



PGE | Procuraduría General
del Estado

Centro de
Formación y
Capacitación



Gobierno del Peru



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024

Curso “Dogmática y jurisprudencia en delitos de corrupción”

■ Concepto de funcionario
público en el Derecho Penal

Mg. David Torres Pachas



CONTENIDO

01

Preámbulo

02

Concepto de funcionario público a efectos administrativos

03

Concepto de funcionario público a efectos penales

04

Casos problemáticos



PGE

Procuraduría General del
Estado



1

Preámbulo

Bien jurídico

- ▶ Concepto. Tipos.
- ▶ Correcto y regular funcionamiento de la administración pública (postura dominante)
- ▶ El bien jurídico lo componen los principios, garantías determinan el correcto funcionamiento de la administración pública.
- ▶ No se protege a la Administración en sí misma (como un conjunto de órganos o instituciones). Se protegen los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen
- ▶ Bienes jurídicos específicos
 - ▶ Perfil del sujeto activo

Fundamento

- ▶ Fundamento:
- ▶ 1. Lucha contra la corrupción como **interés preponderante**. STC Exp. N° 00019-2005-AI/TC (caso Ley Wolfenson).
- ▶ 2. La lucha contra la corrupción como **interés internacional**. STC Exp. N° 1271-2008-HC (caso José Enrique Crousillat)
- ▶ 3. La lucha contra la corrupción como **mandato constitucional**. Exp. N° 0006-2006-CC/TC (caso MINCETUR) R. de Aclaración.
- ▶ 4. La prohibición de la corrupción como **principio constitucional**. Exp. N° 9-2007-PI/TC, 10-2007-PI/TC. APC.
- ▶ 5. **Principios constitucionales del correcto funcionamiento de la Administración Pública como bien jurídico** (Cap. IV, tít. I Const.). STC Exp. 00017-2011.
 - ▶ Incluye derecho a la buena administración e interés general
 - ▶ Colusión: transparencia, imparcialidad, libre competencia y trato justo a proveedores (art. 76).



2

Concepto de funcionario público a efectos administrativos



Funcionario público a efectos administrativos (i)

- Capítulo IV de la Constitución Política del Perú titulado “De la función pública” hace alusión a los funcionarios y trabajadores públicos.
- Dispone quiénes no se encuentran comprendidos en la denominada carrera administrativa.
- La carrera administrativa no engloba a la totalidad de los funcionarios públicos

Carrera Administrativa

Artículo 40.- La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

“ Por ley, con el voto favorable de más de la mitad del número legal de los congresistas, se amplía temporalmente la excepción del párrafo anterior, para el personal médico especialista o asistencial de salud, ante una emergencia sanitaria.”(*)

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos. (**)

Funcionario público a efectos administrativos (ii)

- Regulación del régimen laboral público:
 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo N.º 276)
 - Decreto Legislativo N.º 728
 - Régimen especial de Contrataciones Administrativas de Servicios (CAS), regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057.

Funcionario público a efectos administrativos (iii)

- **Ley Marco del Empleo Público - Ley N.º 28175.**
 - Clasificación del personal del empleo público: funcionario público, empleado de confianza y servidor público.
- **El artículo 4.1º señala sobre el funcionario público:**
 - Artículo 4. 1.-“El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan política de Estado y/o dirigen organismos o entidades pública”
 - Según la Ley Marco del Empleo Público, el funcionario público puede ser:
 - a. De elección popular directa y universal o confianza política originaria
 - b. De nombramiento y remoción regulados
 - c. De libre nombramiento y remoción

Funcionario público a efectos administrativos (iv)

- **Reglamento del Decreto Legislativo N.º 276 “Ley de bases de la Carrera Administrativa” (Decreto Supremo N.º 005-90-PCM)**
 - **Artículo 4º.-** Considerárase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por la ley.
- **Ley N.º 27785 “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”:**
 - **Servidor o funcionario público:** Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.

Funcionario público a efectos administrativos (v)

- **Ley del Servicio Civil N.° 30057**, publicada el 3 de julio de 2013. Trabajador público como servidor civil.
- El artículo 2° clasifica al servidor civil en los siguientes grupos:
 - Funcionario público.
 - Directivo público.
 - Servidor Civil de Carrera.
 - Servidor de actividades complementarias
- **Artículo 3: Funcionario público.** Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.

Funcionario público a efectos administrativos (vi)

- **Código de Ética de Función Pública. Ley N.º 27815.**
- **Artículo 4.- Servidor Público**
- 4.1 Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado.
- 4.2 Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto.
- 4.3 El ingreso a la función pública implica tomar conocimiento del presente Código y asumir el compromiso de su debido cumplimiento.

Funcionario público a efectos administrativos (vii)

- Diversas normas del ordenamiento jurídico peruano han buscado definir al funcionario público.
- Heterogénea y variada normativa que brinda diferentes clasificaciones y definiciones de los servidores públicos.
- Tendencia a abarcar mayores supuestos de personas.



3

Concepto de funcionario público a efectos penales



Funcionario público a efectos penales (i)

- Elemento normativo del tipo.
- ¿Cuáles son los elementos que distinguen al funcionario público a efectos penales?
 - Un título habilitante / Incorporación heterónoma
 - Participación o posibilidad efectiva de participar en la función pública
 - Nota: En algunos supuestos requiere de criterios complementarios (adscrito a ente público, forma de designación, uso/manejo de fondos públicos, regulación/leyes, supervisión CGR).

A. Título habilitante

- Incorporación a la Administración Pública. Tres formas para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado.
 - **Selección:** Ingreso a la Administración Pública a través de concursos públicos (Art. 425 incisos 1, 3 y 5 del Código Penal)
 - **Designación:** Ingreso a la Administración Pública sin concurso. Ejemplos: personal de confianza (Art. 425, inciso 2); personal que labora en la modalidad de locación de servicios (Art. 425, inciso 3). Otros regulados en norma especial (nombramiento, vigencia, remoción), como el Defensor del Pueblo, Fiscal de la Nación, Contralor.
 - **Elección:** Art. 31 de la Constitución Política. Nombramiento proviene de comicios electorales (Art. 425, inciso 6).

B. Participación o posibilidad efectiva en la función pública

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Artículo I Definiciones

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

"Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.



PGE

Procuraduría General
del Estado

Centro de
Formación y
Capacitación



Gobierno del Peru



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024

Funcionario público a efectos penales (ii): instrumentos internacionales

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

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 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;

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

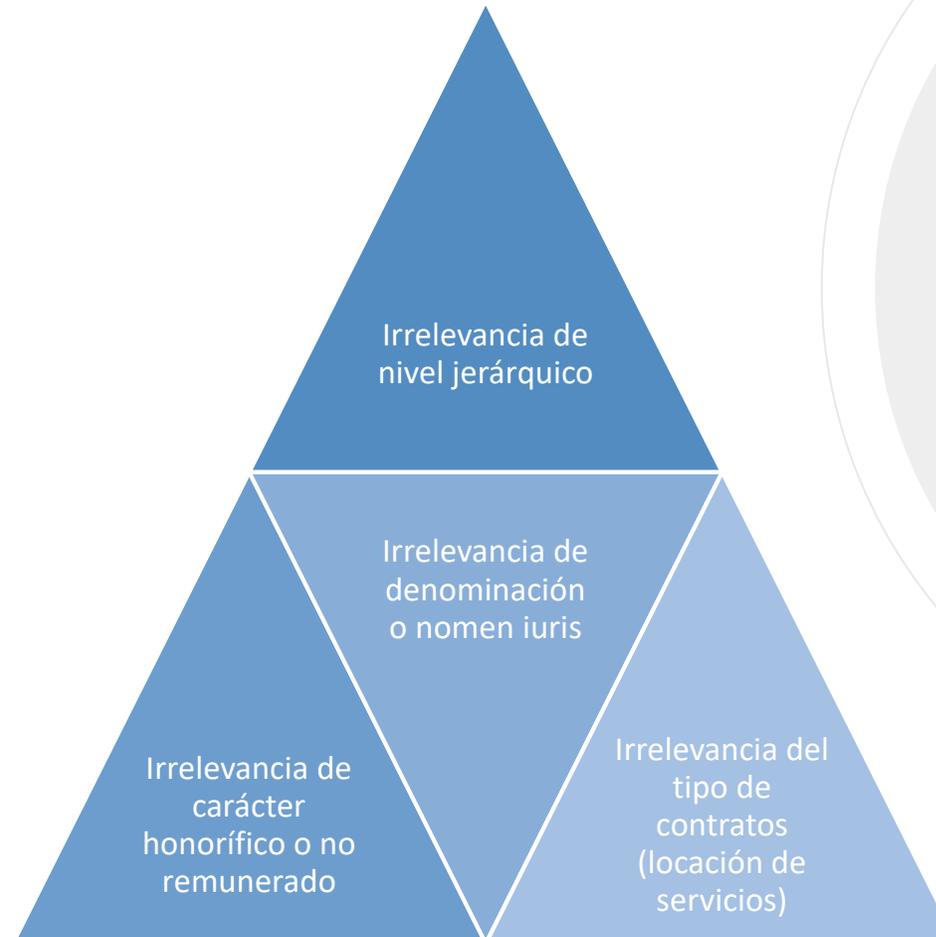
Artículo I Definiciones

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

"Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

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

■ Funcionario público a efectos penales (ii): instrumentos internacionales



Funcionario público a efectos penales (iii): Código Penal peruano

- No se cuenta con un concepto de funcionario público a efectos penales.
- Código penal peruano utiliza los términos: funcionario público, servidor público y autoridad.
- Listado genérico en el artículo 425º del Código Penal.
 - **Origen: artículo 361º-B del Código Penal de 1924**
 - **Se consideran funcionarios o servidores públicos:**
 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa, aun cuando desempeñen cargos políticos o de confianza.
 2. Los funcionarios o servidores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado.
 3. Los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Funcionario público a efectos penales (iii): Código Penal peruano

➤ Artículo 425º del Código Penal (original)

Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado.

Carrera Administrativa

Artículo 40.- La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

" Por ley, con el voto favorable de más de la mitad del número legal de los congresistas, se amplía temporalmente la excepción del párrafo anterior, para el personal médico especialista o asistencial de salud, ante una emergencia sanitaria."(*)

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos. (**)

Funcionario público a efectos penales (iii): Código Penal peruano

➤ Artículo 425º del Código Penal (Modificación - Ley Nº 26 713 / año 1996)

Se consideran funcionarios o servidores públicos

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Funcionario público a efectos penales (iii): Código Penal peruano

➤ Artículo 425º del Código Penal (Modificación - Ley N° 30124 / año 2013)

Son funcionarios o servidores públicos:

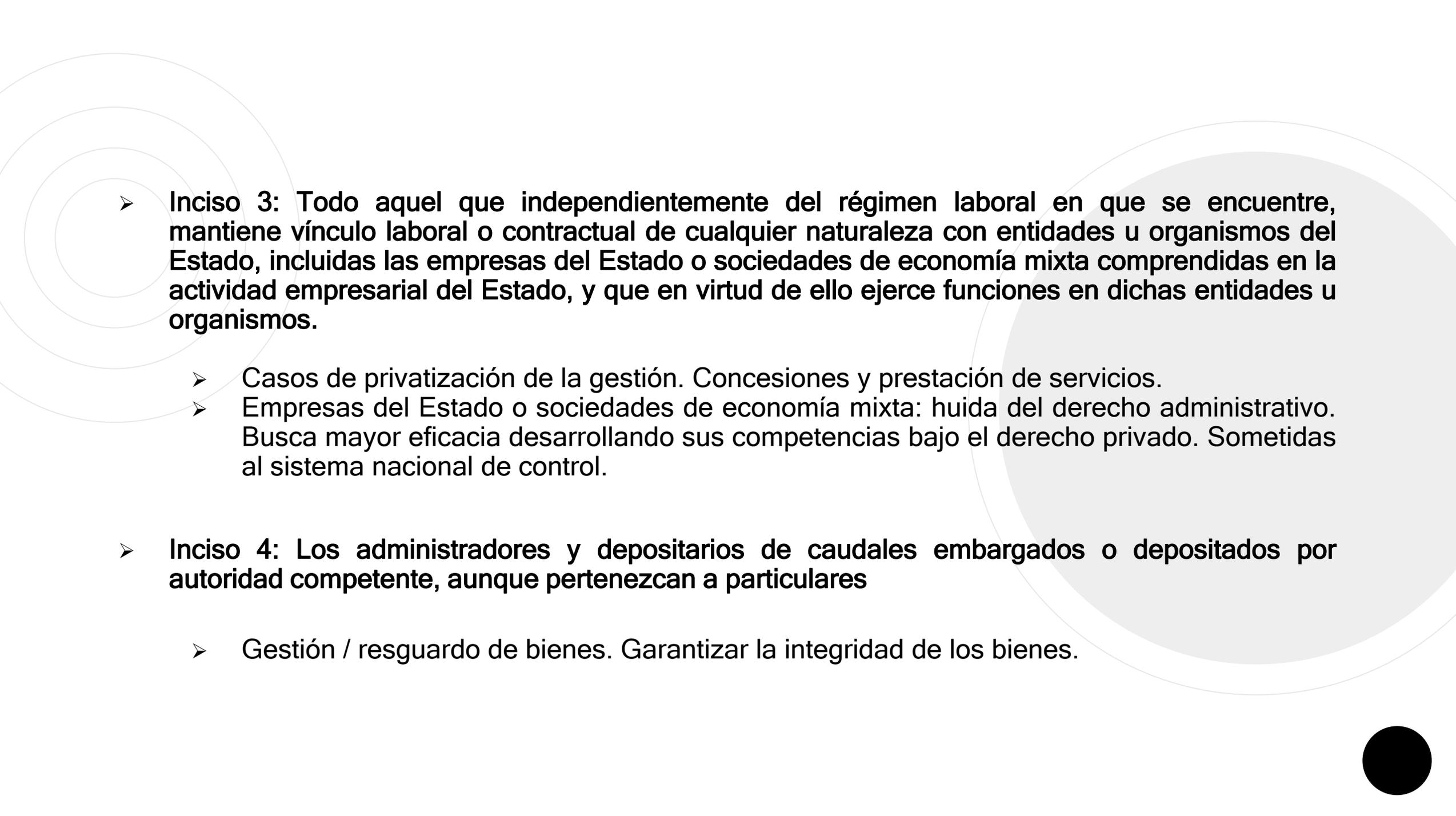
1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. **Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.**
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

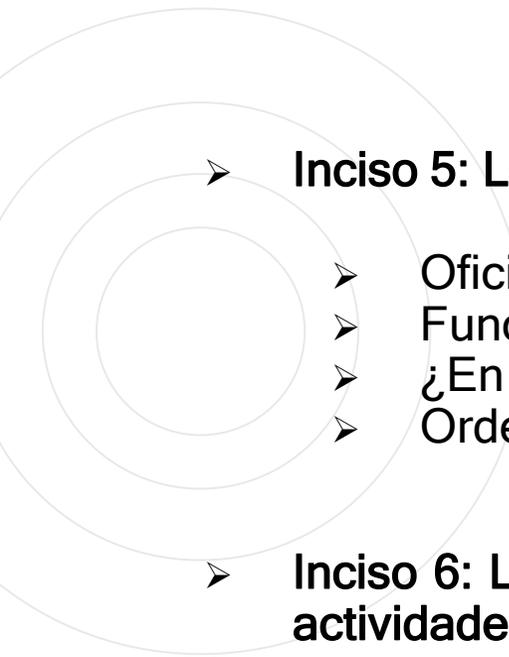
Funcionario público a efectos penales (iii): Código Penal peruano

Artículo 425º del Código Penal

Son funcionarios o servidores públicos:

- **Inciso 1: Los que están comprendidos en la carrera administrativa**
 - Forman parte del régimen laboral público, el cual se encuentra regulado en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (DL. 276).
- **Inciso 2: Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular**
 - Congresistas de la república / cargo de confianza: designados libremente

- 
- **Inciso 3: Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.**
 - Casos de privatización de la gestión. Concesiones y prestación de servicios.
 - Empresas del Estado o sociedades de economía mixta: huida del derecho administrativo. Busca mayor eficacia desarrollando sus competencias bajo el derecho privado. Sometidas al sistema nacional de control.
 - **Inciso 4: Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares**
 - Gestión / resguardo de bienes. Garantizar la integridad de los bienes.
- 



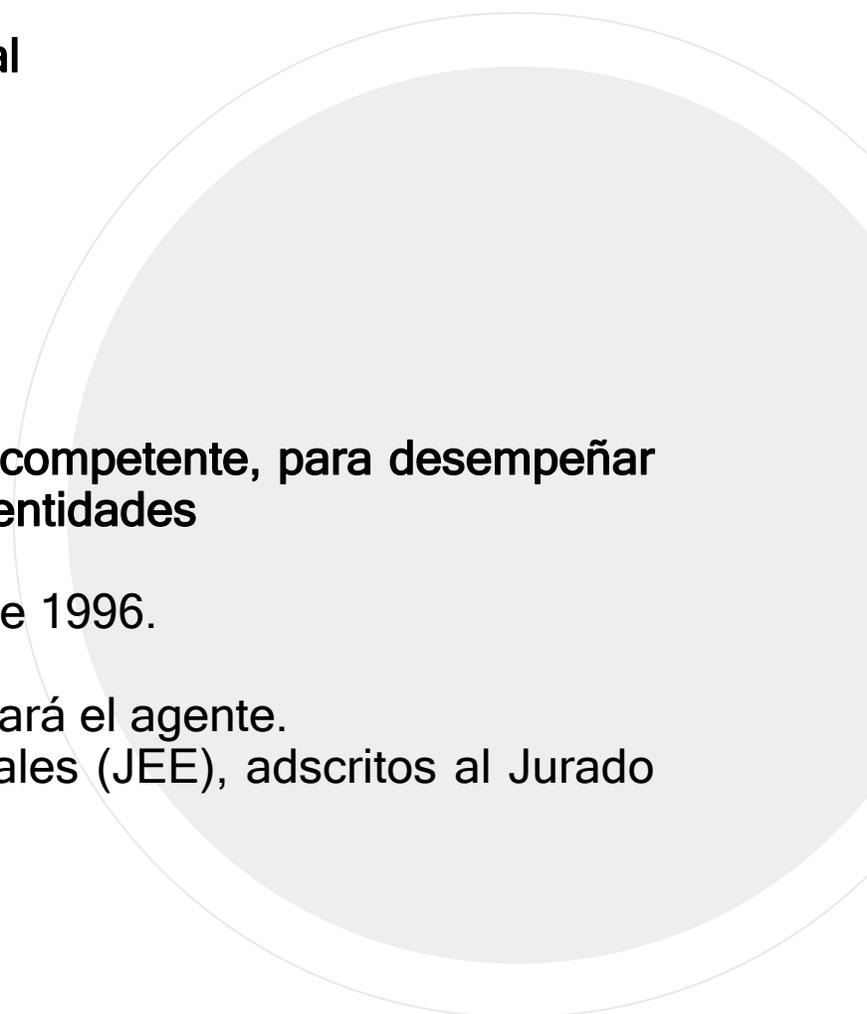
➤ **Inciso 5: Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional**

- Oficiales / suboficiales / personal subalterno
- Funcionarios de carrera o asimilados.
- ¿En situación de retiro?
- Orden público y seguridad interna.

➤ **Inciso 6: Los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades**

- Sigue la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996.
- Funcionarios que aun no han ocupado el cargo.
- Toma como base la futura función pública en la que participará el agente.
- Elegidos: proclamados por los Jurados Electorales Especiales (JEE), adscritos al Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

➤ **Inciso 7: Los demás indicados por la Constitución Política y la ley**

- No lista cerrada.
- 
- 

Proyecto de Nuevo Código Penal

Artículo 17 del Proyecto de Nuevo Código Penal.- Para efectos de la ley, son funcionarios o servidores públicos:

1. Los comprendidos en la carrera administrativa
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular
3. Los que independientemente del régimen laboral en que se encuentren, mantienen vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejercen funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares;
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional
6. Los señalado en los numerales anteriores con independencia de su ubicación jerárquica, remuneración, antigüedad y estabilidad en el cargo, incluidos los que han sido designados, electos, proclamados o nombrados para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o de sus entidades.
7. Los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado.
- 8. Los que expresamente están señalados en los tipos penales**
9. Los funcionarios o servidores públicos de otros estados o de organismos internacionales. En estos casos, la ley penal peruana se aplica cuando no proceda la inmunidad.
10. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.



4

Casos problemáticos



Casos problemáticos



Arbitraje



Notario Público



PGE

Procuraduría General del Estado

Centro de Formación y Capacitación



Gobierno del Peru



BICENTENARIO DEL PERÚ 2021 - 2024

Caso Montesinos

EXP. N.º 2758-2004-HC/TC
LIMA
LUIS GUILLERMO BEDOYA DE VIVANCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido que si se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que debe considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal.

ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: PRESCRIPCIÓN: PROBLEMAS ACTUALES

15°. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

- A. Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.
- B. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.



PGE

Procuraduría General del Estado

Centro de Formación y Capacitación



Gobierno del Peru



BICENTENARIO DEL PERÚ 2021 - 2024

Caso Alberto Kouri

CORTE SUPREMA
SALA PENAL ESPI
EXP. N° 06 - 2001
CASO: KOURI BUM
ENRIQUECIMIENTO
LIMA

SENTENCIA

Lima, veintidós de marzo del
dos mil dos.-

VISTOS: en A
proceso penal número seis – dos mil uno, seguido
Emilio Kouri Bumachar por el delito de Corrupción
cohecho pasivo propio – y Enriquecimiento Ilícito
Estado; **interviniendo como Director de Debates**
señor Julián Rodolfo Garay Salazar; RESULTA
en mérito a la Resolución Legislativa del Congreso
número cero quince – dos mil - CR, de fojas
veinticinco de enero del dos mil uno, que declara la
formación de causa contra Luis Alberto Emilio Kouri
presunta comisión de los delitos de Corrupción de la
modalidad de Cohecho Propio y Enriquecimiento Ilícito
los artículos trescientos noventa y tres y cuatro del
Código Penal, y en mérito de la denuncia formalizada
Fiscal de la Nación que corre a fojas doscientos

..//..

situaciones y relaciones y situaciones jurídicas no reguladas por otras leyes; la Convención Interamericana de Anticorrupción no es incompatible con el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal; **Décimo tercero:** que, constitucionalmente **LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION NO COLISIONA CON EL ARTICULO CUATROCIENTOS VEINTICINCO DEL CODIGO PENAL**, porque, según el artículo cincuenticinco de la Constitución Política del Perú esta Convención forma parte del derecho interno; por su naturaleza esta parte de la Convención que prescribe que los ciudadanos elegidos son Funcionarios Públicos, es de aplicación inmediata, es decir, la Convención citada añade una cláusula al artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal; **Décimo cuarto:** que, el Status de **CONGRESISTA ELEGIDO**, corresponde a Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar esta situación se acredita por prueba notoria consistente en el resultado General de las Elecciones de Abril del dos mil, dado a conocer oficialmente el tres de junio del citado año por el Jurado Nacional de Elecciones y que retro trayendo al nueve de abril del dos mil, fecha de la votación, se llega a determinar que los ciudadanos respectivos habían elegido al acusado como Congresista, este resultado fue ratificado por las

..//..



PGE

Procuraduría General del Estado

Centro de Formación y Capacitación



Gobierno del Peru



BICENTENARIO DEL PERÚ 2021 - 2024



Caso bomberos



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISIÓN SENTENCIA N.º
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN

TERCERO. Que las sentencias impugnadas en revisión establecieron que se utilizó o usó motobombas de la CGBVP, pese a que tiene un fin social determinado para acudir en caso de siniestros, en beneficio de las actividades particulares de la empresa ALFA GAS SA, cuyo representante legal era el accionante Julio Guillermo Lebrum Magde. En tal virtud, se le condenó como cómplice primario del delito de peculado de uso doloso (artículo 388, primer párrafo, del Código Penal, modificado por Ley número 29703, de diez de junio de dos mil once). Como fundamento jurídico de la condena se invocó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción –en adelante, la Convención–, cuyo artículo 3 estipula que “[...] *funcionario público es toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público*”; asimismo, se hizo referencia al artículo 1 de la Ley 27067, de veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, que estatúa que el CGBVP es una entidad con personería jurídica de derecho público interno y constituye un pliego presupuestal.

nombramiento por autoridad competente –determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta–.



PGE

Procuraduría General del
Estado

MUCHAS GRACIAS
