



## PRESENTACIÓN

# La grave percepción de la corrupción persiste en el Perú

Por **YVAN MONTOYA VIVANCO**  
Coordinador del Proyecto  
Anticorrupción del IDEHPUCP

Recientemente se ha publicado la séptima encuesta de percepción de la corrupción en el Perú a cargo de Ipsos Apoyo y solicitada por la asociación civil Proética. Hay que advertir a la opinión pública que se trata de la medición de la percepción ciudadana de la corrupción y no de la situación de la corrupción realmente existente. Sin embargo, a pesar de ello, resulta sumamente valioso resaltar algunas constantes que se evidencian a lo largo de las últimas encuestas que se han elaborado sobre esta percepción. Estas constantes, estoy seguro, que muestran elementos ciertos y objetivos que no pueden ni deben desestimarse por parte de nuestras autoridades.

En primer lugar, con relación a la percepción de los principales problemas que enfrenta el país, la ciudadanía da cuenta de la corrupción como el segundo problema más importante (47%) sólo después del problema de seguridad ciudadana que ahora pasa al primer lugar (61%). Cabe mencionar que en las últimas tres encuestas realizadas por la misma encuestadora, el problema de la corrupción ha oscilado entre el primer y segundo lugar, confirmándose esta percepción con la respuesta que la opinión pública ofrece a la pregunta sobre el principal

problema que enfrenta el país para su desarrollo. Frente a esta pregunta la corrupción aparece como el principal problema que enfrenta en país para su desarrollo. En consecuencia, esta última encuesta no varía la tendencia en el sentido de que se trata de un problema considerado prioritario para la ciudadanía.

El segundo, y creo más alarmante problema, es el de la tolerancia a la corrupción. El 25% de los encuestados responde abiertamente que dadas las circunstancias actuales se justifica el soborno o la coima y el 12% recomendaría pagar una coima. Esta cifra, aunque minoritaria resulta preocupante por que refleja una predisposición dura hacia la corrupción. Esta cifra, en gran medida, parece explicable no sólo debido a un aspecto cultural enraizado en un sector de la población, sino también por la percepción en la inutilidad de los órganos encargados de la investigación, juzgamiento y sanción de la corrupción. En ese sentido, no sorprende saber que casi el 82% de los entrevistados considera que es ineficaz o escasamente eficaz presentar una denuncia por corrupción.

Finalmente, es lamentable saber que para la ciudadanía es el Poder Judicial

## CONTENIDO

### PRESENTACIÓN

- La grave percepción de la corrupción persiste en el Perú (Pág. 1)

### ARTÍCULO ESPECIAL

- Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública (Pág. 2-6)

### COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

- Comentario a la sentencia de José Enrique Verdeguez Herrera (Pág. 6-9)
- La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la Ley N 29703 (Pág. 9-12)

### NOTICIAS

- Taller de capacitación en Huaraz (Pág. 13)

la institución más corrupta, superando ahora a la Policía Nacional, institución que históricamente encabezaba este lamentable lugar. La pregunta que se nos viene rápidamente es la situación de los Proyectos de Ley que el Poder Judicial remitió al Congreso de la República para enfrentar precisamente la corrupción judicial. Hemos dado cuenta del archivamiento de uno de los referidos proyectos y el poco interés que el Pleno del Congreso ha mostrado con esta situación.

# Temas de autoría y participación de los delitos contra la administración pública

Ponencia presentada en el taller de capacitación en delitos contra la administración pública\*

Por **IVÁN MEINI MÉNDEZ**

Doctor en Derecho - Universidad de Cádiz (España)

## I. Introducción

Dentro del conjunto de exposiciones que se presentan en el presente taller, me ha sido encargada la tarea de comentar y analizar el concepto de funcionario público y, a partir de ahí, repasar, debatir y recordar las reglas que rigen la autoría y participación en el ámbito del Derecho penal de la función pública.

Con dicha intención, analizaré, en el marco de los delitos contra la administración pública: (II) el concepto de función pública (bien jurídico protegido) y, por lo tanto, el de funcionario público; (III) la intervención de terceros no cualificados (extranei) en delitos de corrupción y la aplicación de las disposiciones contenidas en el Código Penal peruano; y, finalmente (IV) daré las conclusiones a las que arribaremos luego del análisis antes detallado.

## II. Sobre el concepto de función pública

### A. El bien jurídico protegido

Cada vez que uno habla de la función pública como el **bien jurídico** protegido, se tiende a pensar inmediatamente en aquella titulación que hace el Código Penal de los delitos contra la administración pública, que en principio se dividen en delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos cometidos por particulares. Según esta sistematicidad presente en el código penal, pareciera, y así es, que el bien jurídico protegido común a todos estos delitos es la *administración pública*, es decir, la función pública. Sucede, sin embargo, que esta situación no implica un avance significativo, pues solamente identifica el objeto

que habría que dotar de contenido para saber a qué afectan estos delitos.

Para responder a la pregunta en torno al contenido del concepto de función pública, existen una serie de teorías y posiciones que proponen soluciones distintas.

En primer lugar, desde un punto de vista cada vez menos numeroso, se entiende que la función pública como bien jurídico protegido es el prestigio y la buena reputación que debe tener la Administración Pública per se. De esta manera, los delitos contra la Administración Pública, sean cometidos por particulares o funcionarios públicos, tendrían como común denominador la afectación al prestigio y buena reputación que debe tener la Administración Pública, prestigio que se dice es necesario para que la sociedad y el administrado confíen en la actuación y desempeño de la Administración Pública. Sucede, sin embargo, que la buena reputación o el prestigio de la Administración Pública es algo que no depende en sí de ella, si no de los funcionarios y servidores públicos. No parece acertado suponer, sin prueba en contrario, que la administración pública tenga que tener per se, por el mismo hecho de que exista, una buena reputación o un buen prestigio. Se llega así a un punto en el que resulta más sensato señalar que la buena reputación y el prestigio sólo puedan, y así debe ser, ganados a través de la propia actuación.

Ahora bien, y esto en relación al principio de lesividad, el hecho de sostener que el bien jurídico protegido es el prestigio o la buena reputación genera, en realidad, que no exista posibilidad de medir o de graduar la eventual lesión de el bien jurídico protegi-

do. ¿Cómo se sabe si el prestigio o la buena reputación, como bien jurídico protegido, ha resultado lesionado o no? Y es que para responder a esta pregunta tendríamos que trabajar sobre la base de categorías absolutas y presunciones.

Un segundo sector de la doctrina, esta vez desde el plano valorativo, sostiene acertadamente que el bien jurídico protegido Administración Pública debe ser entendido como el **correcto desempeño de las labores y deberes que se delega y descargan en los funcionarios públicos para que administren el Estado**. Conforme se desprende de estas ideas, el concepto de Administración Pública, es decir, el Estado en sus diferentes niveles y jerarquías, supone el entendimiento de que la sociedad y los ciudadanos hemos delegado cierto poder en el Estado para que administre servicios públicos; lo que nos lleva a sostener que la Administración Pública tiene como función última el gestionar, regentar y administrar ciertos bienes y servicios públicos cuyos destinatarios o favorecidos hemos de ser los administrados, esto es, los no-funcionarios públicos.

Sin embargo, ¿Cuándo es posible pensar que la Administración Pública es correcta o no? Personalmente entiendo que la corrección está dada por el oportuno y adecuado desempeño de los deberes que tiene el funcionario público como representante estatal frente al ciudadano. Ahora bien, si se reconoce este concepto de bien jurídico, hay que reconocer también que los delitos contra la Administración Pública no tienen que proteger el patrimonio del Estado. Esta idea se encuentra estrechamente relacionada con el hecho de que el patrimonio del Estado no es mejor que

\* El presente artículo ha sido extraído de la ponencia hecha por el profesor IvanMeiniMendez en el taller de capacitación en delitos contra la administración pública organizada por el Proyecto Anticorrupción del IDEH-PUCP el 27 de abril del 2012. Cabe señalar que esta es la primera parte de la ponencia señalada, de forma que en el boletín N° 14 se presentara el segundo extracto.

el patrimonio de los ciudadanos. De ahí que el patrimonio en el Derecho Penal se proteja a través de los delitos contra el patrimonio, y no a través de otros delitos. En otras palabras, la afectación del bien jurídico "correcta administración pública" no debería estar vinculada con la producción de un resultado patrimonial lesivo para el Estado. Visto así, el detrimento patrimonial para el Estado en los delitos contra la Administración Pública, si bien es una probabilidad, no siempre se generará como resultado lógico (piénsese en los casos del cohecho, el enriquecimiento ilícito, la malversación de fondos e incluso del peculado en algunos supuestos) una vez constatado el comportamiento típico correspondiente a cada delito contra la administración pública.

Con un ejemplo hipotético: un funcionario público se encargade custodiar y administrar un lote de computadoras obsoletas por las que el Estado gasta mensualmente quinientos dólares por el alquiler de un local donde dichos muebles se depositan hasta poder ser dados de baja, es decir, donados. Luego, el funcionario público, en abuso de su cargo, se apropia de estas computadoras; lo que, en realidad, genera una ventaja económica al Estado, toda vez que no va tener que seguir alquilando un inmueble para el mantenimiento de bienes obsoletos. Pues bien, lo que se desprende del ejemplo aquí presentado, es que cada uno de los delitos contra la administración pública tiene una forma distinta, mayor o menor, de afectación a la correcta administración pública y no de lesión al patrimonio estatal.

Planteado así el asunto, se puede reconocer, esta vez desde el plano del sistema concursal de delitos en Derecho Penal, una segunda consecuencia del concepto de "correcta administración pública" como bien jurídico. Así, en el supuesto en que el funcionario público además de lesionar el bien jurídico "correcta administración pública" lesionara también el



Foto: El Centauro

patrimonio del Estado habrá que considerar la posibilidad de en concurso con alguno de los delitos contra el patrimonio, toda vez que son los segundos los encargados de sancionar los comportamientos que lesionan el patrimonio de privados o estatales.

De conformidad con lo dicho en el párrafo anterior, el artículo 12<sup>1</sup> de la **Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)** y el artículo 3.2<sup>2</sup> de la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CONUCCC)**, instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado peruano, sostienen claramente que los delitos contra la administración pública no tienen que exigir o presuponer lesión contra el patrimonio estatal. Esta idea no solo refuerza mi concepción sobre la presente problemática, sino que, al haber sido impregnada en la CICC y la CONUCCC (convenciones que forman ya parte del Derecho interno) positiviza el argumento de que los delitos contra la administración pública no exigen ni presuponen una lesión para el patrimonio estatal, pues, como ya hemos señalado, el bien jurídico protegido es el correcto cumplimiento de los deberes funcionariales y no el caudal estatal.

A la luz de este instrumento internacional –ratificado por el Estado peruano– se pueden enumerar las si-

guientes características de la función pública (presentes en su artículo 1<sup>3</sup>).

**(i) Es irrelevante el tiempo de duración de la función pública.** Esto significa que no interesa si la función pública consiste en el desempeño de un cargo concreto y preciso cuya ejecución demande poco tiempo, o si se trata de una función cuyo desempeño exija un espacio cronológico prolongado. Así, el contrato que vincula al sujeto con la función pública puede ser un contrato de trabajo, un contrato de prestación de servicios de tiempo indefinido o un contrato con tiempo definido; lo importante es únicamente que se ejerza la función pública.

**(ii) El ejercicio de la función pública puede ser una actividad remunerada o ad honorem.** Como se aprecia, al Derecho Penal no le interesa si el funcionario público percibe alguna contraprestación económica por su cargo. Por ello, la función pública abarca tanto la función remunerada, que ciertamente es la mayoría, como la ad honorem. En el Derecho peruano existe un caso paradigmático: el de la primera dama de la nación. Según como lo veo, la primera dama de la nación realiza función pública en algunos ámbitos y casos, toda vez que administra alguna parte o parcela del Estado (donaciones extranjeras, fundaciones para niños, y otras actividades de labor social, muchas veces

<sup>1</sup> Artículo 12 de la Convención Interamericana contra la corrupción: "Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado".

<sup>2</sup> Artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: "Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial para el Estado".

<sup>3</sup> Artículo 1 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 lo 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. (...)".

con recursos y con personal estatal). En este sentido, poco le importa al Derecho Penal el hecho de que la primera dama no perciba contraprestación patrimonial, ya que, como se puede ver, en realidad realiza función pública. En resumen, el ejemplo de la primera dama de la nación nos permite concluir que el percibir una contraprestación patrimonial no es un requisito para considerar qué es función pública.

(iii) La función pública es ejercida por una **persona natural** en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades. De lo anterior se sigue que se excluye de la función pública a las personas jurídicas. Además, se hace referencia al Estado en un sentido amplio y genérico, incluyendo al poder ejecutivo, al poder judicial, al gobierno central o cualquier entidad descentralizada y en general a toda manifestación del Estado.

(iv) La función pública puede ejercerse en cualquier **nivel jerárquico**, es decir, la función pública abarca desde el Presidente de la República, que es el funcionario de mayor jerarquía, hasta el funcionario público de menor rango de cualquier entidad. Con ello la CICC quiere decir que la jerarquía, al igual que el criterio cronológico y la remuneración, es irrelevante al momento de identificar la función pública.

De todo lo dicho, se concluye que la CICC nos brinda características a tener en cuenta al momento de definir qué es función pública; con ello podemos arribar a la conclusión de que en el Derecho Penal se maneja un concepto material de Función Pública, libre de aquellas formalidades propias de otras ramas del Derecho. Ahora bien, falta por definir el concepto de funcionario público que, como resulta obvio, se encuentra entrelazado con la definición de función pública hasta aquí analizada.

## B. Concepto de funcionario público

El concepto de servidor público, funcionario público o empleado público ha sido utilizado en los delitos contra la administración pública desde una interpretación restringida y formal. Ello ha sido ocasionado porque mu-

chas veces se ha tomado el concepto de funcionario público de otras ramas del Derecho sin tener en cuenta que tales ramas del Derecho cumplen con objetivos y fines distintos al perseguido por el Derecho Penal. Sin embargo, lo cierto es que cuando se quiere definir el concepto de funcionario público **en el Derecho Penal, lo que se busca es poder determinar quiénes pueden ser autores de los delitos contra la administración pública.**

Esta es la idea que ha impregnado a la CICC, que en su artículo 1 segundo párrafo define lo que habría de entenderse por funcionario o servidor público, concepto que está íntimamente vinculado con las características de la función pública que se han señalado anteriormente. En efecto, en el instrumento internacional antes citado se estipula que funcionario, oficial gubernamental, o servidor público, es “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 todas sus niveles jerárquicos”. En primer lugar, debemos poner énfasis en la homologación de funcionario público, oficial gubernamental y servidor público que hace la CICC. Lo que sucede es que la CICC, al ser un instrumento internacional de carácter regional, intenta hacer mención a todas las nomenclaturas que se utiliza en los distintos ordenamientos jurídicos de la región. Formulada en otras palabras, la CICC toma en cuenta que, si bien en el Perú desarrolla el concepto de funcionario público, no todos los países de la región utilizan el mismo concepto para referirse a quién ostenta la función pública.

Sin embargo, lo relevante de la CICC y de la CONUCCC radica en la proposición de algo distinto a lo estipulado por el Derecho interno. De esta manera, lo que interesa es ver de qué forma los instrumentos internacionales extienden el círculo de personas a quienes el Derecho Penal considera como funcionarios públicos. Una lectura contraria supondría que la incorporación de las reglas internacionales al Derecho interno sería totalmente ociosa, ya que no haría otra cosa más que repetir lo ya estipulado por el Código Penal. ¿Cuáles son los

elementos que añaden y contribuyen a perfilar mejor el concepto interno de funcionario público? Una correcta comprensión de la CICC nos llevaría a identificar el siguiente elemento: **los títulos habilitantes para ser funcionario público** son a) haber sido seleccionado, b) designado o c) electo. A partir de ahí se sigue que el Derecho Penal incorpora como funcionario público a las personas que han sido seleccionadas, designadas o electas para desempeñar un cargo público, pero que todavía no empiezan a desempeñarlo, sea porque no han juramentado o porque la juramentación tiene un vicio de nulidad o, en definitiva, por cualquier otra razón.

Retomando una idea anterior, uno se puede preguntar, ante la presente tesis, lo siguiente: ¿Acaso esto no implica un concepto de funcionario público distinto al del Derecho en general? Y es que el Derecho en general, en especial el Administrativo, exige una serie de requisitos formales para el concepto de funcionario público, entre ellos, la asunción del cargo. Sin embargo, el Derecho Penal emplea ciertos términos y conceptos a los cuales dota de un contenido particular y de distinto significado al que se tiene en otras ramas del Derecho.

Para decirlo con un ejemplo. El concepto de *bien mueble*: el *bien mueble* como objeto material del delito de hurto y robo tiene un distinto significado que el *bien mueble* de los Derechos reales ¿Cuál es la razón de este fenómeno jurídico? Lo que sucede es que la lógica de los Derechos reales al momento de distinguir entre bien mueble y bien inmueble es distinta, toda vez que tiene que ver no solo con la capacidad de movilidad del bien, sino que también importa la posibilidad de registro de ellos; pero para el Derecho penal no importa esto último, el concepto de bien mueble que el Derecho Penal utiliza es el bien que puede ser movable, es decir, mueble en el sentido puro y lato. Todo ello conlleva a reconocer, tal como lo dijimos al inicio, que el Derecho Penal dota a determinados conceptos de contenidos especiales, acordes a la finalidad que persigue el Derecho Penal. Todo lo anterior obliga a pensar que el concepto de funcionario público que emplea el Derecho Penal no tiene

que ser el mismo que se emplea en el Derecho Administrativo, toda vez que este último ha sido creado con el objetivo de cumplir ciertas finalidades propias del Derecho Administrativo. Parece entonces sensato y lógico que el concepto de funcionario público en Derecho Administrativo tenga que ser absolutamente de Derecho, esto es, el funcionario público no sólo deberá ser elegido y nombrado, sino que además tendrá que haber juramentado y asumido el cargo.

Si se comparte lo expresado hasta aquí, se podrá decir que el Derecho Penal, al momento de hablar de funcionario público, le interesa algo distinto que al Derecho Administrativo. En efecto, al Derecho Penal le interesa tener un concepto de funcionario público acorde con sus propias fines, lo que nos lleva a hablar de funcionario público como la persona natural seleccionada, designada o elegida para desempeñar función pública, esto es, para vincular y representar al Estado con sus actos. ¿Es necesario que haya juramentado y asumido formalmente en cargo? Yo creería que no. Un ejemplo: **el caso de Alberto Kouri Bumachar**. Alberto Kouri fue elegido como congresista de la República para el periodo 2000-2005. El 5 de mayo del 2000, meses antes de juramentar y asumir formalmente el cargo, Alberto Kouri se reunió con el entonces asesor Vladimiro Montesinos, recibiendo de manos de Montesinos Torres 15 000 mil dólares americanos a cambio de su fidelidad al gobierno fujimorista. ¿Se puede argumentar que, al no haber asumido el cargo, Alberto Kouri no era funcionario público y por lo tanto no estaba sujeto a los deberes protegidos a través de los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios públicos? Parece obvio que para el Derecho Administrativo no era funcionario, de lo que se desprende que no se le podía seguir un procedimiento disciplinario. Distinto es el caso para el Derecho Penal, toda vez que, pese a no haber juramentado, Alberto Kouri ya tenía la capacidad de vincular al Estado con sus actos, tanto es así que recibió dinero por ello. Siendo así, lo que interesa del caso Alberto Kouri es percatarnos que al Derecho Penal

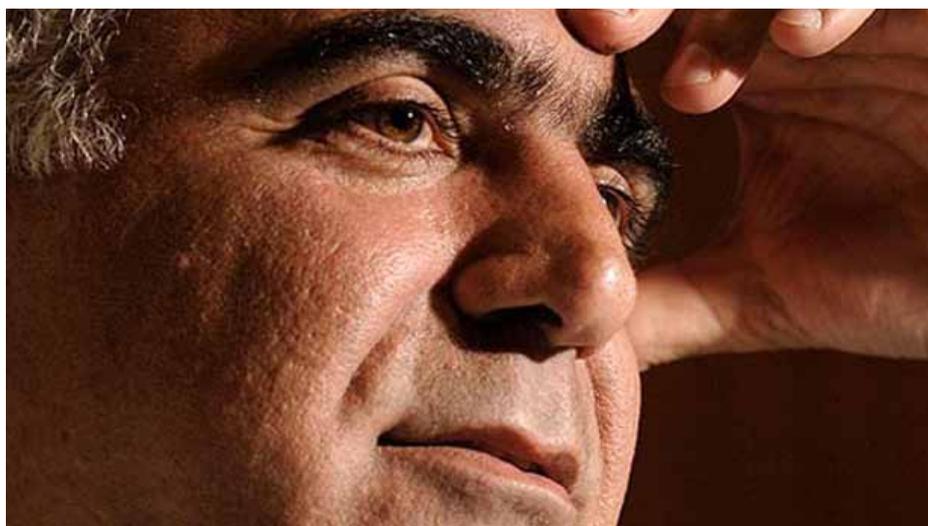


Foto: El Comercio

sólo le importa constatar si es que la persona nombrada, seleccionada o designada ha accedido a una posición dentro del aparato estatal desde la cual pueda vincular al Estado con sus actos, y para eso no se requiere juramentar ni cumplir con las formalidades del Derecho Administrativo. Respecto a la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, se puede decir que el funcionario público queda caracterizado por:

(i) Ser un cargo legislativo, ejecutivo, judicial o administrativo, es decir, no interesa el lugar en donde se ejerza la función pública.

(ii) Haber sido designado o elegido.

(iii) El cargo puede ser permanente o temporal.

(iv) El sujeto puede percibir una remuneración por ser servidor público, pero puede ser también un cargo honorario.

(v) No importa la antigüedad en la función pública.

(vi) Es funcionario público todo aquel que desempeñe función pública.

(vii) Todo funcionario público según el Derecho Interno.

Si se observa con atención los términos en que se expresan tanto la CICC como la CONUCC, ambos instrumentos internacionales optan por un **concepto material de funcionario público** en detrimento de los formalismos propios del Derecho en

general.

Después de revisar el panorama supranacional, la pregunta que se impone es, ¿forman parte del Derecho interno dichos instrumentos internacionales? Ante ello, alguien podría responder que no, toda vez que no existe una ley que haya incorporado expresamente estas cláusulas al Derecho nacional. A pesar de estos pronunciamientos, lo cierto es 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.

Un supuesto distinto al de las formalidades exigidas por el Derecho Administrativo, pero que guarda relación con lo analizado, es el referido a lo estipulado en el artículo 40<sup>4</sup> de la Constitución. En esta medida, el artículo 40 de la Constitución establece un supuesto de hecho que suele ser conflictivo, ya que señala que *“no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de las sociedades de economía mixta”*. Aquí es necesario recordar lo dicho anteriormente, ya que el artículo 40 no está regulando un concreto ámbito de responsabilidad penal, sino que está excluyendo a determinadas personas del concepto de funcionario público relevante al Derecho Laboral Administrativo, es decir, estamos hablando de la función pública en un contexto de pertenencia.

4 Artículo 40 de la Constitución Política del Perú: *“(…) No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta (…)”*

cia administrativa o laboral. Por otro lado, ahí donde interpretemos el artículo 40 como un criterio delimitador del concepto de funcionario público para el Derecho penal, se estaría prácticamente vaciando de contenido a los delitos contra la Administración Pública, esto debido a que la mayoría de los funcionarios públicos son trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixtas.

Nuestro Código Penal prevé en su artículo 425<sup>5</sup> lo que parece ser una lista cerrada de lo que es un funcionario o servidor público. Pero esa es sólo una falsa percepción, ya que al artículo 425 numeral 6 incluye como funcionario público a “los demás indiciados

por la Constitución Política y la ley”. Con esta disposición se incluye las cláusulas contenidas en la Convención Interamericana contra la corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, puesto que tales instrumentos son leyes. En conclusión, aún en el supuesto de que se cuestione que las cláusulas contenidas CICC y en la CONUCC son autoaplicativas y se incorporan con la sola ratificación al derecho interno, el propio Derecho Penal nacional, a través del artículo 425 del Código Penal, nos impone el hecho de que los funcionarios públicos son todos aquellos designados por la ley, que un sentido amplio y correcto incluye al Derecho Internacional.

En resumen: los conceptos de función pública y funcionario público tienen características que lo diferencian de los conceptos restringidos y formales del Derecho en general, esto en razón de que el Derecho Penal tiende a crear conceptos de contenido material, para así vincular a dichos elementos con el contenido del bien jurídico protegido; en consecuencia, **la función pública es la capacidad que tiene una persona, el funcionario público, para vincular con sus actos al Estado.** Lo anterior despliega elementos importantes al momento de analizar, tal como lo haremos a continuación, algunos temas de autonomía y participación en el ámbito de la función pública.

5 Artículo 425 del Código Penal peruano: “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 organismo del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dicha entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales, embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

# Comentario a la sentencia de José Enrique Verdeguer

Por **YVANA NOVOA CURICH**

Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

La presente sentencia N° 00021-2011-06-1826-JR-PE-02 emitida el 30 de mayo de 2012 por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, condenó a 1 año y seis meses de pena privativa de libertad suspendida al ex Secretario de Perupetro S.A. José Enrique Verdeguer Herrera como autor del delito de patrocinio ilegal. Esto, ya que el acusado ejerció la defensa legal de Daniel Antonio Saba de Andrea (Director de Perupetro S.A. acusado en el proceso penal que se sigue por el caso “Petroaudios”).

En dicho proceso penal el agraviado es el Estado y Saba de Andrea es acusado por haber participado en la comisión de un delito contrala administración pública desde el ejercicio de su cargo funcional como Presidente del Directorio de la entidad pública Perupetro S.A. Es en este contexto que se acusa a Verdeguer Herrera de haber ejercido la defensa legal de Saba de Andrea en el proceso penal en su contra mientras Verdeguer era Secretario General de Perupetro S.A.

Es decir, Verdeguer era funcionario público lo cual era incompatible con el ejercicio de abogado defensor, con mayor razón si se trata de ejercer la defensa en un proceso donde el agraviado es el Estado y donde el delito acusado ha sido cometido desde la entidad estatal en la cual Verdeguer desempeñaba su función pública.

Resulta importante resaltar que en el presente caso, la Sala considera que un hecho probado es el referido a que la propia entidad pública Perupetro S.A. contrató primero a la abogada Alicia Canelo Dávila (esposa de Verdeguer Herrera) para que ejerza la defensa penal de Daniel Saba amparándose en acuerdos de Directorio, sin embargo, dichos acuerdos prohibían que la contratación de un abogado defensor se realice en aquellos procesos en los cuales la propia empresa Perupetro sea la denunciante o agraviada.

A continuación, los extractos más importantes de la sentencia:

### 1. Bien jurídico protegido

“De manera general, es el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituyen el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública, tratando que los poderes e investiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo, así como también, procurando el normal desempeño de funciones imparcial y libre de presiones de otros funcionarios.

La protección del bien jurídico tutelado en esta normal penal concuerda con los lineamientos establecidos en la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (CICC) en vigencia a partir del 04 de julio de 1997. Este instrumento normativo internacional forma parte del derecho nacional conforme a lo previsto por el

artículo 55° de la Constitución Política del Estado.

La citada norma señala que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos. Que la democracia representativa exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas (...). Por tanto, para efectuar una interpretación acorde a la finalidad de la norma jurídica penal, se debe tener en cuenta tanto el bien jurídico objeto de protección, como los instrumentos supranacionales que inspiran la lucha contra la corrupción (...).”

## 2. Verbo rector: “patrocinar”

“El término se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, esto es, se exige la verificación de actos concretos, de manera personal, o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono, mediante escrito, etc.), que impliquen una intervención, no siendo suficiente el simple asesoramiento sin intervención ante la Administración Pública. No se refiere al simple consejo, ilustración, ni parecer sino al acto de defender, favorecer, apoyar, amparar, gestionar, representar o interceder. El verbo rector “patrocinar” es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar. El patrocinio puede ser formal o explícito (alegatos, peticiones) o disimulado (acompañando a los procesos, formulando pedidos a los encargados de los despachos, tomando conocimiento de medidas reservadas, etc.)

El patrocinio puede ser gratuito o remunerado, no interesa que se haga para conseguir un provecho patrimonial para sí mismo o para un tercero, por lo que es indiferente cualquier tipo de beneficio, como también resulta irrelevante el resultado positivo o negativo del patrocinio.”

## 3. Sobre patrocinar intereses de particulares ante la administración pública

“Se refiere al patrocinio de intereses de particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas) ante



Implicados en el caso: José Enrique Verdeguer y Daniel Saba de Andrea

cualquier estamento de la administración pública. Importa abogar, gestionar los intereses de los particulares ante la Administración para obtener a favor de estas situaciones ventajosas en una situación determinada. (...) Asimismo, es indistinto que el patrocinio sea desventajoso o ventajoso para los intereses estatales, pues puede resultar en algunos casos que los intereses que se patrocina sean coincidentes con los intereses de la Administración (...) pues la represión penal se fija en el torcimiento de la actuación pública que debe estar orientada a velar por el interés de la administración y no ser desplazada por el interés a favor de particulares.

Este tipo penal no diferencia la licitud o ilicitud del interés del patrocinado (...) lo que interesa es que el funcionario no use su investidura más allá de lo que le permita la ley. También resulta irrelevante la finalidad o el móvil que impulse al funcionario a patrocinar un interés privado. (...) El delito se configura siempre que los intereses privados que patrocina el funcionario o servidor público no correspondan a actos propios de su oficio. (...) El imputado no patrocinaba sus propios intereses, ni los intereses de la Administración Pública para la cual laboraba, ni los intereses de particulares que tenía obligación de proteger en razón del desempeño de sus propias funciones, por lo que los intereses de Saba que patrocina el sentenciado, no correspondían a actos propios de su cargo. En consecuencia, la conducta del imputado se subsume como patrocinio de intere-

ses privados, como eran los intereses privados del testigo Saba de Andrea.

Cabe agregar que se tiene por probado que el imputado Verdeguer tenía conocimiento de las incompatibilidades de su cargo entre las cuales se encuentra la prevista en el artículo 6.1 del Código de Ética del trabajador de Perupetro S.A. que establece su obligación de abstenerse de patrocinar, asesorar, asistir o representar, directa o indirectamente a cualquier persona en cualquier materia en proceso judicial donde el Estado sea demandante o demandado, como era el proceso penal seguido contra Saba.” [el subrayado es nuestro]

## COMENTARIO

La presente sentencia nos parece acertada en varios aspectos, no sólo por su contenido sino también por la claridad y orden con la cual se han explicado los elementos del tipo penal en cuestión y la subsunción de los hechos en el tipo. Sin embargo, existen algunos aspectos que, en nuestro concepto, merecen ser complementados y otros que, asimismo, merecen ser matizados.

### Sobre el bien jurídico protegido

El delito de patrocinio ilegal se encuentra tipificado en el artículo 385° del Código Penal. Según la Sala, el tipo penal tutelado en dicho tipo penal es el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública<sup>1</sup>. No obstante, nos encontra-

mos parcialmente de acuerdo con esta definición. Al respecto, Abanto Vásquez indica que “*el objeto del bien jurídico directamente atacado consistiría en el desempeño de funciones normal, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios*”<sup>2</sup>. Decir que lo que se tutela es el prestigio o decoro, resulta, a nuestro considerar, no tan preciso y, además, muy subjetivo ya que tendría que existir una base fáctica que permita afirmar que existe una buena imagen de la administración pública pasible de ser afectada o lesionada. En este sentido, entendemos, de una interpretación teleológica de la norma en cuestión, que lo que se busca proteger o evitar es el que un funcionario pueda ejercer algún tipo de presión directa o indirecta ante la administración pública al valerse de su cargo para patrocinar intereses privados y, en consecuencia, distintos de los intereses de la propia administración pública (que son por los que debería velar en ejercicio de su función). En este orden de ideas, consideramos que el bien jurídico protegido estaría conformado en realidad por el principio de probidad y el principio de lealtad a la administración pública, orientados a evitar el conflicto de intereses dentro de la administración. Para afirmar esto, nos basamos sobre lo establecido en la Ley del Código de Ética de la función pública.<sup>3</sup>

### **Sobre la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción como fuente de interpretación en el derecho interno**

Del igual modo, respecto al bien jurídico protegido, la Sala recurre a la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (CICC) para otorgar, según nuestra opinión, legitimidad constitucional y normativa al hecho de que se reprima en nuestro ordenamiento una conducta como la del patrocinio ilegal. Asimismo, para otorgar legitimidad político-criminal

en la medida en que su tipificación ha sido cuestionada desde la perspectiva de la lesividad de la conducta prohibida penalmente. Sobre este punto, consideramos sumamente acertado que la Sala haga uso de un instrumento internacional tan importante como la CICC y que además, reconozca expresamente que aquella forma parte del ordenamiento interno por efecto del artículo 55° de la Constitución. Y es que todo tratado internacional del cual nuestro Estado es parte forma parte de nuestro ordenamiento y su cumplimiento a nivel interno de vuelve obligatorio desde su entrada en vigencia. Consideramos de suma importancia que las instancias judiciales tomen conciencia de ello y conozcan el contenido de instrumentos internacionales como lo es en este caso la CICC, a efectos de que el contenido de ésta sea utilizado, además, como herramienta de interpretación de las normas y disposiciones internas. Por ejemplo, la CICC establece conductas que deben ser sancionadas penalmente entre las que se encuentra “la realización por parte de un funcionario o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero.”<sup>4</sup> Pues bien, el conflicto de intereses se encontraría dentro de este supuesto contemplado expresamente por la CICC, con lo cual se reafirma la función de este instrumento internacional como herramienta hermenéutica.

### **Sobre el verbo rector: patrocinar**

Por otro lado, respecto a verbo rector del delito, estamos de acuerdo con lo expresado por la Sala al señalar que consiste en abogar, interceder o defender intereses de particulares, sin importar si el patrocinio es ventajoso o no para la administración pública. Asimismo, consideramos correcto que la Sala haya hecho incapié en el hecho

de que el acusado Verdeguer se haya presentado ante el secretario judicial que veía el proceso de Saba, como el Secretario General de Perupetro. En este sentido, Abanto Vásquez indica que el tipo penal requiere que el funcionario “*se haya identificado como tal y que no interesa si la intervención busca algo legítimo o no, sino el uso indebido de la autoridad que reviste el cargo de funcionario*”<sup>5</sup>. A pesar de lo mencionado, consideramos que si bien es acertado apelar a dicha condición de identificación, también es cierto que ello podría implicar un riesgo de abrir espacios de impunidad en ciertos casos. Y es que bien pueden darse casos donde un individuo sea reconocido públicamente como funcionario público y aquél no tenga necesidad de identificarse de modo explícito como funcionario. Es así que en un caso como éste el patrocinio ilegal que lleve a cabo dicho funcionario quedaría en la impunidad si se pusiera como condición necesaria para la consumación del delito la identificación por parte del funcionario como tal.

### **Sobre el Código de Ética como fuente de deberes penalmente relevantes**

Finalmente, consideramos acertado que la Sala haga referencia al Código de Ética del trabajador de Perupetro para reforzar su imputación contra Verdeguer. Como se ha citado al inicio de este comentario, dicho Código de Ética establece la prohibición de que un funcionario de Perupetro patrocine o defienda a cualquier persona en un proceso judicial donde dicha entidad pública sea la denunciante o agraviada. Pues bien, en este caso los delitos materia del caso “Petroaudios” son delitos contra la administración pública supuestamente cometidos por funcionarios de la propia entidad Perupetro contra el Estado. Entonces, puede apreciarse que la defensa legal de Saba (uno de

1 Este concepto de bien jurídico es idéntico al planteado por Fidel Rojas cuando señala que: “el objeto de tutela penal es el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública, tratando de que los poderes e investiduras que ésta otorga a sus agentes no sean empleados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar indebidamente”. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 436.

2 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 322.

3 Principios y deberes éticos del servidor público:

2. Probidad: Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interposición de persona. (...)

8. Lealtad al Estado de Derecho: El funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. Ocupar cargos de confianza en regímenes de facto, es causal de cese automático e inmediato de la función pública.

4 Convención Interamericana contra la corrupción, disponible en [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruptcion/normativa/convencion\\_interamericana\\_contra\\_la\\_corruptcion\\_1997.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruptcion/normativa/convencion_interamericana_contra_la_corruptcion_1997.pdf)

5 *Ibidem*, p.323

los acusados de haber cometido un delito contra dicha entidad) por parte de un funcionario de la misma Perupetro es completamente incompatible con los intereses de esta entidad pública. Pensar que Perupetro puede haber avalado o autorizado que su Secretario General sea el abogado defensor de un funcionario que ha traicionado los deberes públicos que le correspondían y, por consiguiente, traicionó los intereses de Perupetro, nos lleva a estar de acuerdo en que la Sala inste a que se investigue a los funcionarios competentes de haber contratado incluso a la abogada Canelo (ya que habían normas internas de Perupetro que prohibían contratar la defensa legal en procesos donde Perupetro sea la agraviada). El remi-

tirse a códigos de ética es un recurso muy importante para identificar y determinar los deberes extrapenales de los cuales se encuentran investidos los funcionarios públicos acusados de cometer delitos de corrupción. En este caso, donde el núcleo principal de la conducta prohibida es una situación de conflicto de intereses, el código de ética se transforma en una fuente de deberes de los funcionarios. Por ello, nos parece adecuado que la Sala haya recurrido a dichas normas de conducta para delimitar los deberes infringidos en el presente caso por parte del acusado Verdeguer. Dichos deberes y prohibiciones se encontraban claramente previstos, por lo cual estamos de acuerdo en la acusación penal realizada contra

José Enrique Verdeguer. No obstante, así dicha disposición no hubiera estado consignada en dicho código, la Ley del Código de ética de la función pública también prevé de manera general un escenario de conflicto de intereses cuando en su artículo 8 inciso 1 establece que “*el servidor público está prohibido de: 1. Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.*” En conclusión, el código de ética ofrece criterios que permiten identificar posibles escenarios de conflictos de intereses.

## Caso: La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Inconstitucionalidad de la Ley N° 29703

Por **JULIO RODRIGUEZ VASQUEZ**  
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

¿Qué relación tiene el Estado con la corrupción? ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito de colusión? ¿Es necesario el perjuicio patrimonial para la consumación del delito de colusión? Todos están interrogantes han sido planteadas y analizadas por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia que emitió el 3 de mayo del año en curso, en torno a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, José Peñalaz Bardales, contra la Ley N° 29703, que modificó el Código Penal respecto de los delitos de colusión y tráfico de influencias. Según la Fiscalía de la Nación, la disposición legal antes mencionada sería inconstitucional, toda vez que, por un lado, incluye la frase “patrimonialmente” en delito de colusión, y, por otro lado, exige que la influencia que alega el sujeto activo tenga que ser real y no aparente en el delito de tráfico de influencias.

Como veremos posteriormente, el Tribunal Constitucional se ha detenido en reconocer temas de relevante interés al momento de analizar e interpretar los tipos penales contra la corrupción. Los temas aquí tratados serán el bien jurídico general en los delitos contra la Administración Pública,

la lucha contra la corrupción como principio y deber constitucional, el bien jurídico específico en el delito de colusión, el sentido constitucional del elemento típico “defraudar” presente en el delito de colusión, las variantes de medidas de tipificación exigidas por los instrumentos internacionales y el tráfico de influencias simuladas.

A continuación se muestran algunos extractos resaltantes de la sentencia del TC (el énfasis y subrayado son nuestros):

### - Sobre los Delitos contra la Corrupción y su relación con la Constitución

*“(...) La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública(...)”*

*“(...) A su vez, no solo cabe considerar el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que el propio combate contra toda la forma de corrupción goza también*

*de protección(...) Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción (...)”*

### - Sobre el Delito de Colusión

*“(...) la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, (...) el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública –que se derivan de la cita disposición constitucional (artículo 76° de la Constitución)- **la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores**”*

*“(...) este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término patrimonialmente puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucional que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a los dispuesto en el artículo 3 de la Convención de*



## la Naciones Unidas contra la Corrupción (...)

### - Sobre de Tráfico de Influencias

*“En cambio, para el caso del tráfico de influencias el referido tratado internacional en su artículo 18 prescribe que cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otras índole que sean necesarias para tipificar como delito(...)”*

*“(...) la desestimación de este extremo de la demanda (...) no implica en modo alguno que necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional”*

## COMENTARIO

### - Sobre los Delitos de Corrupción y su relación con la Constitución

El TC ha remarcado dos ideas claves al momento de abordar el análisis de los delitos contra la corrupción: el bien jurídico “sombrija” y el deber de lucha contra la corrupción por parte del Estado. Sobre lo primero, se evidencia que el TC se ha acogido a la posición mayoritaria, en tanto reconoce un bien jurídico genérico de los delitos contra la Administración Pública (a diferencia de concepciones como

la normativista, que considera que el bien jurídico está conformado por las expectativas normativas respecto de la actuación de las instituciones estatales y del rol que cumplen ellas en el sistema social).

En esta línea, se entiende que lo que se busca proteger es el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública. Dicho reconocimiento debe tener en cuenta que no se protege a la Administración pública en abstracto, sino como un aparato instrumental y funcional que cumple con una función constitucional de permitir el acceso a los servicios públicos. En esta medida, y conforme veremos después, existirán, a la par del bien jurídico “sombrija”, una serie de bienes jurídicos específicos, u objetos del bien jurídico, manifestados a través de los principios que se vulneran con el comportamiento típico concreto del funcionario público. En este sentido, Manuel Abanto señala: *“(...) aunque el bien jurídico tutelado, tal como se ha identificado, es el mismo para todo el grupo de delitos contra la administración pública, hay que distinguir, en concreto para cada tipo penal, cuál es el OBJETO del bien jurídico directamente atacado (...)”*. Como se ve, el hecho de reconocer a la correcta administración pública como bien jurídico “sombrija” provoca dos resultados importantes: i) se toma a la Administración en tanto servicio público, de manera tal que el papel del ciudadano

con derecho al servicio público queda acentuado y; nos permite identificar los principios vulnerados en cada caso concreto a través de la figura del objeto material del delito. A ello se debe sumar el hecho de que el reconocimiento de la coexistencia entre un bien jurídico general y otro específico, permite comprender e identificar con mayor claridad la lesión explícita, y no sólo la puesta en peligro, de deberes funcionariales y principios de la función pública.

De otro lado, en cuanto al segundo punto marcado al inicio de este acápite, el TC ha continuado con una línea jurisprudencial iniciada ya en el 2005, a través de la cual reconoce a la lucha contra la corrupción como un principio y deber constitucional. Dicha interpretación parte del hecho de que, como bien lo ha dicho la sentencia materia de análisis, la corrupción ataca la base misma del Estado, lesionando directa e indirectamente derechos fundamentales diversos (vida, salud, medio ambiente, bienestar, etc.). Así, el TC ha reconocido, a partir del artículo 44<sup>o</sup> de la Constitución, que la lucha contra la corrupción es un principio general y un interés constitucionalmente protegido (Exp. N° 019-2005-AI/TC). Igualmente, ha aceptado que la lucha contra la corrupción tiene las siguientes características: es de interés internacional (Exp. N° 1217-2008-PHC/TC), es un mandato constitucional (Exp. N° 006-2006-CC/TC) y es un principio constitucional (Exp. N° 0009-2007-PI/TC). Ello se encuentra sedimentado por lo todo lo descrito y dispuesto en la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, las cuales, al contener normas autoaplicativas, disponen verdaderas obligaciones internacionales en cuanto a la prevención, detección, sanción y erradicación de la corrupción.

### - Sobre el delito de colusión

Como podemos observar de los extractos de la sentencia emitida por el

1 ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en Código Penal Peruano*. Lima; Palestra, 2001. p. 14

2 Constitución Política del Perú: “Artículo 44.- Son 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 (...)”

3 Constitución Política del Perú. “Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

TC, el bien jurídico específico protegido en el delito de colusión está formado por los principios constitucionales propios de la contratación pública. En este sentido, el TC extrae del artículo 76<sup>o3</sup> de la Constitución los principios de transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores, conforme al Exp. N° 020-2003-AI.

Ahora bien, es preciso resaltar que esta interpretación constitucional del delito de colusión representa un hito de notable trascendencia, toda vez que la doctrina especializada, a diferencia de lo señalado por el TC, ha entendido hasta este momento que el bien jurídico específico, u objeto del bien jurídico, del delito de colusión es múltiple, incluyendo en esta gama al patrimonio estatal. Así, el profesor Manuel Abanto Vásquez señala lo siguiente: “El objeto del bien jurídicamente atacado aquí tiene evidentemente un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por la administración pública en cuanto a lo que ella deberá obtener como contraprestación del particular”<sup>4</sup>. Más aún, esta línea doctrinal (que reconoce al patrimonio como objeto del bien jurídico) ha sido compartida con el Jurisprudencia del Poder Judicial. De esta forma, la Corte Suprema ha definido la colusión de la siguiente forma: “La colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal, es un tipo penal especial propio de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado”<sup>5</sup>.

A nuestra entender, el TC se adscribe al pensamiento de que el patrimonio, sea de los particulares o sea del Estado, se protege de manera especial a través de los delitos contra el patrimonio, y no específicamente en los delitos contra la Administración Pública. Es decir, la lesión al patrimonio estatal es tan solo una posibilidad, existe otro espectro de supuestos, también punibles, que, si bien no lesionan al patrimonio, inciden en los principios propios de la función públi-

ca, por ejemplo, los principios constitucionales de la contratación pública orientados a lograr la mayor eficacia en las adquisiciones o enajenaciones efectuados por el Estado.

Para poder entender los principios enunciados por el TC, creo pertinente remitirnos a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, la cual regula los principios antes enunciados de la siguiente forma:

*“Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones (...)*

*c) Principio de Libre Concurrencia y Competencia: En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores*

*d) Principio de Imparcialidad: Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento de los postores y contratistas. (...)*

*h) Principio de Transparencia: Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores (...)*

*k) Principio de Trato Justo e Igualitario: Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas”.*

De lo citado, se puede extraer dos conclusiones relevantes: i) los principios en general buscan proteger el trato igualitario y objetivo al que deben estar sujetos los postores en una contratación pública; de ello se desprende nuestra segunda y más importante conclusión, ii) el TC ha optado,

de forma acertada, por continuar la línea trazada por el bien jurídico sombrilla correcta administración pública, en el sentido de que ha reconocido un bien jurídico que no es propio del Estado a priori, sino que pone énfasis en los criterios cualitativos que tienen que tener los servicios públicos destinados a los ciudadanos, de forma tal que mantiene el nexo con las víctimas de este tipo de injustos. Formulados en otras palabras, se busca proteger a las personas a través de los servicios que les corresponden, y no al Estado entendido como organización abstracta.

Lo dicho hasta aquí le ha permitido al TC llegar a un resultado lógico: la defraudación al Estado contenida en el tipo penal de colusión no puede ser entendido bajo ninguna interpretación constitucional en un sentido patrimonial, sino en cuanto una afectación a los principios constitucionales de la contratación pública. De esta forma, se encuentra totalmente proscritas interpretaciones como las realizadas por la Corte Suprema en el siguiente caso: “Que el delito de colusión fraudulenta, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal (...) requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial (...)”<sup>6</sup>

Aquí resulta importante resaltar el uso de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción como elemento de interpretación vinculante. Así, el TC, tal como ya hemos mencionado, considera que los instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, contienen normas de carácter autoaplicativo, de forma tal que de ellas surge un deber de interpretar las normas internas y los tipos penales de acuerdo al sentido trazado por dichos instrumentos internacionales.

De esta manera, resulta ilógico, e inconstitucional, entender el delito de colusión en un sentido patrimonial cuando existe una norma de derecho

4 Ídem. p. 260. / En esta misma línea: ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley, 2007. p. 407. ALCOCER POVIS, Eduardo. El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal. En: <http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/estafaalcocerpovis.pdf>. Revisado el 02 de julio del 2012. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de colusión. Lima: Grijley, 2008. p. 180.

5 Recurso de nulidad N° 79-2003 de 15 de febrero de 2005. Más recientemente: Resolución emitida por la Sala Penal de Apelación el 24 de octubre del 2011 en torno al expediente 0027-2011.

6 Recurso de nulidad N° 1480-2003 de 22 de julio de 2004.

interno (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que forma parte del derecho nacional según lo dispuesto por el artículo 55° de la Constitución<sup>7</sup>) que entienda que los delitos contra de corrupción no exijan necesariamente de un daño patrimonial<sup>8</sup>. Esta misma interpretación, será valiosa al momento de interpretar otros tipos penales o dilucidar temas complejos como el concepto de función y funcionario público. En consecuencia, resulta necesario que los jueces y fiscales conozcan la normativa internacional, en este caso vinculada a la prevención y represión de la corrupción, a efectos de aplicarla, sea como criterios de interpretación de nuestros tipos penales contenidos en la legislación nacional, o como normas de naturaleza autoaplicativa.

### - Sobre el tráfico de influencias

Por último, el TC ha señalado, al momento de analizar el extremo referido al tráfico de influencias, dos puntos meritorios de recordar. Por un lado, diferencia la obligación del Estado en relación a la sanción del soborno de funcionarios públicos extranjeros, de la represión del tráfico de influencias. Con esa intención pone énfasis en los verbos utilizados por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de forma que mientras que para el primer caso (soborno de funcionarios extranjeros) utiliza la palabra “adoptará”, para el segundo supuesto (tráfico de influencias) se vale del verbo “considerará la posibilidad”.

Lo que sucede es que detrás de esta diferenciación se encuentra las diversas posibilidades de medidas sancionadoras que el instrumento internacional mencionado establece. Sobre ello, Renata Bregaglio señala lo siguiente: *“En relación a las medidas sancionadoras, podemos señalar que la convención establece tres posibilidades: i) deberes de tipificación obligatorios, es decir, el Estado tiene la obligación de tipificar determinadas conductas como delitos de corrupción; ii) medidas de tipificación*

*que podríamos llamar progresivas, es decir, el Estado debe hacerlo pero se prevé la posibilidad que aún no lo haya hecho; y finalmente, iii) medidas de tipificación facultativas o potestativas, esto es, señala que sería recomendable que el Estado tipifique determinadas conductas, pero finalmente la decisión recae en el propio estado”*<sup>9</sup>.

Parece lógico afirmar que en el caso del tráfico de influencias estamos ante una medida de tipificación facultativa, mediante la cual se le reconoce al legislador nacional la libertad de decisión sobre la tipificación de la conducta en particular. Por tal motivo, el TC concluye correctamente que la despenalización de los actos de tráfico de influencia irreal constituye parte de esta facultad, y, por lo tanto, es constitucional.

De otro lado, el TC ha señalado que la conclusión antes mencionada no significa que la criminalización del tráfico de influencias irreal (como es el caso de la normativa nacional vigente) sea inconstitucional. Sobre ello, cabe señalar que existe una postura doctrinal que crítica fuertemente la existencia de esta conducta típica. En tal sentido, Manuel Abanto Vásquez, partiendo del hecho de el tráfico de influencias simulado a lo sumo protege el patrimonio individual, señala *“La influencia simulada no tiene nada que ver con el tráfico de influencias que aquí interesa: el que atenta de verdad contra el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública (...)”*<sup>10</sup>.

Y es que, ¿de qué vale reconocer la correcta administración pública como bien jurídico general si permitimos que exista una conducta típica que en nada la lesiona? Por ello, hubiese sido importante que, de acuerdo a lo señalado y en virtud del principio de lesividad, el TC se manifeste activamente en relación a la virtual inconstitucionalidad de la influencia simulada, poniendo fin a las divergencias que pueden surgir en torno al sentido de

esta norma.

## CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, resulta importante subrayar el hecho de que la resolución emitida por el TC ha provocado que, en relación al delito de colusión, exista una línea interpretativa y normativa sostenida, que no se ve ininterrumpida por la ley N° 29703. Formulada en otras palabras, los procesados por el delito de colusión no podrán solicitar la aplicación de la ley N° 29703 en torno a la exigencia de un perjuicio patrimonial, toda vez que, tal como lo reconoce la sentencia del TC a través del precedente N° 00019-2005-PI/TC, el principio de retroactividad benigna de la ley penal carece de efectos jurídicos en los supuestos en los que estemos frente a una ley inconstitucional como la N° 29703. Esto mismo resulta aplicable al principio de ley penal más favorable en los casos que eventualmente se pretenda invocar.

7 Constitución Política del Perú: “Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

8 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. “Artículo 3.- (...) Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”.

9 BREGAGLIO, Renata. Obligaciones internacionales en materia de prevención y sanción de la corrupción. p. 5. En: Boletín N° 12. Proyecto Anticorrupción IDEHPUCP. En: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/junio\\_2012\\_n12.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/junio_2012_n12.pdf). Revisado el 2 de julio de 2012.

10 ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en Código Penal Peruano. Lima; Palestra, 2003. p. 528. En un sentido similar: REAÑO PESCHIERA. Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesiones. P. 293. En: *Ius et Veritas*, Año XII, n° 23, Lima; 2001.

## El Proyecto Anticorrupción capacitó a funcionarios judiciales en delitos contra la administración pública en Huaraz

Los días viernes 15 y sábado 16 de junio del año en curso, el Proyecto Anticorrupción llevó a cabo su sétimo “Taller de capacitación en delitos contra la administración pública”. Este taller se llevó a cabo en el Andino Club Hotel, ubicado en la ciudad de Huaraz, capital del departamento de Áncash.

Este evento estuvo dirigido a capacitar a jueces, fiscales y servidores judiciales en materia de delitos contra la administración pública, de modo que dichos funcionarios públicos puedan contar con mayores herramientas para llevar de la manera más eficiente posible los casos que tienen y tendrán a su cargo. Los temas abordados en este taller giraron en torno a los siguientes ejes: Derecho Penal parte general, Derecho Penal parte especial, Derecho Procesal Penal, obligaciones internacionales en materia de lucha anticorrupción y herramientas contables relacionadas con la investigación y prueba de este tipo de delitos. En esta oportunidad se desarrolló como uno de los temas del evento, el tema de Responsabilidad civil derivada del daño causado por el delito. Este tema fue bien recibido por los asistentes.

Consideramos indispensable manifestar nuestro sincero agradecimiento al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Ancash, Dr. Abraham Melquiadez Vilchez Castro, y al Pre-



Foto: IDEHPUCP

sidente de la Junta de Fiscales de Cusco, Dr. Marco de la Cruz Espejo, por el interés, apoyo y buena disposición mostrada, lo cual permitió que este taller se realice satisfactoriamente y sin obstáculos. Del mismo modo, queremos manifestar nuestro agradecimiento a los ponentes que nos acompañaron en la realización de este taller: Dr. Luis Vargas Valdivia, Dra. Renata Bregaglio Lazarte, Dr. Erick GuimarayMori y Licenciada Carmen Olaya Saldarriaga. El alto nivel académico y el compromiso que en cada taller nos demuestran son piezas claves del éxito de cada evento que hasta la fecha el Proyecto ha realizado.

Los funcionarios participantes plantearon, en esta oportunidad, varias e interesantes preguntas sobre los

temas expuestos, así como dudas relacionadas con los tipos de casos que normalmente conocen en su diaria labor; contribuyendo de este modo a que el taller se desarrollara de modo dinámico e interactivo. Consideramos que un hecho que debe ser resaltado es el alto interés mostrado por los funcionarios asistentes a este taller ya que los dos días de sesiones del evento acudieron prácticamente todos los funcionarios inscritos.

Al final del último día del evento, los participantes manifestaron su deseo e interés en recibir pronto más capacitaciones en temas de delitos de corrupción, así como su satisfacción respecto de los conocimientos recibidos por medio de las ponencias y las dudas que les fueron absueltas por los expositores.