

¿EXISTE EN LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION EL CONCEPTO ANTICIPADO DE FUNCIONARIO PUBLICO?

César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki,
Profesor de Derecho Penal de la
Universidad de Lima y de la Universidad Nacional
Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque

En el caso penal del ex Congresista de la República Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar el Congreso de la República, el Ministerio Público y el Poder Judicial acudieron a la Convención Interamericana contra la Corrupción al considerar que en ésta se regula el concepto anticipado de funcionario público, que permitiría calificar como delito de cohecho pasivo la percepción de sobornos antes de haberse asumido el cargo de parlamentario mediante la juramentación.

El acto de percepción de dinero conocido a través del tristemente célebre vídeo “Kouri-Montesinos” se realizó antes que el ex congresista juramente el cargo, incluso antes de su proclamación por el Jurado Nacional de Elecciones; tal situación determinó la necesidad de acudir a la Convención porque el Código Penal de 1991 solamente reconoce como autor del delito de cohecho pasivo al funcionario público que estando en el ejercicio del cargo recibe soborno.

I.- El autor del delito de cohecho pasivo en el Código Penal de 1991.

Para entender el concepto anticipado de funcionario público y poder determinar su ubicación en la Convención, es necesario previamente establecer quién puede ser autor de cohecho pasivo en el Código Penal Peruano, pues la figura examinada tiene como objeto adelantar la barrera penal en el caso de los delitos de corrupción de funcionario.

Fidel **ROJAS VARGAS**, el más importante autor peruano en materia delitos contra la administración pública, refiriéndose al autor del delito de cohecho pasivo sostiene que agente es el funcionario o servidor público que actúe poseyendo competencia en razón del cargo o de la función.¹

La profesora española de la Universidad de La Coruña Inma **VALEIJE ALVAREZ**, al referirse al concepto penal de funcionario público, sostiene que la condición de tal se adquiere por la concurrencia de dos requisitos; uno subjetivo relativo a la existencia de un título o cualidad jurídica en la persona; y otro objetivo constituido **por una efectiva participación del agente en la función pública.** ²

La profesora española de la Universidad de Lleida María José **RODRIGUEZ PUERTA** afirma que la cualidad de funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos; la participación en el ejercicio de funciones públicas; y la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto y la estructura administrativa, esto es, la concurrencia de un título que lo habilite para el ejercicio de funciones públicas, de modo que sea posible imputar la actividad de ese sujeto a los distintos poderes públicos.³

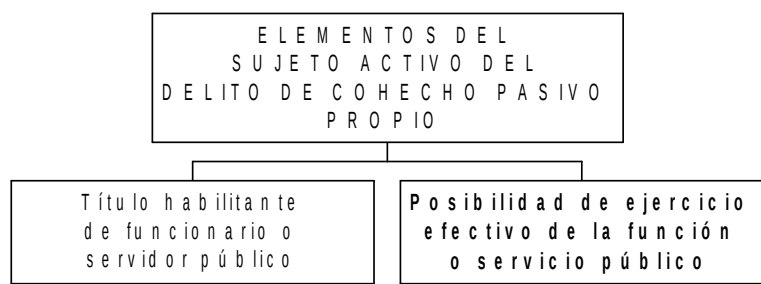
Conforme establece la doctrina que informa la regulación de los delitos de corrupción de funcionario en el Código Penal de 1991 el sujeto activo del delito de cohecho pasivo debe reunir dos elementos:

- a) La persona debe tener la cualidad de funcionario o servidor público por un título que así lo habilite.
- b) La posibilidad de ejercicio efectivo del cargo.

¹ Fidel ROJAS VARGAS, Delitos contra la Administración Pública, 4º Edición, Páginas 677 y 702, Editorial Grijley, Lima, Perú, 2001.

² Inma VALEIJE ALVAREZ, El Tratamiento Penal de la Corrupción del Funcionario: el Delito de Cohecho, Página 54, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1996.

³ María José RODRÍGUEZ PUERTA, El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico Penal del Soborno de Funcionarios, Página 166, Aranzadi Editorial, Pamplona, España, 1999.



II.- Significado del concepto anticipado de funcionario público.

El concepto anticipado de funcionario público significaría una ampliación de la protección penal que se brinda al bien jurídico correcto funcionamiento de la función pública a través de los tipos penales de corrupción de funcionario.

El adelantamiento de la barrera penal sería consecuencia de establecer como único requisito para ser sujeto activo de cohecho el tener título habilitante.

Felipe **VILLAVICENCIO TERREROS** señala que la figura examinada tiene por objeto extender el concepto de funcionario público a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo cuando todavía no lo hubieran ocupado.⁴

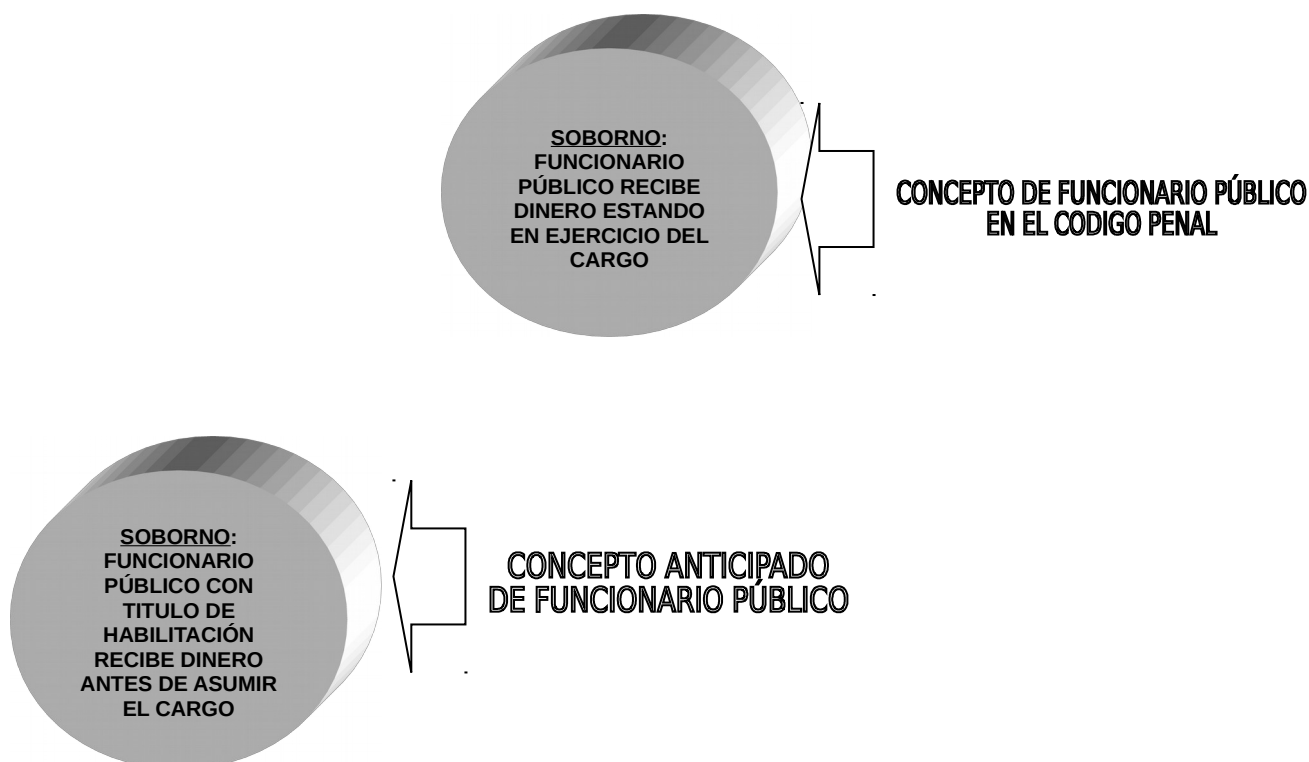
Autor del delito de cohecho pasivo sería el funcionario público electo, seleccionado o designado que acepta o recibe soborno sin estar incorporado a la administración pública y por tanto sin ejercer aún la función pública.

El autor argentino Carlos **MANFRONI**, principal estudioso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, afirma que el concepto anticipado de funcionario público corresponde a quien ha sido seleccionado,

⁴ Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, Adaptando la Legislación Penal de Perú a la Convención Interamericana contra la Corrupción, Página 11, Pontificia Universidad Católica del Perú – Instituto de Estudios Internacionales, Lima, Perú, 2001.

designado o electo para ocupar un cargo aún antes del comienzo de sus funciones.⁵

ROJAS VARGAS comenta que con el nuevo concepto de funcionario público examinado se prescinde de la investidura, esto es de la incorporación, y del ejercicio de la función a fin de adelantar el interés político criminal a la fase previa de la selección, nombramiento o elección, con el fin de penalizar los actos de corrupción que se den en el período de tiempo en que el funcionario público demore en asumir el cargo desde que obtiene el título habilitante.⁶



III.- La interpretación literal y sistemática de la Convención Interamericana contra la Corrupción no permite establecer de forma clara que constituya el fundamento normativo del concepto penal anticipado de funcionario público.

1) Interpretación semántica del artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

⁵ Carlos A. MANFRONI, La Convención Interamericana contra la Corrupción, Página 40, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.

⁶ Fidel ROJAS VARGAS, Obra citada, Página 146.

El Artículo I de la Convención referente a las definiciones establece:

“Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, **incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones** en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.” (Resaltado del autor)

La Convención define al funcionario público como cualquier funcionario o empleado del Estado, de entidades públicas, incluyendo a los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades, funciones o servicios en nombre o para el Estado.

La interpretación literal de este texto normativo no permite establecer claramente que contenga el concepto anticipado de funcionario público, en virtud del cual se asuma la condición de funcionario público en el caso de los funcionarios elegidos sin la prestación de juramento o sin el requisito de la investidura.

La interpretación gramatical del texto normativo comentado permite sostener que la frase “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades” se refiere a los títulos habilitantes de la función pública: disposición de la ley y nombramiento de autoridad competente; y que la frase “incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado” corresponde al título habilitante por elección.

| | | |
|---|---|-------------------------------|
| Funcionario Público u seleccionados Oficial Gubernamental electos. o Servidor Público | cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus dependencias | incluidos los designados o |
| (Objeto de definición) | (Criterios de definición: ¿títulos habilitantes o incorporación?) | |

En el gráfico anterior se ha efectuado un análisis del párrafo normativo del artículo I de la Convención en el que se afirma se recogería el concepto anticipado de funcionario público, dividiéndolo en tres bloques.

El primer bloque correspondería en una interpretación semántica al objeto de la definición, esto es, se trata de definir en la norma quien es funcionario público o sus equivalentes; el segundo y tercer bloque correspondería en la misma interpretación a los criterios que servirán para determinar qué personas tendrán la cualidad de funcionarios público.

Continuando con la interpretación semántica del segundo y tercer bloque surge la pregunta si conforme al texto normativo es más adecuado considerar que se utiliza para definir al funcionario público; o el criterio de los títulos habilitantes, es decir, las causas por las que la persona resulta funcionario público, o el criterio de la necesidad de incorporación o no incorporación a la función pública.

La frase “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades” difícilmente puede considerarse que busque significar que debe tratarse de una persona incorporada o que se encuentre en el ejercicio del cargo; más bien se trataría de la indicación de los títulos habilitantes disposición inmediata de la ley y nombramiento; por lo que la frase “incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos” correspondería al título habilitante que faltó consignar en el párrafo normativo anterior, la elección.

La interpretación de necesidad aclaratoria de la frase correspondiente al tercer bloque de precisar que también la elección es título habilitante de la calidad de funcionario público, resulta lógica en la región latinoamericana, pues por ejemplo en el derecho penal ecuatoriano se discutió si un diputado podía ser o no funcionario público, lo que obligó a que la Constitución de 1998 expresamente establezca que los elegidos por votación popular podían ser sujetos activos de delitos contra la administración pública.⁷

El texto normativo del segundo bloque del gráfico comentado no permite establecer, desde una perspectiva de respeto al principio de máxima taxatividad, que el criterio utilizado para la definición de funcionario público sea el de incorporación a la función pública; a fin de considerar que el texto normativo del tercer bloque asigna a personas que no se hayan incorporado a la función pública la calidad de funcionarios.

Quizá sea necesario recordar que el principio de máxima taxatividad exige el empleo de los mejores recursos técnicos para legislar, es decir, se viola este cuando se legisla sin recurrir a la mejor técnica, máxime si se trata como afirma **MANFRONI** de la creación del concepto anticipado de funcionario público como una revolución para el derecho penal en el caso de los delitos de corrupción de funcionarios.⁸

Muestra del texto normativo que debería figurar en el artículo I de la Convención para considerar que el concepto anticipado de funcionario público se encuentra recogido sin que signifique violentar el principio de máxima taxatividad, se aprecia en la propuesta de adecuación de la legislación penal de Felipe Villavicencio Terreros, quien propone el siguiente texto del artículo 425 del Código Penal:

“Se incluye a quienes han sido
seleccionados, designados o electos para
desempeñar actividades o funciones en

⁷ Edmundo DURAN DÍAZ, Estudio Preliminar sobre la Legislación Ecuatoriana y las Normas de la Convención Interamericana contra la Corrupción elaborado para la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Página 20.

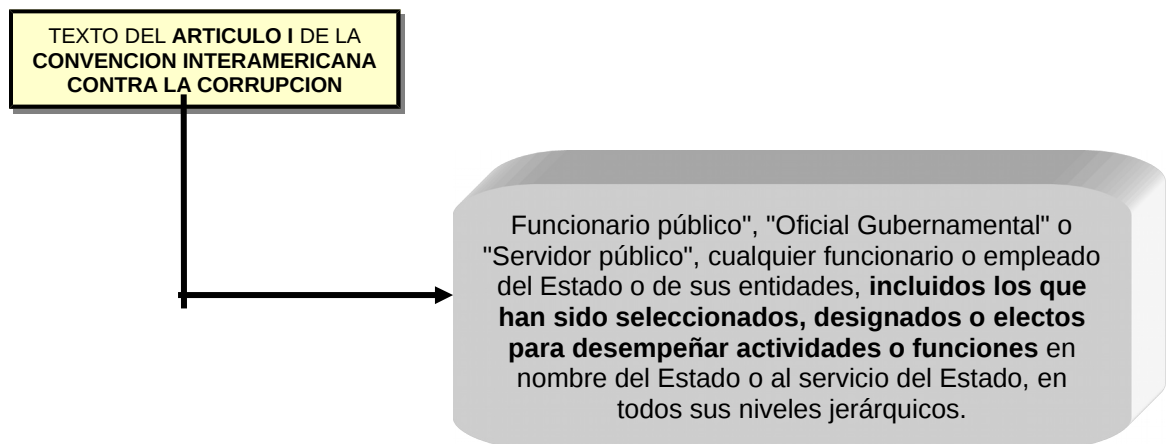
⁸ Carlos A. MANFRONI, La Convención Interamericana contra la Corrupción anotada y comentada, Páginas 39 y 40, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.

nombre del Estado o a servicio del Estado,
aún cuando no hubiesen asumido el cargo" ⁹ (Resaltado del autor)

Otro ejemplo de uso de adecuada técnica legislativa que respete el principio de máxima taxatividad para recoger el concepto de funcionario público se tiene en el trabajo del profesor ecuatoriano Edmundo Durán Díaz:

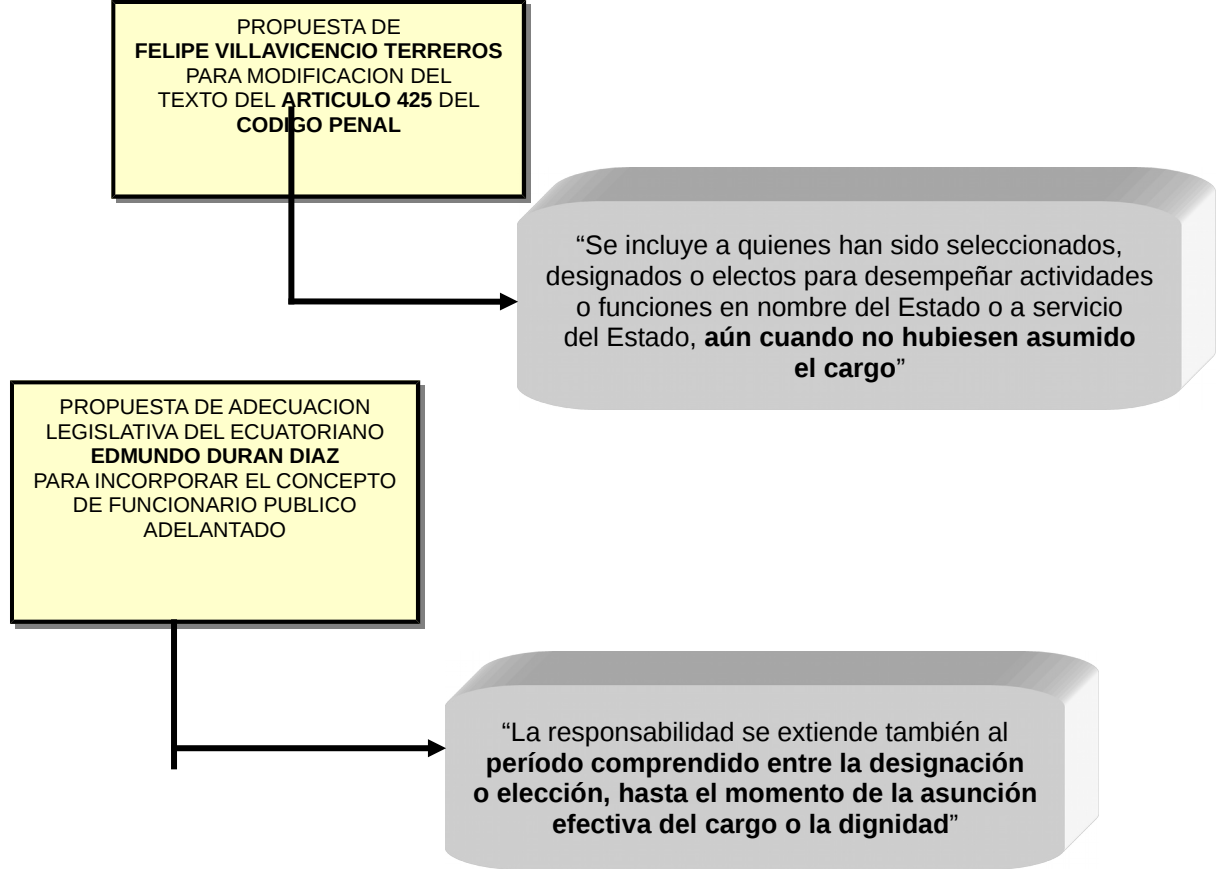
La responsabilidad se extiende también al **periodo comprendido entre la designación o elección, hasta el momento de la asunción efectiva del cargo o la dignidad.** ¹⁰ (Resaltado del autor)

Las diferencias de los textos normativos propuestos versus el texto normativo del artículo I de la Convención es evidente y se explica por sí sola.



⁹ Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, Obra citada, Páginas 5 y 6.

¹⁰ Edmundo DURAN DÍAZ, Obra citada, Página 4.



MANFRONI acepta que la lectura del artículo I de la Convención no siempre permitirá a todos captar el concepto adelantado de funcionario público al punto que expresa su deseo que en futuras ampliaciones de la Convención se asuma <mas expresamente la obligación de sancionar el cohecho con vista a los actos futuros>. ¹¹

Conforme a la operación de hermenéutica jurídica realizada, la Convención no recogería el concepto anticipado de funcionario público, sino que más bien el artículo I se referiría a que se es funcionario público a través de los tres títulos habilitantes que señala la doctrina: por disposición inmediata de la ley, por elección, o por nombramiento de la autoridad competente.^{12 13 14}

15

¹¹ Carlos A. MANFRONI, Obra citada, Página 42.

¹² María José RODRÍGUEZ PUERTA, Obra citada, Página 163.

¹³ Inma VAILEJE ALVAREZ, Obra citada, Página 64.

¹⁴ Inés OLAIZOLA NOGALES, El Delito de Cohecho, Página 143, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

¹⁵ Francisco ALONSO PÉREZ, Delitos cometidos por los Funcionarios Públicos en el nuevo Código Penal, Página 34, Dykinson, Madrid, España, 2000.

2) Interpretación sistemática de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

La interpretación sistemática (intrasistema) de la Convención permite reforzar la premisa formulada del no recogimiento del concepto penal anticipado de funcionario público, pues al apreciar los actos de corrupción que tipifica la Convención en los artículos VI, IX y XI, todos sin excepción fijan como sujeto activo de los delitos de corrupción a la persona que ostente título habilitante y posibilidad real del ejercicio de la función pública, dado a que las figuras delictivas previstas se cometerían en el ejercicio de la función.

En ninguno de los tipos penales que contiene la Convención se utiliza el concepto anticipado de funcionario público, ya que como se vuelve a reiterar, todos los actos de corrupción previstos en la norma internacional solamente se podrían cometer en el ejercicio de la función pública.

La Convención tipifica los siguientes actos de corrupción y de enriquecimiento ilícito:

“Artículo VI

Actos de corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona **que ejerza funciones públicas**, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad **a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;**

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona **que ejerza funciones públicas**, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra

persona o entidad **a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;**

c. La realización, por parte de un funcionario público 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;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y,

e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma, en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.”

“Artículo IX

Enriquecimiento ilícito

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio del un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos **durante el ejercicio de sus funciones** y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

—

Artículo XI

Desarrollo progresivo

1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones de las siguientes conductas:

a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona **que ejerce funciones públicas**, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido

conocimiento **en razón o con ocasión de la función desempeñada.**

c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.

d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, los bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, **que los hubieran percibido por razón de su cargo**, en administración, depósito o por otra causa.

2. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado estos delitos, éstos serán considerados actos de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

3. Aquellos Estados Partes que no hayan tipificado los delitos, descritos en este artículo brindarán la asistencia y cooperación previstas en esta Convención en relación con ellos, en la medida en que sus leyes lo permitan.” (Resaltado del autor)

Las figuras delictivas que se contemplan en la Convención no recogen el concepto anticipado de funcionario público; autor de los actos de corrupción o enriquecimiento ilícito es la persona que ejerce la función pública, situación que evidentemente no se da antes de la asunción del cargo en el caso del Congresista, pues recién se verifica a partir de la terminación del proceso de instalación del Congreso con la juramentación.

En todo caso el concepto anticipado de funcionario público, o no se encuentra regulado expresamente en la Convención, o es objeto de una incoherencia intrasistemática por la contradicción que existiría entre las propias normas de la Convención Interamericana contra la Corrupción como señala el profesor Fidel **ROJAS VARGAS**.¹⁶

¹⁶ Fidel ROJAS VARGAS, Obra citada, Páginas 147 y 148.

Tal contradicción entre las propias normas de la Convención fue consecuencia del poco tiempo que se tuvo para la preparación de la Norma I de la Convención referente a las definiciones, que solo fue discutida al final de las negociaciones el día previo a la firma del instrumento en Caracas, no habiendo sido tratado el tema en ninguna de las tres rondas de preparación que se llevaron a cabo en Washington DC, conforme explica Carlos **MANFRONI** al hacer el examen dogmático jurídico de la Convención Interamericana contra la Corrupción.¹⁷

No todos los expertos gubernamentales designados por los países partes de la Convención Interamericana contra la Corrupción encontraron el concepto anticipado de funcionario público en el artículo I:

- En el estudio preliminar del experto de Chile Luis **BATES HIDALGO** no se aprecia que haya ubicado en las normas de la Convención el concepto anticipado de funcionario público pese a tratar al sujeto activo del delito de corrupción.¹⁸
- En el estudio preliminar del experto de la Argentina Andrés José **D’ALESSIO** se advierte que éste tampoco ubicó el concepto anticipado de funcionario público; recién fue reconocido en el estudio definitivo luego de un taller de juristas argentinos sobre la norma internacional, por cierto sin motivar el fundamento de su ubicación y precisando que para la aplicación del concepto anticipado de funcionario público se debería modificar el artículo 77 del Código Penal Argentino que contiene la definición penal de funcionario público de forma similar al artículo 425 del Código Penal Peruano.¹⁹

¹⁷ Carlos MANFRONI, Obra citada, Página 34.

¹⁸ Luis BATES HIDALGO, Estudio Preliminar sobre la Adecuación de la Legislación Penal Chilena a la Convención Interamericana contra la Corrupción elaborado para la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Página 6.

¹⁹ Andrés José D’ALESSIO, Estudio Preliminar y Estudio Final sobre la Adecuación de la Legislación Penal Argentina a la Convención Interamericana contra la Corrupción elaborado para la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Páginas 3 del Estudio Preliminar y 4 del Estudio Final.

- En el estudio preliminar del experto del Paraguay José **CASTAÑAS LEVÍ** tampoco se aprecia captado el concepto anticipado de funcionario público, al punto que el autor luego de precisar que en la legislación penal paraguaya el sujeto activo del delito es el funcionario en el ejercicio del cargo, expresamente sostiene que no se requiere una modificación de la legislación interna por el concepto de funcionario público ya que es idéntico al de la Convención, asumiendo implícitamente que en la norma internacional no existe el concepto anticipado de funcionario público.²⁰

La interpretación sistemática del artículo I de la Convención con el resto de disposiciones que la integran no permite establecer con certeza que la misma recoge el concepto anticipado de funcionario público.

Problema adicional a la no existencia del concepto adelantado de funcionario público, es la no aplicación de la convención por falta de modificación en el derecho interno, conforme lo sostengo en un artículo publicado en la Revista *Advocatus* de la Universidad de Lima, al que me remito, y que ha sido objeto de elogio generoso por **ROJAS VARGAS**.²¹

Finalmente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, vigente desde el 29 de septiembre del 2003, supera el problema del concepto anticipado de funcionario público.

*“Artículo 2
Definiciones*

A los efectos de la presente Convención:

- a) Por “funcionario público” se entenderá:
- i) toda persona **que ocupe un cargo** legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o

²⁰ José CASTAÑAS LEVÍ, Estudio de Investigación y Análisis de la concordancia entre la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Legislación Penal Paraguaya, Páginas 3, 4, 7, 8, 16, 20, 52, 54, y 55

²¹ Ver: César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, “La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por falta de modificación en la legislación interna”, *Advocatus* N° 9, 2003-II, Universidad de Lima. ROJAS VARGAS, Obra citada, Página 149.

temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) toda otra persona **que desempeñe una función pública**, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona **que desempeñe una función pública o preste un servicio público** según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

b) Por “funcionario público extranjero” se entenderá toda persona **que ocupe un cargo** legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona **que ejerza una función pública** para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública...” (Resaltado del autor)

En la Convención de la ONU claramente se determina que el funcionario público es la persona que ejerce el cargo o la función; no recoge el concepto adelantado de funcionario público; siendo un dato relevante que durante las discusiones de los expertos fue rechazada la propuesta peruana de un concepto material de funcionario público.²²

En conclusión, no es aplicable en el Perú el concepto anticipado de funcionario público.

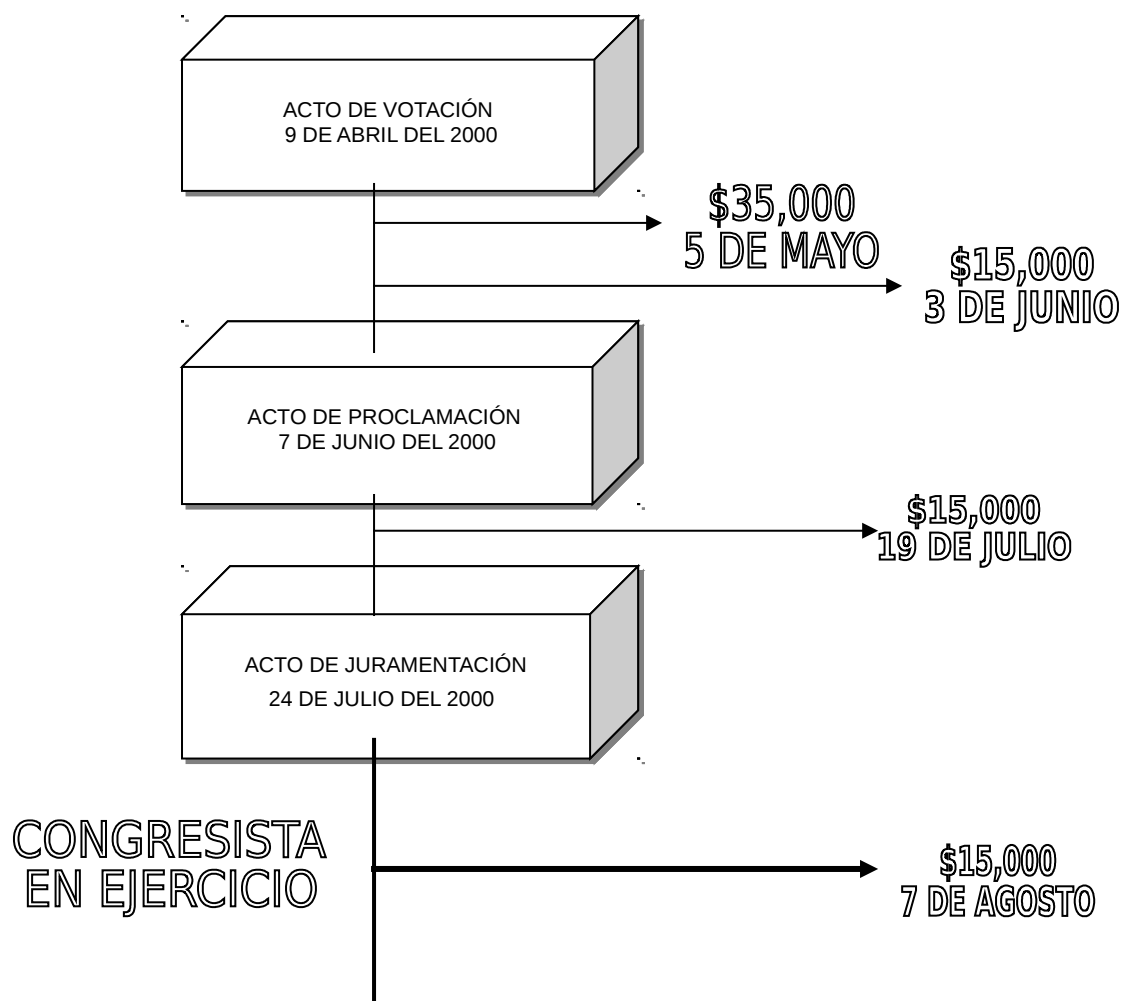
IV.- La indebida aplicación del concepto adelantado de funcionario público en el “Caso del Congresista Kouri”.

El vídeo, el testimonio de Vladimiro Montesinos Torres, los extractos de cuentas bancarias, la confesión del acusado y la pericia contable, permitieron establecer en el proceso penal que Luis Alberto Kouri Bumachar recibió sobornos continuados durante diversas fases del proceso electoral para el

²² Fidel ROJAS VARGAS, Obra citada, Páginas 150 a 152.

Congreso de la República del periodo 2000-2005, por un monto total de \$ 80,000.00.

PROCESO DE ELECCIONES PARLAMENTARIAS DEL 2000



La prueba de cargo permitió establecer en el proceso penal que se recibieron sobornos en diversos momentos; dos antes de la proclamación como congresista; uno antes de juramentar al cargo de congresista; y uno después de la juramentación, esto es, de haber asumido ya la función pública de congresista.

La única dádiva que se recibió en el ejercicio del cargo fue la que se produjo después de la juramentación, las restantes, incluyendo la conocida a través del vídeo, se hicieron antes de la asunción del cargo.

La condena por cohecho pasivo propio se hizo por los 4 sobornos, por lo que se tuvo que emplear el concepto anticipado de funcionario público; lo que sostengo constituyó un grave error judicial.²³

²³ Como se puede apreciar en la sentencia, no se trató el tema, por lo que la aplicación del concepto anticipado de funcionario público fue “implícita”, limitándose en el ;mejor! de los casos a la mera citación de la Convención sin motivación.