

**derecho penal**  
REVISTA DE  
**26**

Fundada en 1980 por  
Adela Reta y Ofelia Grezzi

SEGUNDA ÉPOCA  
Diciembre de 2018 - N° 26  
Publicación anual  
ISSN 0797-3411

**DIRECCIÓN**

Diego Silva Forné

**CONSEJO EDITORIAL**

**Sección Doctrina**

Ricardo Lackner

Zayda De la Carrera

**Sección Jurisprudencia**

Isabella Pioli

Patricia Rodríguez

**Sección Crítica/Debate**

Juan Fagúndez Scapusio

**Sección Relecturas**

Ricardo Lackner Prato

**Sección Conferencias**

Brenda Puppo Grezzi

**Sección Bibliografía**

Rodrigo Mariotta

**Sección Legislación**

Carla Murchio

**Secretaría de Redacción**

Rodrigo Mariotta

Carla Murchio

Daniela Vienni



**SUMARIO**

**CONFERENCIAS**

- APROXIMACIÓN A LAS LEYES N° 19.538, DE FEMICIDIO,  
Y N° 19.580, DE VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES BASADA EN GÉNERO  
Modificaciones al delito de violencia doméstica introducidas  
por la Ley N° 19.580  
*Natalia Acosta Casco* ..... 7
- La tutela penal de la intimidad. Primeras reflexiones a propósito  
de los delitos previstos en el art. 92 de la Ley N° 19.580  
*Ricardo Lackner* ..... 15
- Aproximación doctrinaria a los delitos de abuso sexual y  
abuso sexual agravado  
*Mariana Malet Vázquez* ..... 25
- Los cambios en la legislación sobre homicidio, introducidos  
en los artículos 36 y 311 del Código Penal  
*Mariana Malet Vázquez* ..... 37
- Primeras reflexiones acerca de las disposiciones procesal  
penales de la Ley N° 19.580  
*Rodolfo Perdomo Rodas* ..... 45
- Violencia basada en género. La reforma legislativa en  
perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos  
Humanos  
*Ricardo C. Pérez Manrique* ..... 53
- Propuesta sexual a personas menores de edad a través de  
las TICs: Aproximación al artículo 277 bis del Código  
Penal uruguayo  
*Diego Silva Forné* ..... 65
- La aprobación de la agravante muy especial del delito de  
homicidio por móvil discriminatorio  
*Diego Silva Forné* ..... 83
- DOCTRINA**
- CORRUPCIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN POLÍTICA**
- Los delitos de cohecho y concusión en los Códigos  
Penales argentino y uruguayo  
*Javier E. de la Fuente y Pamela S. Ricci* ..... 103
- Sobre la omisión impropia, el injusto de corrupción y el título  
de intervención, a propósito del Código Penal Uruguayo  
*Erick Guimaray* ..... 127
- Función pública y funcionario público en Derecho Penal  
*Iván Meini* ..... 151
- Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos en  
España y corrupción política. Observaciones y propuestas  
*Cristian Sánchez Benítez* ..... 165
- GÉNERO Y SISTEMA PENAL**
- La difícil relación entre feminismo y multiculturalismo:  
Una revisión desde el Derecho Penal  
*Fátima Cisneros Ávila* ..... 185

**Dirección, Redacción,  
Correspondencia, Canje:**  
Revista de Derecho Penal  
Casilla de Correo 5063  
Montevideo - Uruguay  
dsilvaf2@gmail.com

**Información, ventas y suscripciones:**



Fundación de Cultura Universitaria  
25 de Mayo 583 - Tel. 2916 11 52  
C.C. 1155 - Montevideo - Uruguay  
www.fcu.com.uy - E-mail: ventas@fcu.com.uy



Miembro fundador de



Asistencia legal para mujeres infractoras. Algunas pautas para el diseño de defensas penales con perspectiva de género <i>Julietta di Corleto</i> .....	197
Aportes críticos de los feminismos al estudio del Derecho Penal. Una aproximación conceptual <i>Rodrigo Rey Yureidini</i> .....	207
<b>ACTUALIDAD EN DERECHO COMPARADO</b>	
El programa penal de la Constitución Española de 1978 y su retro-desarrollo en el Código Penal vigente <i>María Acale Sánchez</i> .....	229
Un ejemplo de Derecho Penal expansivo: Los delitos de odio en la realidad judicial española <i>Patricia Laurenzo Copello</i> .....	243
La tipificación de los denominados 'Daños informáticos' <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i> .....	257
<b>DEBATE</b>	
<b>EL NUEVO PROCESO PENAL URUGUAYO</b>	
Salidas alternativas en serio (al juicio y al encierro). El juez de garantías, ¿solo es un homologador? <i>Alberto Reyes Oehninger</i> .....	275
La reforma procesal penal y la relativización del Derecho Penal sustancial <i>Luis Pacheco Carve</i> .....	291
<b>CRÍTICA</b>	
Apuntes para una interpretación de las disposiciones que regulan el proceso de <i>habeas corpus</i> en el nuevo Código del Proceso Penal <i>Roberto Soria Sena</i> .....	305
<b>JURISPRUDENCIA 2016</b> .....	329
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	
Revista de libros .....	693
Revista de revistas .....	703
<b>LEGISLACIÓN</b>	
LEGISLACIÓN NACIONAL RECIENTE .....	711
Otras disposiciones de interés .....	713
<b>ÍNDICES</b> .....	717

Diciembre de 2018

© FUNDACION DE CULTURA UNIVERSITARIA

25 de Mayo 583 - Tel. 2916 11 52

DERECHOS RESERVADOS

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin la autorización expresa del editor.

ISSN 0797-3411

## FUNCIÓN PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO EN DERECHO PENAL

Iván Meini\*

*Resumen:* El concepto de función pública y de funcionario público en Derecho penal debe dotarse teniendo en cuenta que la razón de ser de los bienes y servicios públicos es posibilitar la satisfacción de las necesidades humanas. Si la administración de bienes y servicios la realiza una persona que se encuentra vinculada al estado por un contrato de trabajo o un privado, es algo irrelevante. Relevante es, por el contrario, que el administrador tenga la capacidad de vincular al Estado con sus actos y decisiones y, con ello, poner en riesgo el bien jurídico en los términos del comportamiento típico. La pregunta de quién es funcionario o servidor público en Derecho penal, por tanto, no se responde a partir las definiciones de funcionario o servidor público que códigos penales incorporan en su articulado. Estas definiciones son descriptivas y no constitutivas. Se responde a partir de una interpretación teleológica de los concretos tipos de la parte especial.

*Palabras claves:* función pública – funcionario público – corrupción.

*Abstract:* The concept of public function and civil servant in criminal law should be endowed taking into account that the reason of being of public goods and services is to enable the satisfaction of human needs. If the administration of goods and services is carried out by a person who is linked to the state by a work contract or a private one, it is irrelevant. Relevant, on the contrary, is that the administrator has the capacity to link the State with his acts and decisions and, thereby, put the legal good at risk in terms of typical behavior. The question of who is a civil servant or public servant in criminal law, therefore, is not answered based on the definitions of public servant or public servant that criminal codes incorporate in their articles. These definitions are descriptive and not constitutive. It is answered from a teleological interpretation of the concrete types of the special part.

*Keywords:* public function – public official – corruption.

*Sumario:* I. Planteamiento del problema. 1. Preludio. 2. El dato empírico. 3. Rol económico del Estado y corrupción. 4. El deber y la infracción del deber en la conceptualización penal de función pública y de funcionario público. 5. Tesis. II. El concepto de servicio público. III. Ejemplos de función pública en el Código Penal. IV. Marco legal. V. Conclusión.

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1. Preludio

1. La responsabilidad penal en la que se puede incurrir el funcionario o servidor público por el ejercicio irregular de su cargo es uno de los aspectos que más atención ha merecido

\* Profesor Principal de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

en los últimos años por parte de la doctrina y jurisprudencia que en Derecho penal se ha pronunciado sobre el llamado Derecho Penal de la función pública. Responder a las interrogantes de quién y por qué ha de soportar el reproche penal cuando se perpetra un delito contra la Administración Pública, supone adoptar criterios de atribución de responsabilidad penal que reconozcan que la Administración Pública, entendida por ahora *–grosso modo–* como la gestión de servicios y bienes públicos orientada a la satisfacción de necesidades y derechos de las personas, haya sido asumida voluntariamente y sea ejercida por ciertas personas a las que la legislación denomina funcionarios o servidores públicos y que dicha especial relación que le vincula con el bien jurídico lo coloca en una situación privilegiada que se traduce, en términos generales, en dos colorarios.

2. Por un lado, solo el funcionario público podría responder como autor de ciertos delitos (los llamados “delitos especiales propios” o los “delitos de infracción de un deber”), mientras que la responsabilidad del particular (intervención del *extraneus*) en estos delitos es una cuestión que suele ser zanjada a partir de postulados dogmáticos vinculados, precisamente, a las teorías de los delitos especiales y de los delitos de infracción de un deber (García Caveró, 2011; Caro John, 2013), a pesar que la legislación penal ofrece una respuesta expresa (art. 25 CP)<sup>1</sup>. Por otro lado, y con independencia de la postura que se tenga sobre la intervención del *extraneus* y, en su caso, de su fundamentación, es pacífico entender que la relación de custodia o garantía que mantiene el funcionario público con el bien jurídico Administración Pública impacta en la especial intensidad del reproche penal del cual es objeto cuando el vulnera voluntariamente asumido (Olazola Fuentes, 1997).

## 2. El dato empírico

1. La indagación de la responsabilidad penal del funcionario público ha de transitar so-

<sup>1</sup> En lo que aquí interesa: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.”

bre el cause que dibuja la empírica constatación de que corrupción, al menos en su manifestación criminal, se presenta como una lamentable condición inherente al ejercicio de la función pública. Si bien es en los modelos de organización social y estatal que privilegian la transparencia y la rendición de cuentas y que ostentan los índices más elevados de institucionalidad democrática, donde se registran los niveles más reducidos de corrupción, también es verdad que en todos los sistemas sociales existe corrupción. De hecho, en algunos casos, como en el peruano, sus orígenes se remontan a la Colonia (Quiroz, 2013).

Pero han sido los niveles de corrupción alcanzados en las últimas décadas los que demuestran que se trata de una realidad francamente alarmante. Es un lugar cada vez más común afirmar que la corrupción convive plácidamente –y se retroalimenta– con los estamentos jerárquicos más elevados de la política, del sistema de justicia, del sector empresarial; que lava activos para camuflar sus ilícitos beneficios; que impacta negativamente en la calidad de los servicios públicos y obras públicas; e impone elevados sobre costos que son trasladados a la ciudadanía. Lo es también que de esta manera se reducen las posibilidades de las personas para acceder a bienes y servicios públicos que existen para que puedan satisfacer sus necesidades básicas, como salud, educación, seguridad, justicia o empleo. Dicho en pocas palabras, la corrupción vulnera derechos fundamentales (Macedo Bravo, 2015; Defensoría del Pueblo, 2017)).

2. Que los niveles de corrupción son en actualidad insoportables, que han socavado ya los cimientos del Estado social de Derecho y que aumenta con el paso del tiempo, lo sugiere también la última entrega del INEI, correspondiente al periodo enero-junio 2018. En ella se da cuenta que el 54,5 % de la población considera que la corrupción es el principal problema del país; porcentaje que ha aumentado 4,1 puntos en un año: de enero a junio de 2017 el porcentaje de la población que consideraba a la corrupción como el principal problema alcanzó el 50,4 %<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> INEI. Perú: percepción ciudadana gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones: enero-junio 2018. Disponible en: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin\\_gobernabilidad.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_gobernabilidad.pdf)

Por otro lado, el “Informe sobre Las personas y la corrupción: América latina y la corrupción” de Transparencia Internacional indica que en el año 2017 el 79 % de los peruanos consideraba que la corrupción había aumentado con respecto al año pasado<sup>3</sup>. En esa línea, conforme al “Índice de Percepción de la Corrupción” de Transparencia Internacional de 2018<sup>4</sup>, el Perú ocupa el puesto 105 de 180 países, con un puntaje de 35 sobre 100, lo que significa la peor posición del país en la materia desde el 2012. Estudios que cuantifican los costos de la corrupción evidencian lo mismo. Según la Defensoría del Pueblo, la corrupción le ha costado al estado peruano S/. 136,147’000,000.00 en los últimos 17 años, lo que equivale a decir que, aproximadamente, el 10% de presupuesto anual de la nación se desvía en corrupción (Defensoría del Pueblo, 2018). Estos datos han de ser contrastados con aquellos otros que ofrece el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI): solo al 2,9% de la población, durante el periodo enero-junio 2018, afirma que se le solicitó, se sintió obligado o dio voluntariamente regalos, propinas, sobornos, coimas a un funcionario público<sup>4</sup>.

3. De los datos vertidos en el párrafo anterior se desprenden algunas consideraciones. Tal vez la más relevante y evidente sea que el porcentaje de la población al que se le ha solicitado una coima o las ha dado (2,9 %) frente al porcentaje que ve en la corrupción al principal problema del Perú (54,5 %) sugiere que la corrupción que más inquieta es aquella en la que no participa la mayoría de la población pero sus efectos sí son padecidos por todos. O lo que es lo mismo, lo que más preocupa a la mayoría de las personas es la corrupción de la clase política; la corrupción de los poderosos. La principal preocupación que tenemos los peruanos –y esta es una afirmación que puede extrapolarse sin problemas a todos aquellos lugares en donde se aprecien datos similares–

<sup>3</sup> Transparencia Internacional. Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe. Barómetro Global de la Corrupción, 2017. Disponible en: [https://www.transparencya.org/whatwedo/publication/las\\_personas\\_y\\_la\\_corrupcion\\_america\\_latina\\_y\\_el\\_caribe](https://www.transparencya.org/whatwedo/publication/las_personas_y_la_corrupcion_america_latina_y_el_caribe)

<sup>4</sup> INEI. Perú: percepción ciudadana gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones: enero-junio 2018. Disponible en: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin\\_gobernabilidad.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_gobernabilidad.pdf)

se refiere al aprovechamiento indebido del cargo público con fines económicos, políticos, personales o de cualquiera otra índole, por parte de quien, precisamente, se había comprometido a gestionar con probidad y en beneficio de la comunicada la Administración Pública. De lo anterior se deriva la necesidad de cuestionar si el tratamiento jurídico penal que se le dispensa al funcionario público cuando vulnera su deber de fiel administrador de bienes y servicios públicos es adecuado, o si, en todo caso, cabría alguna mejora.

## 3. Rol económico del Estado y corrupción

1. Las eventuales mejoras que podrían implementarse no guardan relación con el rol del Estado como agente económico. Que por regla general la empresa privada persiga lucro y se organice para maximizar su rentabilidad económica, mientras que la actividad estatal se oriente a la satisfacción de las necesidades de las personas, solo indica que responden a finalidades distintas. Pero no autoriza a sostener que la capacidad de gestión de los recursos en una empresa privada es *per se* mayor o mejor, más proba o menos corrupta, que en una empresa estatal, de economía mixta o en una empresa pública-privada. La realidad muestra exitosas y probas experiencias empresariales privadas, y también estatales. Y que así como se han dado escándalos de corrupción en el Estado, estos también se presentan en la empresa privada. De hecho, una de las lecciones que nos dejó el caso *Lava jato* que sacude a toda la región es que la empresa privada puede organizarse como empresa criminal, a tal punto que son cada vez menos las voces que se oponen a la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. Lo anterior no significa que el modelo económico sea irrelevante. Pero no porque existan modelos económicos que sean *per se* más o menos idóneos que otros prevenir la corrupción. Así como la historia ofrece ejemplos de corrupción en Estados que controlan e intervienen la economía, también los hay en economías liberales en las que el Estado a permitido que la empresa privada actúe sin mayor regulación o control. Lo relevantes es –aunque solo sea dicho en términos generales– que a mayor transparencia y rendición de cuentas,

mayores posibilidades de prevenir actos de corrupción, de identificar y sancionar a los responsables<sup>5</sup>.

3. Con todo, suele pasar inadvertida la forma en que los distintos modelos económicos impactan en la problemática aquí estudiada, referida a los conceptos jurídico penal de función pública y funcionario público, así como también las consecuencias prácticas que de ello se derivan y que podrían colisionar con el principio de igualdad. Si se compara a un Estado que tiene iniciativa empresarial y actúa en el mercado como agente económico compitiendo con la empresa privada, con otro Estado cuyo rol en la economía es subsidiario (economía social de mercado) o simplemente no participa en el mercado (economía liberal en el sentido más ortodoxo de la palabra), se advierte, como dato cuantitativo, que en el primer caso existirán más funcionarios públicos que en el segundo, por la simple razón de que más personas trabajarán para el Estado administrando bienes o servicios públicos, mientras que en el segundo caso el bien o el servicio será gestionado por particulares. No se me escapa que a esta afirmación subyace una conceptualización formal de función pública y funcionario público que reivindica la relación contractual o laboral del sujeto con el Estado y no le concede suficiente relevancia al hecho que la función pública, en manos de un trabajador del Estado o de un particular, sigue siendo función pública y por tanto su razón de ser guarda relación con la satisfacción de necesidades y derechos de las personas.

Esta situación se presenta también al interior de los Estados que reconocen y fomentan la iniciativa empresarial privada, como el Perú. En estos casos la misma función pública —salud, administración de justicia, educación, seguridad, fomento del empleo, etc.— es realizada tanto por quienes trabajan para el Estado como por particulares. Sin embargo, el estatuto penal al que se encuentran sometidos es distinto, pues los primeros podrán incurrir en un catálogo más amplio de delitos y

<sup>5</sup> Lo dicho no debe malinterpretarse. Una sociedad democrática y liberal que se organiza como Estado de derecho es el mejor escenario para la preservación y desarrollo de las libertades de las personas y solo por esta razón debe ser preferida sobre otras opciones de organización social.

el desvalor de su comportamiento será reprochado con mayor intensidad al entenderse que ellos, como funcionarios públicos, tienen deberes especiales que no detentan los particulares. El Juez puede incurrir en prevaricato pero no el árbitro. Hasta donde soy capaz de entender, la relación laboral o contractual con el Estado o con una empresa privada no puede justificar esta inequidad en el tratamiento penal de comportamientos valorativamente idénticos y que tienen la misma potencialidad lesiva de los derechos y necesidades para cuya satisfacción existe la función pública.

#### 4. El deber y la infracción del deber en la conceptualización penal de función pública y de funcionario público

1. Tal como se ha esbozado, la atribución de responsabilidad penal al funcionario público por el ejercicio irregular del cargo y la intensidad de la sanción que le corresponde depende del *concepto de función pública* y del *concepto de funcionario público*. Mucho se ha dicho y escrito al respecto. A tal punto que no yerra quien sostiene que existe una consolidada posición doctrinaria y jurisprudencial que construye la responsabilidad penal de los funcionarios o servidores públicos en la, así llamada, infracción del deber.

Si bien no existe unanimidad de criterios a la hora de dotar de contenido a la *infracción del deber*, una relevante corriente jurisprudencial y doctrinaria en el Perú asume, siguiendo los planteamientos de *Jakobs*, que los delitos de infracción de un deber son delitos en los que el autor ostenta un deber institucional, de carácter penal, reconocido por el Estado y por tanto es él, el autor garante, el único responsable de asegurar que dicho deber sea cumplido. Que los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos —o, en todo caso, algunos de ellos— se interpretan como delitos de *infracción de un deber* significaría que en ellos se reprocha al funcionario público por incumplir un deber penal que lo vincula con el Estado como, por ejemplo, la administración leal del patrimonio estatal en el caso del delito de peculado, sin importar si es él quien tiene el dominio (material, dominio del hecho).

Esta tesis parte de la premisa que el Derecho penal protege la vigencia de la norma y no bienes jurídicos. Así pues, el deber penal que subyacería a los delitos de infracción de un deber sería el objeto a tutelar, su incumplimiento daría lugar al injusto penal y su reproche a la imposición de la pena. Desde este punto de vista, se tratarían de delitos formales.

2. Cuatro son las principales consecuencias que acarrea esta tesis de la infracción del deber para el comportamiento típico y la autoría y participación:

(i) En primer lugar, dado que lo relevante es el incumplimiento del deber, es irrelevante si el comportamiento que despliega el autor es activo u omisivo. Pues en ambos casos el sujeto puede incumplir el deber que se le exige cautelar.

(ii) En segundo lugar, y por la misma razón, es también irrelevante quién es la persona que materialmente realiza el comportamiento que causa el resultado lesivo al bien jurídico. Si es el garante quien lo realiza, su comportamiento será expresión de la lesión del deber, y si no impide que otro cree el riesgo típico, la infracción del deber consistirá en haberlo permitido cuando se le exigía evitarlo.

(iii) En tercer lugar, la coherencia sistemática le impone a la tesis de los delitos de infracción de un deber que la intervención delictiva del *extraneus* sea atípica. Al tratarse de un sujeto que no detenta deber alguno frente al Estado, no tendría obligación alguna que infringir para ser penalmente responsable por el delito contra la Administración Pública (teoría de la ruptura del título de imputación). No obstante, al interpretar el art. 25 CP que regula la llamada incommunicabilidad de las circunstancias, la jurisprudencia peruana se había mostrado partidaria de la tipicidad de la intervención del *extraneus* en delitos de infracción de un deber, esto es, ha adoptado la tesis de la unidad del título de imputación y, por tanto, admite la tipicidad de la intervención delictiva de los *extranei*.

(iv) La cuarta consecuencia es, hasta donde soy capaz de ver, la de mayor impacto: fundamentar el reproche penal en la infracción del deber dificulta incorporar en el análisis típico —y en consecuencia también en la individualización de la pena— criterios político-criminales y consideraciones valorativas propias

del Derecho penal mínimo. Si las personas solo podemos relacionarnos con el deber de manera excluyente como garantes o como *extraneus*, si solo cabe detentar o no el deber; si el deber se cumple o se incumple, entonces, la *infracción de un deber* que sustenta la responsabilidad penal sería poco permeable a criterios valorativos, como, por ejemplo, la irrelevancia de la bagatela, la mínima lesividad, la necesaria diferenciación entre injusto penal e injusto administrativo ya otros criterios valorativos que no se encuentran previstos en el derecho positivo. El poco o nulo espacio que esta categoría le reserva a la graduación del deber es tal vez la razón que explica por qué nuestra jurisprudencia se anima a condenar por delito de peculado la utilización de papel bond para uso privado (bagatela)<sup>6</sup>.

3. Soy consciente que existen otras formas de entender la infracción del deber y que responden a distintos fundamentos. Así, por ejemplo, y por citar la autorizada opinión de *Roxin*, la infracción del deber no sería el fundamento del reproche penal ni por tanto de la punición en los llamados delitos de infracción de un deber, pues el delito siempre se fundamenta en la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos (2014). En esta línea de pensamiento, el deber cuya infracción da lugar al delito sería uno de naturaleza extra-penal y sería solo un complemento del reproche penal que se sustenta en la lesión del bien jurídico. Esta conceptualización de la infracción del deber la acuñó *Roxin* en 1963 para explicar la responsabilidad en los delitos imprudente y en la comisión por omisión, en los que el deber extra penal sería el deber objetivo de cuidado y el deber de garante, respectivamente. Si bien esta concepción es permeable frente a criterios político-criminales y valoraciones propias del principio de lesividad de bienes jurídicos y del Derecho penal como *ultima ratio*, no resuelve la cuestión de qué entender por bien jurídico. A tal punto que algunos autores identifican a la norma penal con el bien jurídico. Además, y tal como *Schünemann* ha demostrado (2006, 2018), no tiene mucho sentido incorporar en el injusto penal ni en su reproche un deber

<sup>6</sup> Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia recaída en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011.

extra penal que, en todo caso, daría lugar a responsabilidad no penal (administrativa, disciplinaria, civil, etc.). A tal punto que el propio Roxin ha abandonado ya esta tesis.

4. A pesar del nutrido respaldo que ostenta el entendimiento de los delitos contra la Administración Pública como delitos que se fundan en la infracción de un deber, estimo que, al centrar su atención en la relación que se establece entre el sujeto obligado (funcionario público) y el Estado, pierde de vista la finalidad y razón de ser de la función pública: la satisfacción de las necesidades de las personas por medio de servicios públicos.

Construir el concepto de funcionario público en Derecho penal sobre la base de la relación institucional "sujeto obligado (funcionario público)-Estado" y no de la relación "sujeto obligado (funcionario público)-derechos de las personas" le otorga una innecesaria relevancia al intermediario del servicio público -Estado- e invisibiliza a los titulares destinatarios de los servicios públicos por quienes existen y a quienes debe su rótulo de "servicios públicos", esto es, a las personas. Entender que el deber en Derecho penal vincula al funcionario público con el Estado y no con las personas, como si se tratara de una prestación a favor *solo* del Estado, es priorizar los títulos formales con los que se asume el deberen detrimento del *valor* de los derechos de las personas destinatarias de los servicios públicos y afectados ante su incumplimiento (Terradillos, 1981; Meini, 2015).

Es una concepción que se acomoda con facilidad a las corrientes positivistas del Derecho y desconfía de aquellas otras que impregnan de valores y finalidades a las leyes. Y lo que es más grave, algunos modelos de Estado verán con simpatía esta forma de entender el deber en Derecho penal y su infracción: dado que lo relevante es la existencia de un deber frente al Estado y su infracción, una dictadura o un gobierno totalitario que oriente sus esfuerzos a su preservación, aún a costa de las libertades fundamentales de las personas, impondrá deberes a sus funcionarios y servidores públicos con tal fin y los hará penalmente responsables por no cumplirlos. Pero en un Estado *social* de Derecho la respuesta tiene que ser distinta.

5. No otra cosa se deriva del artículo 1 de la Constitución: "*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*", del art. 2 Const. que proclama que todos tenemos derecho a la salud (2.4. Const.), que reconoce el derecho universal y progresivo a la seguridad social (aer. 2.8. Const.), la obligatoriedad (derecho) de la educación inicial, primaria y secundaria (art. 17 Const.), derechos inherentes al trabajo (arts. 23 Const. ss.), de la dimensión "social" del Estado que se explicita en art. 49 Const. "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana". Como si esto fuera poco, el carácter "social" del Estado peruano ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No es complicado demostrar la existencia de reglas constitucionales o legislativas y de jurisprudencia que señalen que el Estado peruano es un Estado democrático de Derecho. El problema, sin embargo, es hacerse cargo de las consecuencias que impone.

Por definición, un *Estado social* tiene la obligación de velar, garantizar y asegurar la satisfacción de las necesidades humanas, al mismo tiempo que el deber de remover los obstáculos que impidan su realización. Tal sea el art. 9.2 de la Constitución Española el que lo exprese mejor: "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

6. La secuela natural de asumir esta premisa es el reconocimiento de un imperativo moral que pesa sobre el Estado social de derecho, en cuya virtud debe garantizar la existencia de servicios públicos y bienes públicos orientados a la satisfacción de las necesidades de las personas. Cuáles son en concreto las necesidades humanas que el Estado social garantiza, escapa al ámbito de este artículo. Pero no puede dudarse de que se trata, al menos, de aquellas cuya satisfacción permitan disfrutar de vida digna en libertad: educación, salud, seguridad, vivienda, empleo, por citar solo algunos ejemplos. Por tanto, en este nivel de

la argumentación es irrelevante si el modelo económico adoptado por el Estado le faculta a participar o competir en el mercado ofreciendo servicios públicos, o si es la empresa privada o una empresa público-privada la que asume dicha prestación<sup>7</sup>. Relevante es la obligación del Estado social de garantizar las condiciones para que las necesidades básicas de las personas puedan ser satisfechas.

En esta línea se pronuncian tanto el artículo 58 de la Constitución: "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura", como el artículo 77 Const. "(...) El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos. Su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización".

## 5. Tesis

1. Luego de esta extensa contextualización es posible formular la tesis de alguna manera ha sido insinuada. Ella reza: el concepto de funcionario público en Derecho penal se deriva del deber de garante que asume voluntariamente el sujeto frente a la sociedad y no frente al Estado. Por tanto, funcionario o servidor público en Derecho penal es quien, en la prestación o administración de un servicio público, tiene capacidad para vincular al Estado con sus actos o decisiones, o tiene la capacidad para condicionarlo. En pocas palabras, su actuación tiene carácter público.

De esta sutil re-orientación en la fundamentación del deber de garante del funcionario público emanan ciertas consecuencias, entre las que cabe destacar, por ahora, la naturaleza declarativa y no constitutiva de los preceptos que en los Códigos Penales definen a modo de ejemplos en qué supuestos se trata de un funcionario o servidor público, -como el art. 425 CP-. Quién pueda ser considerado para efectos penales como funcionario o servidor público

<sup>7</sup> Nótese, sin embargo, que ningún Estado cede a favor de la empresa privada en todos los terrenos. El pago obligatorio de tributos es un buen ejemplo de lo que se dice.

blico se deriva de la interpretación del concreto comportamiento típico previsto en la Parte Especial de los Códigos penales. De esto se sigue que el funcionario o servidor público podrá incurrir en responsabilidad penal por el incumplimiento de su cargo no solo en los casos de los delitos contra la Administración Pública, tipificados como tales en las leyes penales, sino que también podrá ser inculcado por la comisión de otros delitos que cometa aprovechándose indebidamente de su cargo público.

2. Para probar la plausibilidad de esta tesis organizaré el resto del texto en tres sectores: en primer lugar, indagaré sobre el concepto de servicio público que subyace al de funcionario público, y cómo de la mano de algunos ejemplos es posible identificar los elementos de concepto *funcionario público* en Derecho penal (II); luego, en segundo lugar, pondré en evidencia que la ley penal vigente regula algunos casos en los que se ha equiparado la responsabilidad penal del funcionario público -tradicionalmente entendido- a la de quien, siendo particular según el entendimiento tradicional del término, administra o condiciona la prestación de un servicio público (III); y, en tercer lugar, intentaré argumentar que el concepto material de función pública y de funcionario público que aquí se propone encuentra lugar en el marco legal vigente en el Perú y de cómo, entonces, las dos consecuencias que se han adelantado son aplicables *de lege lata* (naturaleza declarativa del art. 425 CP y posibilidad de infringir el deber funcional en más delitos que los tipificados como delitos contra la Administración Pública) (IV).

## II. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

1. Se ha dicho ya que un Estado social de derecho asume un compromiso ineludible con las personas y sus derechos fundamentales. Que la Constitución reconozca a los derechos sociales como derechos fundamentales de las personas no deja mucho espacio para la discrepancia. Luego, si se somete a la función pública al razonamiento propuesto por *Ihering* hace más de 130 años, quien denunció la intrascendencia de los conceptos jurídicos *per se*

sugirió indagar por la finalidad del Derecho y de la institución jurídica para, a partir de ello, dotar de contenido al concepto jurídico y hacer de él un concepto jurídico funcional a los fines del Derecho, se reveló que de poco o nada sirve conceptualizar a la función pública o al funcionario público sin tener en cuenta su finalidad o razón de ser. Expresado con más énfasis: función pública en un Estado social de Derecho es todo aquello que permite la satisfacción de las necesidades básicas de las personas.

2. Cuestión distinta es quién es el encargado directo de garantizar el servicio público, la función pública o el bien público. Como es obvio, esto depende en gran medida del modelo económico por el que se opte. Pero ni siquiera en las economías de corte liberal y en las sociedades capitalistas más agresivas el Estado renuncia por completo a supervisar y corregir lo que impida la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. Con tal finalidad reservan siempre algún margen de control de la economía, de la seguridad, de la educación, de la administración de justicia, etc. para cumplir con aquello de lo que habla el Contrato Social. En mi concepto, esto puede ser expresado en toda su plenitud como la razón de ser de una sociedad democrática y liberal que se organiza como Estado de Derecho, en la cual todos nos reconocemos recíprocamente iguales ante la ley: el respeto irrestricto a los derechos fundamentales y la obligación del Estado de garantizar las condiciones en las cuales dichos derechos pueden ser realmente ejercidos. En pocas palabras, función y servicios públicos para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas.

3. Una apreciación provisional de lo afirmado hasta este momento sería –para decirlo tomando prestado una frase de *Dworkin*– que si uno se “toma en serio los derechos” en el Estado social de Derecho, funcionario público será quien ejerce función pública, con independencia de su vínculo contractual con el Estado o, en su caso, de la modalidad o naturaleza contractual que tenga con el Estado o con un empleado privado. Sin embargo, con lo dicho hasta aquí solo se ha argumentado que se realizará función pública si se gestiona o administra un servicio público que impacta o

condiciona la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. Pero no se ha respondido todavía a la interrogante de cuándo el ejercicio de dicha función pública convierte a quien la detenta en un funcionario público para el Derecho Penal.

La cuestión que se acaba de plantear se despeja con ayuda del principio de igualdad. No existe razón alguna –o, mejor dicho, no soy capaz de identificar razón alguna– que justifique por qué la función pública que desempeña un funcionario público en el sentido tradicional del término deba generar consecuencias distintas en Derecho penal cuando es practicada por un, así llamado, particular. El razonamiento que emplearé para sustentar esta premisa será comparar supuestos de hecho en los que la ley penal, así como la doctrina y la jurisprudencia, califican a quien ejerce función pública como funcionario público, con otras situaciones en las que dicha calificación no se da, a pesar de tratarse de la misma función pública o servicio público, por el solo hecho de ser un particular quien la realiza. Si se identifica razones que evidencian una identidad en el plano valorativo entre estos supuestos, en aras de la coherencia que impone un tratamiento jurídico igual para situaciones iguales (argumento *a pari*), cabrían solo dos alternativas: (i) o bien aceptar que lo que hoy se consideran supuestos típicos de funcionario público deben dejar de serlo; (ii) o bien admitir que los supuestos que en la actualidad todavía no se consideran como supuestos típicos de funcionarios públicos (privados) deben serlo. Me valdré de seis ejemplos para probar esta premisa:

(i) Primer supuesto: nadie cuestiona la responsabilidad penal por delito de cohecho pasivo que tipifica el artículo 393 del Código Penal cuando un profesor de colegio público o universidad pública acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, o las solicita, directa o indirectamente, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas. Así por ejemplo, se comete delito de cohecho pasivo cuando se solicita una coima para aprobar a un alumno en

un curso que debería suspender, o para otorgar un título profesional o grado académico cuando el estudiante no cumple con los requisitos que establece la ley para tal efecto. Pero si dicha situación se presenta en un colegio privado o en una universidad privada, se sostiene que, al tratarse de un comportamiento que se ha verificado fuera del sector público, quien solicita el beneficio no actúa como funcionario público y, por tanto, no comete delito alguno contra la Administración pública.

Llama la atención, sin embargo, que tanto la actuación de uno como la del otro tienen el mismo efecto nocivo en el servicio público “educación”. De hecho, los grados académicos (bachiller, magister y doctor), así como los títulos profesionales (abogado, médico, ingeniero, etc.) que otorgan las universidades privadas son grados y títulos “a nombre de la nación” que habilitan a su titular a ejercer de la misma y exacta manera una profesión a como lo hacen quienes portan grados académicos y títulos profesionales otorgados por una universidad pública. Por tanto, si en ambos casos los efectos públicos son los mismos y si en ambos casos las consecuencias jurídicas son idénticas, lo único que se puede colegir es que tanto un profesor o autoridad de un colegio o universidad pública cuando actúa a nombre de la nación como un profesor o autoridad de un colegio o universidad privada cuando actúa a nombre de la nación, ejercen función pública y *deben* ser considerados funcionarios públicos para efectos penales.

(ii) Segundo ejemplo: los jueces administran justicia a nombre del Estado y, por eso, son considerados funcionarios públicos. Pero no solo los jueces lo hacen. También los árbitros. Si bien la ley penal vigente ya incorpora a los árbitros y a los miembros de Tribunales Administrativos como posibles autores del delito de cohecho, en razón a que resulta evidente que sus decisiones vinculan al Estado y que sus actos tienen efectos públicos en la prestación del servicio público “administración de justicia”, no sucede lo mismo en otros casos vinculados a la misma función pública. Por ejemplo, la letra de la ley en el delito de prevaricato (art. 418 CP) insiste que solo juez y el fiscal pueden ser autores. No obstante, si, como parece obvio, la solución de una contro-

versia jurídica por parte de un tribunal arbitral tiene el mismo efecto jurídico que se le reconoce a una sentencia emitida por jueces que laboran para el Poder Judicial y vincula a las partes de la misma manera, desde el punto de vista de la igualdad no parece existir razón alguna para que árbitros y jueces sean tratados de manera distinta. La identidad valorativa entre jueces y árbitros es tan nítida y trasparente en el ámbito de la función pública “administración de justicia” que negarla no solo confronta con la razón, sino también con el sentido del principio de lesividad y el de igualdad. Por tanto, no hace falta modificar el art. 418 CP que tipifica el delito de prevaricato para incluir a los jueces, pues a ello se llega interpretando teleológicamente el concepto juez que el prevaricato recoge.

(iii) Tercer ejemplo: aunque en nuestro país no se ha privatizado el servicio público “seguridad y tratamiento penitenciario”, cabe reflexionar en torno a qué pasaría si se diera el caso. Que la función pública “seguridad y tratamiento penitenciario” al interior de un determinado centro penitenciario sea administrada por una empresa privada y ejercida por sus empleados no parece una diferencia sustancial que amerite un tratamiento jurídico penal diferenciado cuando dicha función de seguridad la gestiona el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y son sus funcionarios quienes la ejercen. En ambos casos se ejerce función pública y se *puede* responder como funcionario público para el Derecho penal.

(iv) Cuarto ejemplo: en algunos casos la ley vigente exige alguna certificación médica para alcanzar una determina habilitación estatal o adquirir algún derecho reconocido por el Estado. Sucede así, por ejemplo, para la obtención de la licencia de conducir o para tener reconocido el derecho a portar armas. Que en estos casos el certificado médico haya sido emitido por un médico particular en una clínica o por un médico que labora en el sector público en un hospital, no es obstáculo para reconocer que, si se pone atención en la razón de ser de los actos que ambos realizan y en sus consecuencias, son comportamientos idénticos. ¡El efecto jurídico público es el mismo! Por tanto, habrá que entender que comete delito de cohecho tanto uno como otro si reciben una dádiva para

emitir un certificado indebido a una persona que no acredita las condiciones necesarias, de manera tal que con dicho certificado se expide una licencia de conducir o se reconoce el derecho a portar armas. Argumentar en sentido contrario, invocando que el médico privado no tiene vínculo contractual con el Estado y por eso no sería funcionario público en Derecho penal contraviene el principio de igualdad y deviene en un trato discriminatorio para quienes laboran para el Estado.

(v) Quinto ejemplo: la ley 30424, modificada por la ley 30835, regula la llamada "responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delitos de corrupción". En dicho marco normativo se establece la obligación de las personas jurídicas de diseñar, implementar y ejecutar un programa de prevención de riesgos penales o *criminal compliance*. Según lo regula la ley, estos programas de cumplimiento son diseñados por profesionales privados (abogados, contables, ingenieros, etc.) que pueden o no tener una certificación estatal (de hecho, en el Perú no existe todavía una entidad estatal que pueda certificar a quienes diseñan programa de cumplimiento). Según la ley peruana los programas de cumplimiento tienen capacidad para atenuar y eximir de responsabilidad a la persona jurídica. Este efecto atenuante o excluyente de la responsabilidad administrativa o penal que atribuye el Estado a una persona jurídica por la comisión de infracciones administrativas o delitos, tiene que ser visto como la cesión de una parcela del *ius puniendia* favor del sector privado. Esto ha sido calificado por la doctrina como autorregulación (Kuhlen, 2013): el nivel de riesgo prohibido en la actividad empresarial y, como consecuencia, qué es un comportamiento prohibido, ya no lo determina el legislador en términos generales o el Juez en el caso en concreto, sino profesionales privados para cada persona jurídica. Que no se reconozca como funcionarios públicos a quienes diseñan programas de cumplimiento penal con efectos atenuantes o exculpantes de responsabilidad penal o administrativa, por el solo hecho de ser profesionales privados es, de nuevo, una contradicción frente al principio de igualdad que relativiza la razón de ser de la función que se desempeña.

(vi) Sexto ejemplo: el art. 4° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto Le-

gislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, dado mediante Decreto Supremo N° 010-2010-JUS, proclama que "el notario no es funcionario público para ningún efecto legal". No obstante ello, el Tribunal Constitucional ha dicho que "toda la información que el Notario origine en el ejercicio de la función notarial y que se encuentre en los registros que debe llevar conforme a ley, constituye información pública"<sup>8</sup>. Y, como es obvio, la razón de ser de los notarios es dar fe pública de actos y acuerdos, y cuando lo hacen, el documento en donde consta tiene la naturaleza de documento público al vincular al Estado.

4. Los seis casos expuestos tienen dos denominadores en común. Por un lado, son casos en los que se ejerce servicio público, entendido por tal un servicio que el Estado social de derecho debe garantizar para que las necesidades básicas de las personas puedan ser satisfechas. Por otro lado, —y es este el que me interesa enfatizar— resulta indiferente si el servicio público es practicado por un privado o por una persona que labora para el Estado, pues en todos los ejemplos propuestos las decisiones que toman y los actos que realizan las personas que ejercen función pública vinculan al Estado y, por tanto, tienen los mismos efectos públicos. El artículo 103 de la Constitución que proclama que "pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas" ahonda en lo dicho. Pues, si la única diferencia detectada en los casos propuestos es el vínculo contractual que une al sujeto con el Estado o con un empleador privado, dicha diferencia, que no guarda relación con la finalidad y razón de ser del servicio público (satisfacción de las necesidades y derechos de las personas), no puede generar desigualdades en el trato. Hacerlo sería admitir que en estos casos la ley penal se aplica de manera diferente por razón de las diferencias de las personas.

5. Así, al primer elemento del concepto de funcionario público, que permite considerar de manera genérica y amplia como tal en Derecho penal a quien ejerce función o servicio público, se le añade ahora un elemento ulte-

<sup>8</sup> Exp. N° 00301-2004-PHD/TC y 04566-2004-PHD/TC.

rior que acota con más precisión el universo de posibles funcionarios públicos en Derecho Penal: el funcionario público, además de ejercer función o servicio público, *vincula al Estado con sus actos*. El deber frente a la colectividad de administrar el servicio público con probidad, oportunidad e idoneidad es, precisamente, lo que exige su razón de ser.

### III. EJEMPLOS DE FUNCIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL

1. En ciertos casos, la ley vigente equipara el tratamiento penal entre privados y públicos cuando se afecta el servicio público o bienes públicos. Sucede así, por ejemplo, con el ya mencionado caso del árbitro en el delito de cohecho. Pero lo mismo ocurre en otros casos. Por ejemplo, el artículo 46.2 del Código Penal establece que "*constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos*". Lo que hace en este caso el derecho positivo es reconocer que la distorsión, alteración o perturbación de lo público tiene un desvalor particular y superior frente al deterioro o perjuicio de los bienes privados. Y, como estas circunstancias agravantes pueden ser aplicadas tanto a particulares como a funcionarios públicos, se pone de relieve, una vez más, que lo relevante no es si el sujeto es considerado funcionario público o privado, sino la lesividad potencia de su comportamiento frente a lo público. Dicho en pocas palabras, lo material prevalece frente lo formal.

2. Otro ejemplo de lo que se señala es el artículo 46-A del Código Penal, que regula la llamada "circunstancia agravante por condición del sujeto activo". En lo que aquí importa, este precepto indica que "*constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas cuyo uso le sea autorizado por su condición de fun-*

*cionario público*". Este precepto es argumento suficiente no solo para seguir demostrando que por regla general el derecho positivo desvalora con especial intensidad la infracción del deber del funcionario, sino también para comprobar que el aprovechamiento indebido del cargo del funcionario público puede darse tanto en los delitos contra la Administración Pública, como en cualquier otro delito que se encuentre tipificado como delito común, por ejemplo, una estafa o defraudación, una violación sexual o una falsedad documental.

3. La importancia de lo público frente a lo privado y la irrelevancia del vínculo contractual que el sujeto pueda tener con el Estado o con un empleador privado, es puesta de manifiesto cuando el artículo 186 del Código Penal regula como circunstancia agravante del delito de hurto (luego se replica en otros delitos contra el patrimonio), que el delito se cometa "*sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transportes de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad o telecomunicaciones*" o "*sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para la exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización o abastecimiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados, conforme a la legislación de la materia*".

4. Todos estos casos demostrarían que la ley penal vigente pone especial atención y reprocha con particular ahínco la afectación del servicio público o de bienes públicos, en comparación con los delitos en que lo público no resulta afectado. La razón parece obvia: la lesividad del delito es mayor, impacta negativamente y con más energía en la colectividad y, por tanto, atenta contra el derecho de las personas de acceder a bienes y servicios públicos como medios para la satisfacción de sus necesidades.

### IV. MARCO LEGAL

1. El concepto material de funcionario público que aquí se propone, como sujeto que administra un servicio público cuya decisión o actuación vincula al Estado y por tanto tiene efectos jurídicos públicos, está en línea con

lo que establece la Constitución Política del Estado y con el concepto de función pública y funcionario público que prevé tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por el Perú el 21 de marzo de 1997, como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, aprobada por el Perú el 06 de octubre de 2004.

2. El artículo 39 de la Constitución proclama que “*todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación*”. Es verdad que, por aquello de que de A@B, lo único lo que resulta válido deducir es ~B@~A, y, por tanto, del artículo 39 de la Constitución no se puede inferir automáticamente y *per se* que todas las personas que se encuentren al servicio de la nación son funcionarios públicos. Pero sí es correcto entender que la Constitución le asigna un valor especial al servicio a la nación cuando se pronuncia en torno a quiénes son funcionarios públicos. Y, en la medida en que el “servicio a la Nación” se interprete como una actuación en pos de los fines de la Nación, orientada por y hacia la razón de ser de la Nación, se puede argumentar que la Constitución habilita a entender, como se hace aquí, que funcionario público es todo aquel que vincula al Estado con sus actos y decisiones.

3. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su artículo 2 qué ha de entenderse por funcionario público: “*ii) toda 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*”. Similar redacción ofrece el art. I de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, que define a la “función pública” como “*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*” y al “funcionario público” o “servidor público” como “*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*”.

Estos dos instrumentos internacionales anclan el concepto de “función pública” en la actividad que realiza la persona *en nombre del Estado* y no en su vínculo contractual con el Estado. En otras palabras, tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción le otorgan una relevancia esencial al hecho que el *funcionario público vincule al Estado con sus actos, prescindiendo del vínculo contractual*.

4. Ahora bien, dado que tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción forman parte del ordenamiento jurídico peruano, y los artículos en donde se define a la “función pública” y al “funcionario o servidor público” son cláusulas auto-aplicativas, esto es, no necesitan de ulterior desarrollo legislativo para ser incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, cabe interpretar que, *de lege lata*, son conceptos aplicables al Derecho penal peruano en virtud del art. 425.7 CP, que indica que son funcionarios y servidores públicos “*los demás indicados por la Constitución Política y la ley*”.

De hecho, el art. 4125.7 CP resulta ser suficiente para entender que la interrogante acerca de a quiénes debe considerarse funcionario público en Derecho penal se responde a partir de los tipos penales de la Parte Especial, esto es, de la propia ley penal. En efecto, dado que ellos se regulan los comportamientos típicos, el círculo de posibles autores de un concreto delito contra la Administración Pública quedará acotado no solo por el concepto aquí ofrecido de funcionario público (quien ejerce función pública y vincula al Estado con sus actos), sino, además, por la concreta dimensión de la función pública que protege el tipo penal. Así, por ejemplo, la dimensión de la función pública en el caso del delito de peculado se refiere al funcionario público como administrador leal de bienes y servicios públicos, la del delito de colusión desleal a la del funcionario público como garante de las reglas de la libre competencia en la contratación estatal, y así sucesivamente.

## V. CONCLUSIÓN

En un Estado social de Derecho la razón de ser de la función pública se encuentra en la satisfacción de las necesidades de las personas que les permita vivir con dignidad y en libertad. Dado que el concepto de función pública no puede edificarse al margen de su función, se construye sobre la relación entre el sujeto que administra la función pública y las personas beneficiarias de dicho servicio. Si el sujeto que ejerce función pública vincula al Estado con sus actos y decisiones, si sus actos tienen efectos jurídicos públicos, debe ser considerado funcionario público en Derecho penal. Este concepto de funcionario público calza perfectamente en la Convención Interamericana contra la Corrupción y en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción y, en consecuencia, en el art. 425.7 del Código Penal. Por tanto, los seis supuestos descritos en este texto (el árbitro, quienes diseñan programas de cumplimiento penal, los médicos que otorgan certificados que habilitan el ejercicio de derechos, los profesores y autoridades de colegios y universidades, los eventuales empleados de empresas que ejercen funciones de seguridad en centros penitenciarios y los notarios), *de lege lata*, son supuestos típicos de funcionarios públicos.

Cuestión distinta es si todos ellos pueden cometer los mismos delitos contra la Administración Pública. Sostengo que no. Pues ello depende del concreto comportamiento típico que se prohíbe en el tipo de la Parte Especial. En la medida en que los tipos penales de la Parte Especial son tipos de autoría y como tales describen solo comportamientos de autores y no de partícipes o instigadores, responder a la pregunta de quién es funcionario público en Derecho penal puede hacerse en términos generales, como en el presente texto, sosteniendo que son aquellas personas que ejercen funciones públicas o brindan servicios públicos y vinculan al Estado con sus actos. Pero la única manera de saber quién puede cometer un concreto delito contra la Administración Pública es indagando por el bien jurídico protegido en el delito y delimitando teleológicamente el comportamiento típico. Y es así porque cada delito contra la Administración Pública atiende a una dimensión dis-

tinta de la función pública. Así, por ejemplo, el funcionario público que responde como autor en el delito de peculado será, como en cualquier otro delito, quien ejerza funciones públicas y vincule al Estado con sus actos, pero la particularidad que aporta el delito de peculado hará que, además, el autor solo pueda ser un administrador de bienes o caudales confiados al Estado. Lo mismo sucede, por ejemplo, con el delito de colusión, en donde el autor será un funcionario o servidor público, pero la característica que le permitirá ser autor de este delito es ser garante de llevar con probidad y vigilando los intereses del Estado un concurso, una licitación o una contratación pública. Y así, sucesivamente, en todos y cada uno de los delitos contra la Administración Pública.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARO JOHN, J.A. (2003). “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, Anuario de Derecho Penal, Lima.
- CARO JOHN, J.A. (2013). “Autoría y participación: los grados de intervención delictiva”, J. Buompadre (dir.), Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal. Un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete, Nº 8.
- Defensoría del Pueblo (2017). Reporte de la corrupción en el Perú. Nº 1. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf>
- Defensoría del Pueblo (2018). Reporte de la corrupción en el Perú. Nº 2. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-La-Corrupcion-en-el-Peru-N-2.pdf>
- GARCÍA CAVERO, P. (2011). “La pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales”, Anuario de Derecho Penal 2009: La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú, Nº 14.
- JAKOBS, G. (2001). “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, Jakobs, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal*, (Cancio Meliá, trad.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- KUHLEN, L. (2013). “Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal”, (Kuhlen/Montiel/Ortiz de Ubina, eds.), Compliance y teoría del derecho penal, Marcial Pons, Madrid.

- MACEDO BRAVO, F. (2015). *Los actos de corrupción como violaciones de derechos humanos. Una argumentación desde la teoría del discurso racional de Robert Alexy*. Tesis de Maestría, PUCP. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6485>
- MEINI, I. (2015). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Teoría del delito*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima.
- OLAIZOLA FUENTES, I. (1997). "Concepto de funcionario público a efectos penales", (Asúa Batarrita, Coord., *Delitos contra la administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao.
- PARIONA, R. (2010). *Täterschaft und Pflichtverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten*, Nomos, Baden-Baden.
- QUIROZ, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos/Instituto de Defensa Legal, Lima.
- ROXIN, C. (2014). *Derecho penal: Parte general. Tomo II: Formas especiales de aparición del delito* (Luzón Peña y otros, trad), Civitas, Pamplona.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, Madrid.
- SCHÜNEMANN, B. (2006). "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar del otro", *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer Milenio*, Idemsa, Lima.
- SCHÜNEMANN, B. (2018). "Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales", *Derecho PUCP*, Nº 81, 2018.
- TERRADILLOS, J.M. (1981). "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal" *RFDU CM*, Nº 63.