado 37.5 millones.

Seguir leyendo en <http://bit.ly/2cXtpqQ>



EL PAÍS – 26/09/16

Detenido el exministro de Hacienda de Lula por el 'caso Petrobras'

Este lunes, Antonio Palocci, exministro de Hacienda en el primer mandato del Gobierno Lula y exjefe de Gabinete en los primeros meses del Ejecutivo de Dilma Rousseff, fue detenido temporalmente, en São Paulo, en más una etapa de la investigación. La Policía Federal y la Fiscalía afirman tener indicios de la participación de Palocci en una presunta trama de lavado de dinero en la que estaría implicada la constructora Odebrecht.

Seguir leyendo en <http://bit.ly/2cD7eVa>



NOTICIA DEL DÍA – 22/09/16

Imputadas mil 168 personas por casos de corrupción entre enero y agosto

[VENEZUELA] En el marco de la lucha contra la corrupción, el Ministerio Público ha presentado 1 mil 071 acusaciones en esta materia entre enero y agosto de 2016.

Seguir leyendo en <http://bit.ly/2cD7PGe>



EL HERALDO – 06/09/16

Ordenan captura de ex presidente del Congreso de Guatemala por corrupción

[GUATEMALA] Un juez penal giró una orden de captura en contra del diputado y expresidente del Congreso de Guatemala, Luis Rabbé, por supuestos actos de corrupción durante su gestión el año pasado, informó la Fiscalía.

Seguir leyendo en <http://bit.ly/2dF7OXh>



BOLETÍN N° 7 - 2016

ANTICORRUPCIÓN Y JUSTICIA PENAL

ISSN 2410-5899