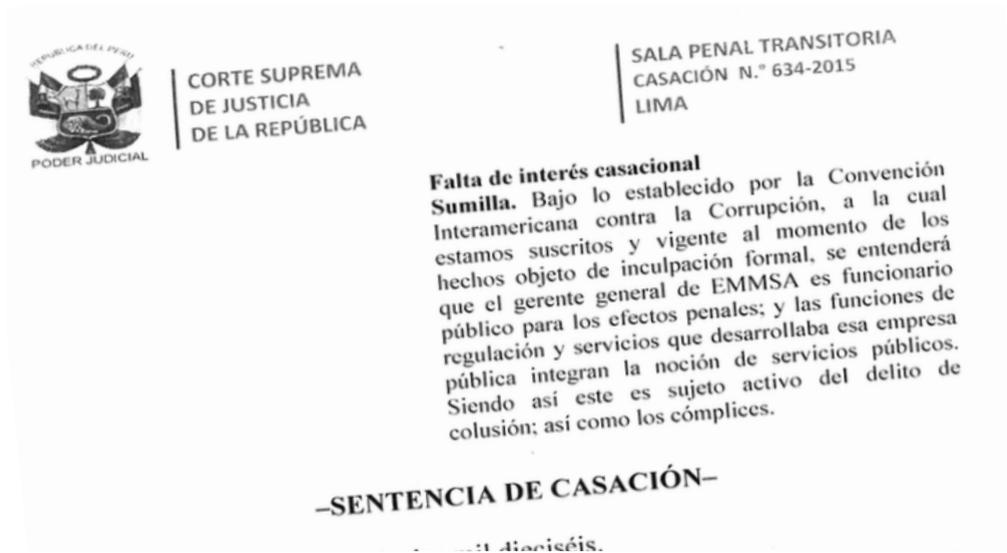


EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y LA CASACIÓN N° 634-2015

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

«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»

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.

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:

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Artículo I Definiciones

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.

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

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

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"

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.