

CRITERIOS POLÍTICO CRIMINALES PARA LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA

ALDO FIGUEROA NAVARRO¹

I. Introducción. II. Reformulación del *nomen juris* del bien jurídico. III. Carácter multidimensional del bien jurídico. IV. Infracción de deber o lesión del bien jurídico. V. Bien jurídico y reforma de los delitos contra la función pública. VI. Conclusiones.

I. Introducción

La consolidación de la corrupción como fenómeno sistémico ha marcado el paso de la política criminal en los últimos años. De una visión particular o aislada de los delitos contra la administración pública (el delito como fenómeno individual), se ha pasado a una concepción integral de la criminalidad en el desempeño de la función pública (el delito como fenómeno global). Dentro de este contexto, no es extraño entonces que se incluya la denominada corrupción sistemática como una nueva modalidad de la criminalidad organizada².

Este cambio de enfoque no es espontáneo o coyuntural. Responde en nuestro concepto a diversos factores, que trascienden a las motivaciones puramente moralistas (lealtad de funcionario público al Estado), autoritarias (sujeción del funcionario al Estado) o patrimonialistas (mayor valor del patrimonio público), en la protección de la función pública. Tiene que ver también con la consolidación del ejercicio de la ciudadanía, con la búsqueda de la igualdad de trato en la obtención de prestaciones públicas, con la exigencia de recibir servicios oportunos y de calidad, con la creación de un espacio de seguridad en las inversiones, y con la transparencia externa e interna de las instituciones³.

Estos intereses públicos o privados hacen de la función pública una categoría jurídica de carácter multidimensional. La amplitud del “objeto de protección”, en los

¹ Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Lima y Profesor de la Academia de la Magistratura.

² De allí que una de las primeras manifestaciones de la “legislación anticorrupción” se haya expresado con la ley de colaboración eficaz, N° 27379.

³ Esta amplitud en la protección determina que se ubique a estos delitos dentro de los bienes jurídicos institucionales. Una crítica al surgimiento de bienes preeminentemente supraindividuales la formulan los seguidores de la Escuela de Frankfurt. Cfr. Corcoy Bidasolo, Mirentxu: Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos; en La Política Criminal en Europa; Barcelona 2004; p. 25 y ss.

delitos cometidos por funcionarios públicos o por particulares, contra la función pública, se engarza ciertamente con la evolución del rol del Estado frente al “administrado” (*sic*). El Estado no es más concebido, como sucede en la perspectiva Weberiana: como un productor de múltiples servicios públicos brindados a los administrados, por un funcionariado altamente burocratizado. El Estado por el contrario ha devenido en una institución subsidiaria compuesta por funcionarios ejecutivos que deben brindar productos de alta calidad a ciudadanos, en su función de clientes (*New Public Management*).

Ahora bien, la evolución de la actividad estatal replantea el papel que puede cumplir el derecho penal en la protección de la función pública. Al respecto debe tomarse en cuenta lo siguiente: a) La consolidación de la naturaleza subsidiaria de la actividad estatal tiene repercusión en el tratamiento del patrimonio del Estado frente al de los particulares; b) La tecnificación del funcionariado y de los sistemas de información incide igualmente en una mayor flexibilización en la observancia del principio de legalidad; c) La búsqueda de la eficiencia y la eficacia en la producción de bienes y servicios, en un mundo competitivo y globalizado, implica una mayor discrecionalidad en las actividades regladas de los funcionarios; d) El uso de mejores medios tecnológicos trae como consecuencia un uso más intensivo del control preventivo antes que sancionador.

Estas consecuencias traen consigo un cambio de paradigma en la nominación, determinación, y alcances del bien jurídico conocido como “administración pública” en sentido objetivo. A su vez, esta reformulación del bien jurídico debería incidir en el contenido, alcance o relevancia penal de las conductas criminalizadas bajo el rótulo de delitos contra la administración pública. En lo que sigue, haremos algunas reflexiones sobre las consecuencias político criminales de un replanteamiento del bien jurídico, en este ámbito.

II. Reformulación del *nomen juris* del bien jurídico

Una primera consecuencia (formal) del planteamiento precedente tiene que ver con la adecuación del título que designa los delitos cometidos por funcionarios públicos

o particulares contra la “administración pública” (Título XVIII del Código Penal). En un contexto preferentemente personalista, como el reconocido en la Constitución vigente, la administración pública no debe ser protegida como una institución corporativa o estática frente a la conducta de los administrados o administradores públicos. Lo que interesa, en primera línea, no es que el Estado, concebido como ente administrador, subsista como tal. La razón de ser del Estado administrador está vinculado al cumplimiento de funciones cuyos destinatarios últimos son las personas⁴.

Una visión estatista del bien jurídico se corresponde más con un criterio omnicomprendido de los intereses tutelados. Con ello, lo que constituye un instrumento de bienestar se convierte en inmanente, en un fin en sí mismo⁵. Por el contrario, una primera aproximación constitucional al bien jurídico pasa por considerar que lo que se protege en principio no es la administración pública⁶, sino como se encuentra rotulado en la Constitución: la “función pública”, entendida como el conjunto de actividades permanentes, regladas y relevantes desarrolladas por los funcionarios y servidores del Estado en beneficio de los individuos⁷.

La ubicación de la función pública como el nombre que identifique el bien jurídico no delimita ni circunscribe la noción de funcionario público⁸. El alcance de los sujetos activos, en este tipo de delitos, es una decisión político criminal independiente del contenido del bien jurídico. Por lo demás, la lesión al bien jurídico “función pública” puede también ser realizada por particulares.

III. Carácter multidimensional del bien jurídico función pública

Ahora bien, este cambio de denominación no se satisface en sí mismo, sino se comprende los múltiples intereses que pueden resultar afectados con estos delitos. Pues si a esta denominación se le agrega sólo la cualidad formal o abstracta de la correcta

⁴ Una versión moderna pero negativa de la espiritualización del derecho penal, se encuentra en el Derecho Penal del enemigo. Esta concepción, con sus variantes, conduce a una “criminalización amplia en interés de una totalidad sistémica que pone acento en la protección del Estado y la moralidad”. Cit. Hassemer Winfried: La Ciencia Jurídico Penal en la República Federal Alemana; en Revista Peruana de Ciencias Penales; N° 2; p. 468.

⁵ En la misma dirección, pero desde la visión integradora del bien jurídico (correcto funcionamiento de la administración pública): Feijoo Sánchez, Bernardo; Delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal Español de 1995; en Revista de Ciencias Penales, Ns° 7-8; p. 700.

⁶ En su acepción subjetiva, la administración pública como corporación es protegido en los delitos contra el Estado.

⁷ Una noción similar, pero bajo la denominación de administración pública la da: Rojas Fidel; Delito contra la Administración Pública; Ed. Grijley; 3ra edición; Lima 2002; p. 8.

⁸ Cfr. Urquiza Olaechea, José: Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública; en Revista Peruana de Ciencias Penales; Ns. 11-12; p. 254 y ss.

gestión por los funcionarios de los servicios públicos, o la satisfacción de las expectativas de confianza de los administrados en la administración pública, no se llega a entender cómo puede sostenerse dicha protección penal, en un contexto político en el que precisamente se percibe todo lo contrario: deficiente gestión en la función pública; incapacidad de las regiones para ejecutar gasto; lentitud en los procesos de adquisición y contratación de bienes y, por ende, desconfianza de los administrados frente a la administración pública (déficit de legitimidad secundaria de las instituciones públicas).

Este desencuentro entre la aspiración protectora y la realidad se debe a la pretensión formal y globalizante del bien jurídico en cuestión. Detrás de la caracterización del bien jurídico “administración pública” como un bien institucional, en el que el delito tiene efectos supraindividuales, no siempre se constata la idea del merecimiento de protección. O la conducta ilícita no siempre afecta de manera directa y prioritaria a la institución, sino a los destinatarios de la actividad estatal. Es necesario por ende matizar la concepción general y abstracta del bien jurídico, y reconducirla hacia otra más particularizada, de acuerdo a la norma que sea vulnerada⁹. Con ello se iría hacia una progresiva concreción del bien jurídico, que reemplace la concepción excesivamente formalista, ocultada en criterios tan amplios como vacíos como la “correcta gestión en la actividad pública”, “la infracción del deber del funcionario público”, o “su falta de fidelidad al Estado”¹⁰.

En su lugar, debe arribarse a diversos objetos de tutela con un contenido más material o aprehensible. Esto significa en consecuencia que se reconozca el carácter multidimensional del bien jurídico. Desde esta perspectiva, los distintos aspectos que lo conforman tendrán mayor o menor relevancia según la clase de conducta descrita en el tipo penal.

En este sentido, por ejemplo, en el delito de **abuso de autoridad** innominado (art. 376 CP), la materialidad del objeto de protección no aparece de inmediato, si consideramos que, de acuerdo al tipo penal, el acto arbitrario debe “perjudicar a alguien”. Ese alguien perjudicado no es ciertamente la administración pública, sino una persona natural o jurídica distinta a aquélla. Siendo esto así, debe interpretarse el sentido de este elemento típico para vincularlo a la finalidad de protección en este

⁹ En el mismo sentido: Manes Vittorio; Bien Jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública; en Revista Electrónica Anuario de Derecho Penal (www.unifr.ch/derechopenal).

¹⁰ Cfr. Rojas Fidel; cit., ps. 319 -320.

delito. El acto arbitrario del funcionario, en su vertiente objetiva (acto material) repercute negativamente en el directo perjudicado. Pero, desde la perspectiva subjetiva (móvil o voluntad manifestada en el acto arbitrario), la arbitrariedad del funcionario que ordena o comete el acto arbitrario igualmente incide en la confianza, en la igualdad y en la certidumbre que deben tener los ciudadanos en el ejercicio de la función pública. Por tanto, la conducta del funcionario que adopta la decisión arbitraria vulnera específicamente esa relación de confianza, previsibilidad, y de trato igualitario que se garantiza a través de la observancia del principio de legalidad en la función pública.

La particularidad del bien jurídico también se evidencia en el sentido diferenciado de la protección en el delito de peculado del delito de colusión. Los intereses en cuestión en el delito de peculado no necesariamente son los mismos o de igual importancia que en el delito de colusión. Una visión reductora o sesgada del bien jurídico pone énfasis en el desmedro patrimonial generado en ambos supuestos típicos. Pero si interpretamos adecuadamente los tipos penales que los describen arribaríamos a una interpretación distinta¹¹.

En el delito de peculado es claro que lo que más se afecta es el patrimonio del Estado, a través de la apropiación o el mal uso del mismo. Pero no puede decirse lo mismo del delito de colusión en el que el acuerdo colusorio favorece a otro en desmedro de terceros. En este delito se ha interpretado que se requiere un perjuicio patrimonial al Estado. Para ello se ha considerado que la defraudación equivale al daño patrimonial¹². De manera que no sería típico un acuerdo colusorio en el que el Estado se vea beneficiado (patrimonialmente) o mantenga su situación, anterior a dicho acuerdo.

Más adecuada es la interpretación que ve en la defraudación una vulneración de la confianza que deben tener los ciudadanos en la objetividad de los funcionarios, cuando realizan adquisiciones o contrataciones, y en particular la de los proveedores en competir en igualdad de condiciones cuando el Estado realice dicha actividad.

Una interpretación particularizada del bien jurídico abonaría paradójicamente para poner en cuestión, por ejemplo, la relevancia penal del delito de malversación de fondos. Si bien se considera que la conducta malversadora deba afectar “el servicio o la función” no es del todo claro lo que sucede en los casos en los que la aplicación

¹¹ En la legislación comparada que pone énfasis en el patrimonio como objeto de tutela, se modifica incluso su ubicación sistemática, colocándolos dentro de los delitos contra el patrimonio (legislación alemana).

¹² En este sentido concibe la colusión como un delito de resultado: Rojas Fidel; cit. p. 288.

diferente de los bienes o del dinero se haya realizado para evitar una afectación mayor de otro servicio o función. Esta forma de tipificar la conducta puede eventualmente ir a contracorriente de una administración pública más eficiente, eficaz y flexible en el uso de los recursos públicos para el cumplimiento de sus fines.

IV. Infracción del deber o lesión material del bien jurídico

La concreción del bien jurídico, dotándolo de contenidos materiales y múltiples tiene incidencia en la determinación de la naturaleza de la afectación requerida para dar relevancia penal a una conducta realizada por funcionario o servidor contra la función pública.

Se ha sostenido con frecuencia que el núcleo del injusto en este tipo de conductas se encuentra en la infracción del deber al que está sujeto todo funcionario o servidor público, en su condición de tal. De allí derivan los sostenedores de esta concepción el carácter especial, propio o impropio, de los delitos cometidos por funcionarios con relación a determinados bienes jurídicos.

La acentuación de este criterio tiene sin embargo diversas consecuencias que terminan exacerbando la punibilidad de este tipo de conductas: a) Preeminencia del desvalor de acción sobre el desvalor de resultado, a través de tipificación de delitos de pura actividad; b) Difuminación de la afectación material mediante la tipificación de conductas de peligro abstracto; c) Prescindencia del perjuicio material, en favor de la exigencia de la inobservancia formal de normas; c) Mayor punibilidad a los funcionarios o servidores públicos, por dicha condición; d) Ampliación de los plazos de prescripción; d) Inexistencia de graduación en el perjuicio, cuando aparece como elemento típico, para efectos de determinar la relevancia penal o administrativa, o el tipo de infracción penal; e) Doble sanción, administrativa y penal, sustentada en el diverso fundamento de la imputación; f) Privación o restricción de beneficios penales o penitenciarios¹³.

En concreto, esta concepción formalista del bien jurídico incide en una forma de tipificación de las conductas contra la administración pública, que pone en cuestión el principio de afectación del bien jurídico; la eficacia del propio sistema penal; el derecho

¹³ Esta tendencia se evidencia específicamente en el alcances de las leyes N° 27770 sobre beneficios penales y penitenciarios y 28355 de reforma en el ámbito de los delitos contra la administración pública.

penal de acto; la intervención mínima y fragmentaria del derecho penal, o la presunción de inocencia.

V. Bien jurídico y reforma de los delitos contra la función pública

Dentro de este contexto, puede constatarse el excesivo alcance que se ha pretendido dar al delito de **abuso de autoridad**. Aun con lo difuso y amplio que aparece el “perjuicio a alguien” para su configuración, se pretende que se prescindiera de dicho elemento típico y el tipo se satisfaga con la sola orden arbitraria formulada o ejecutada. Nuestra concepción va sin embargo en dirección contraria: debe ratificarse la necesidad de este elemento objetivo. Pero también debe precisarse que se trate de un perjuicio real, directo, y relevante. No es suficiente que el perjuicio sea afectivo o moral, indirecto o insignificante.

Esta restricción del perjuicio está vinculada a la reformulación de la noción de “acto arbitrario cualquiera”. No se trata de cualquier acto para que adquiriera relevancia penal. Se trata por el contrario de considerar ese acto al que se alude en el artículo 376 es uno distinto a los especificados en los tipos penales de abuso funcional, pero significativo desde la perspectiva del principio de afectación de bien jurídico. Por lo demás, atendiendo al carácter subsidiario del derecho penal no es posible tampoco fundar la punibilidad de “cualquier acto arbitrario”, en el carácter doloso del actuar del funcionario, dejando al derecho administrativo sancionador las conductas culposas. La línea divisoria entre ambas formas de control no viene determinada exclusivamente por la dirección volitiva de la conducta. Entran en consideración además los otros principios limitadores de intervención penal.

Una muestra de mayor irracionalidad a la que puede conducir la exacerbación del criterio de la infracción del deber lo vemos en el delito de **peculado**. No importa el valor del bien apropiado. Ergo, el principio de mínima afectación no es considerado a efectos de prescindir de la persecución penal (exclusión del principio de oportunidad). No se consideran los costos para el sistema penal del procesamiento de un peculador de bagatela, cuyo proceso puede incluso ser revisado por la máxima instancia del sistema penal.¹⁴

¹⁴ Si el énfasis de la protección se pone en el patrimonio público, por qué no pensar en una graduación aproximada ala que se sigue en el hurto.

Con relación al mismo delito, pero en su **modalidad culposa**, debe evaluarse, desde la perspectiva del derecho penal mínimo, si debe mantenerse en el sistema penal, por lo menos en los términos en los que está tipificado. Si el interés subyacente en la represión de esta conducta es el patrimonio del Estado, resulta inadmisibles que se le proteja más –mediante un tipo culposo que si se tratase de un bien particular de utilidad pública. Respecto a estos bienes por ejemplo no existe tipo penal alguno que describa la sustracción del mismo, por la falta de cuidado de su administrador. Además, una postura consecuente con la identificación del dolo al ilícito penal y la culpa al ilícito administrativo, como se adopta en el abuso de autoridad, implicaría reenviar la modalidad culposa del peculado al ámbito administrativo.

No es tampoco aceptable la agravación de la pena por la calidad del bien sustraído (destinado a fines asistenciales o de apoyo social). Se ha trasladado sin reflexión alguna la lógica de la agravación del peculado doloso a la modalidad culposa, sin reparar que se trata de estructuras típicas subjetivas de distinta naturaleza. Al parecer se adopta el criterio que el deber de cuidado está en relación directamente proporcional al mayor valor del objeto del delito.

En el ámbito de la **malversación de fondos**, como señalamos, no se considera el supuesto que con la aplicación diferente sea haya procurado un menor perjuicio en el servicio o la “función” (*sic*). El legislador sólo se centra en la inobservancia de las normas presupuestarias. Con ello, se distorsiona el sentido de la protección, subrayando la exclusiva observancia del principio de legalidad (presupuestaria).

Por otro lado, una concepción formalista del bien jurídico puede explicar la punibilidad del delito de **cohecho pasivo impropio** (art. 394). Esto es, la recepción de un promesa, donativo u otra ventaja, sin faltar a la obligación funcional. Sin desmedro de considerar esta conducta como reprochable es de plantearse la cuestión de la relevancia penal de dicha conducta. Se podría considerar la alternativa de la sanción administrativa asociada a la pérdida del empleo.

Otra manifestación de la concepción formal la verificamos en la venta de humo, en el delito de **tráfico de influencias** (art. 400). Si el traficante es funcionario la pena es mayor. A efectos penales no interesa si la influencia invocada sea real o simulada. En consecuencia, la reacción penal se sustenta en el acto de recepción de la promesa o ventaja, en el caso del tráfico por un particular. Y como delito especial impropio, la condición de funcionario o servidor público. No es relevante que la influencia haya

tenido efecto en la realidad. Si consideramos que el bien jurídico en este ámbito se manifiesta en la confianza que deben tener los ciudadanos en la objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública, la vinculación de la conducta del traficante de humo con dicho bien jurídico es paradójicamente gaseosa. Como señala Hurtado Pozo “...el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcionario o servidor público se presenta muy lejana; más aún si el ofrecimiento de interceder es completamente vacuo, en razón precisamente de la ausencia de poder para influir sobre el funcionario”¹⁵. Con ello se contraviene el principio de afectación del bien jurídico, mediante la creación de un tipo de peligro demasiado abstracto y de mínima intervención del derecho penal¹⁶

En el **enriquecimiento ilícito** (art. 401) se sostiene la idea que por lo señalado es legítimo aceptar la inversión de la carga de la prueba o prescindir de su carácter subsidiario¹⁷. En este sentido, la norma de carácter procesal incorporada al art. 401, que alude al carácter indiciario de la no probanza del equilibrio entre los ingresos y egresos del procesado, es un criterio referencial en cuanto a la prueba que no exime al Ministerio Público de probar la imputación. Debe replantearse por lo demás la concepción de considerarlo como un delito complementario de otros supuestos típicos.

La distorsión moralista que subyace en la idea de la “infracción del deber”, como mayor exigibilidad al funcionario que al ciudadano de a pie, encuentra su punto culminante en la **circunstancia agravante especial** del art. 46 A. En este caso, la punición por encima del máximo de la pena conminada se sustenta únicamente en la condición “especial” (*sic*) del funcionario público. El abuso funcional debe en todo caso sustentarse de acuerdo a la naturaleza del tipo, pero no puede considerarse como una circunstancia de carácter general aplicable a todo tipo de delito, incluso a un delito común. En realidad, esta es una circunstancia agravante que viola el principio de igualdad porque introduce un trato discriminatorio fundado en razones subjetivas. De este modo se deja la puerta entreabierta para la consagración de un derecho penal fundado en autor (con deberes especiales), y no en el de acto.

¹⁵ Hurtado Pozo, José: Interpretación y aplicación del artículo 400: delito de tráfico de influencias; Anuario de Derecho Penal 2005; p. 288.

¹⁶ Hurtado Pozo, José; cit. p. p. 287 y ss.

¹⁷ Para detallada explicación del problema cfr. Nakasaki Servigón, César;; Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria; en Revista Electrónica Anuario de Derecho Penal ([www.unifr.ch/derecho penal](http://www.unifr.ch/derecho%20penal)); p. 189 y ss.

Finalmente, es discutible desde una perspectiva operativa y del principio de igualdad que la Constitución haya consagrado en el artículo 41, la duplicación del **plazo de prescripción** en caso de delitos contra el patrimonio del Estado. No es equitativo que se privilegie el patrimonio del Estado, en desmedro de otros bienes de particulares que incluso pueden ser de utilidad común. La prolongación de la persecución en este tipo de delitos se torna cada vez más difícil a medida del transcurso del tiempo, generándose problemas de prueba y dispendio de recursos del sistema penal.

V. Conclusiones

La magnitud del fenómeno de la corrupción, puesto en evidencia de la década pasada, ha dado lugar a un acrecentamiento de la respuesta punitiva del Estado. Esta respuesta sin embargo, ha generado en su desarrollo distorsiones del sistema penal para el tratamiento de los delitos cometidos contra la función pública.

El problema se centra específicamente en la “formalización” y “omnicomprensión” del contenido del bien jurídico tutelado, en perjuicio de una concepción material y multidimensional del mismo.

Esta visión formalista ha alcanzado su cúspide con la consagración de la noción de infracción del deber como núcleo del injusto de este tipo de conducta. Con ello, se ha relativizado la importancia del principio de afectación de bien jurídico, se ha disminuido el papel limitante del derecho penal de acto; se ha hecho tabla rasa del principio de mínima intervención y fragmentariedad, y se ha vulnerado el principio de igualdad ante la ley.

Paradójicamente, la exacerbación de la idea de la infracción del deber es olvidada cuando se abona a la tesis de la unidad del título de imputación, en desmedro del principio de accesoriadad relativa en la participación, a fin de incorporar a los particulares en este tipo de conductas.

Una reforma penal de estos delitos debe considerar ciertamente la gravedad de la corrupción sistemática o de la importancia de estas conductas realizadas bajo el manto de la criminalidad organizada. Pero debe diferenciarse de las conductas ocasionales, individuales o de bagatela. La visión monomaniaca, al decir de Vittorio Manes, del legislador de ver todo el remedio al mal en la pena, debe ser replanteada, con observancia de los principios que resultan arrasados con una visión “espiritual” del bien jurídico tutelado.