

Concepto de funcionario público en el derecho penal: presupuestos y alcances desde la jurisprudencia y doctrina

Concept of public official in criminal law: assumptions and scope from jurisprudence and doctrine

Henry-Mark Vilca-Apaza^{1,a}, Lid Beatriz Gonzales Guerra^{2,b}, William Otazú Pinto^{3,c}
Goretti Pionia Becerra Mollo^{4,d}, y Ányela Yésica Flores Yapuchura^{5,e}

¹Universidad Nacional del Altiplano, Puno, Perú.

²Fiscalía Provincial de Prevención del Delito en Asuntos Aduaneros y Propiedad Intelectual de Puno.

³Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, Perú.

⁴Órgano de Control Institucional – PEBLT, Perú.

⁵Universidad Nacional del Callao, Perú.

^aORCID: [0000-0001-6982-7645](https://orcid.org/0000-0001-6982-7645) E-mail: hvilca@unap.edu.pe

^bORCID: [0009-0004-3945-8008](https://orcid.org/0009-0004-3945-8008) E-mail: ligonzalesdj@mpfn.gob.pe

^cORCID: [0009-0003-8146-8077](https://orcid.org/0009-0003-8146-8077) E-mail: wilotazp@gmail.com

^dORCID: [0009-0001-0429-7134](https://orcid.org/0009-0001-0429-7134) E-mail: gbecerra.bm@gmail.com

^eORCID: [0000-0002-9934-4609](https://orcid.org/0000-0002-9934-4609) E-mail: ayfloresy@unac.edu.pe

Recibido: 12/10/2025

Aceptado: 05/12/2025

Sección: Artículo Original

Resumen

Los delitos de infracción de deber exigen que el sujeto activo del delito ostente una condición especial, el ser funcionario público. Sin embargo, en la praxis jurídica no siempre es fácil determinar quién tiene tal cualidad, especialmente cuando se trata de servidores con un vínculo poco convencional con el Estado. En ese marco, la investigación tiene por objeto analizar los presupuestos y alcances del concepto de funcionario público en el ámbito del derecho penal desde la doctrina y la jurisprudencia, especialmente en la figura del bombero, el locador de servicios, el practicante, el cadete de las FF.AA. y el estudiante miembro de Consejo Universitario. El estudio corresponde al enfoque cualitativo y diseño descriptivo-hermenéutico. La unidad de análisis estuvo conformada por sentencias del Tribunal Constitucional y Casaciones de la Corte Suprema del Perú. Como instrumento de recolección de datos se empleó la ficha de anotación. El análisis de datos siguió el camino hermenéutico y la triangulación. Se concluye que más allá del artículo 425 del Código Penal, la jurisprudencia ha establecido que el bombero, el locador de servicios, el estudiante miembro de CU y el practicante tienen calidad de servidor público, en mérito a que concurren los dos presupuestos, el título habilitante y el ejercicio efectivo de la función pública.

Palabras clave: administración pública; corrupción; delito; funcionario; infracción de deber; servidor.

Abstract

Crimes involving breach of duty require that the perpetrator hold a special status: that of a public official. However, in legal practice, determining who possesses this status is not always straightforward, especially when dealing with public servants who have an unconventional relationship with the State. Within this framework, this research aims to analyze the prerequisites and scope of the concept of public official in the field of criminal law, drawing on legal doctrine and jurisprudence, particularly in the context of firefighters, service providers, interns, military cadets, and student members of university councils. The study employs a qualitative approach and a descriptive-hermeneutic design. The unit of analysis consisted of rulings from the Constitutional Court and Supreme Court of Peru. Data was collected using a record sheet. The data analysis followed a hermeneutic approach and triangulation method. It is concluded that, beyond Article 425 of the Penal Code, jurisprudence has established that firefighters, service providers, university student members, and interns have the status of public servants, given that they meet both requirements: the required qualification and the effective exercise of public functions.

Keywords: public administration; corruption; crime; public official; breach of duty; public servant.

Introducción

Dentro de la tipología de delitos positivados en el Código Penal peruano (D. Leg N° 635 – 1991) existe dos grandes grupos de delitos: los delitos comunes y los delitos especiales o de infracción del deber. Los delitos comunes no exigen una cualidad especial del autor, puesto que pueden ser cometidos por cualquier persona. Se tiene, por ejemplo, el homicidio simple (art. 106 del CP: “*El que mata...*”), las lesiones graves (art. 121 del CP: “*El que causa a otro daño grave...*”) o el robo (art. 188 del CP: “*El que se apodera ilegítimamente de un bien...*”). De forma general, este grupo de delitos está comprendido desde el artículo 106 al 375 del Código Penal, con algunas excepciones, y pueden ser identificados por la frase genérica “*el que*”. Sin embargo, el segundo grupo de delitos exige del autor (sujeto activo) del injusto una cualidad especial, el ser funcionario o servidor público. Estos delitos se ubican básicamente desde el artículo 376 (*Abuso de autoridad*) al 424 (*Omisión de ejercicio de la acción penal*). Pueden ser identificados porque empiezan con la frase “*El funcionario que*”. La concusión (art. 382 del CP: “*El funcionario...que obliga o induce a una persona a dar...*”), la colusión (art. 384 del CP: “*El funcionario...que concierta con los interesados para defraudar al Estado...*”) y el cohecho pasivo específico (art. 395 del CP: “*El Magistrado... que... acepte o reciba donativo, promesa...*”) son algunos ejemplos de este tipo de delitos.

276 Como se advierte, cuando se estudia los delitos funcionariales es inevitable detenerse en el análisis del concepto de funcionario o servidor público, puesto que la autoría no puede ser atribuida a cualquier sujeto, sino solo a aquel que tenga tal condición (Camilo-Momblanc & Jardines-O’Ryan, 2023; Leiva, 2024). El Derecho administrativo-laboral, específicamente, el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (D.S. N° 005-90-PCM) precisa que servidor público es todo ciudadano, nombrado o contratado, que presta servicio en entidades de la Administración Pública sujeto a las formalidades de la ley, una jornada legal y una remuneración permanente. Y en su artículo 4, prescribe que funcionario público es todo aquel elegido o designado por autoridad competente para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos. Además de ello, según el artículo 4.1 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, también es funcionario el personal designado, de confianza o electo que desempeñe funciones en nombre del Estado, no importa el régimen jurídico de la entidad ni el régimen laboral o

de contratación al que esté vinculado, tal como reitera la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República–Ley N° 27785.

Ahora bien, la Constitución Política del Perú tiene una definición restrictiva y excluyente. En su artículo 40 excluye de la carrera administrativa a quienes ocupan cargos políticos o de confianza, y excluye de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado y de las sociedades de economía mixta. Del mismo modo, el artículo 2 del D.L. N° 276 excluye a servidores contratados, a funcionarios que ocupan cargos políticos o de confianza, miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, y, desde luego, a trabajadores de las empresas del Estado y de economía mixta. Todos los trabajadores mencionados y excluidos, de la carrera administrativa o la función pública, no serían funcionarios ni servidores si el Derecho Penal dependiera de la definición administrativa y, por ende, no serían pasibles de imputación penal. Nótese que, para efectos del Derecho Penal, el Derecho Administrativo ostenta una definición débil de funcionario público.

Es importante señalar que, en tanto el Derecho Administrativo-laboral busca regular las condiciones de ingreso, las competencias, el régimen laboral (Abanto, 2001; Pariona, 2024), los beneficios laborales y diferenciar el concepto de funcionario del de servidor; el Derecho Penal tiene por finalidad identificar a la persona que, en el ejercicio de la función pública, vulnera el bien jurídico tutelado ‘correcto funcionamiento de la administración pública’ (CFAP) y atribuirle responsabilidad penal. Para el derecho punitivo, el término tiene un alcance conceptual extensivo y amplio, abarca a funcionarios y servidores que estarían excluidos del derecho administrativo. Tiene un concepto funcional autónomo y exclusivo (R.S. N° 503-2017, Callao). No interesa tanto la “calificación jurídica”, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública (Olaizola, 1999); es decir, determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el bien jurídico tutelado (Montoya, 2015; Vásquez, 2025).

Sin embargo, aunque pareciera un asunto sencillo, en la praxis se tiene dificultades de orden jurídico-conceptual para cualificar quién es realmente un funcionario público a efectos de imputarle una responsabilidad penal, especialmente en aquellos trabajadores que tienen un vínculo poco convencional con la Administración Pública, como es el caso del bombero, el cadete, el estudiante miembro de Consejo Universitario y el locador de servicios. Una débil

individualización puede generar una imputación innecesaria y ello contravendría la preocupación central del sistema de justicia penal, la lucha contra la corrupción (Florián-Tacanga et al., 2023; Risco y Herrera, 2025). Por lo que, el objetivo del presente estudio fue analizar los presupuestos y alcances de este constructo jurídico-penal de funcionario o servidor público en el ámbito del derecho penal desde la doctrina y la jurisprudencia, especialmente en la figura de los supuestos mencionados.

Marco Teórico

El Autor y el Partícipe en los Delitos Funcionariales: la Teoría del Dominio del Hecho y la Teoría de Infracción del Deber

La parte especial del Código Penal peruano prescribe los delitos, van desde el artículo 106 (*Homicidio simple*) al 439 (*Tenencia de instrumentos para fabricar*). En el marco de la clasificación de delitos, existe los llamados delitos contra la administración pública (DCAP) que están comprendidos desde el artículo 361 al 424 del Título XVIII de la Parte Especial y se dividen en tres grupos: los delitos cometidos por particulares del Capítulo I (art. 361 al 375, en los que es aplicable la teoría del dominio del hecho), los delitos cometidos por funcionarios públicos previstos en el Capítulo II (del artículo 376 “*Abuso de autoridad*” al artículo 401 “*Enriquecimiento ilícito*”) y los delitos contra la administración de justicia del Capítulo III (art. 402 al 424). El segundo grupo de delitos denominados delitos cometidos por funcionarios, llamados también delitos funcionariales o de infracción de deber, como se indicó, exige que el ilícito penal sea cometido por un agente especial, el funcionario o servidor público. No es lo mismo ostentar el título de imputación de autor en los delitos comunes que en los delitos de infracción del deber. En los delitos comunes se aplica la teoría del dominio del hecho; en tanto, en los delitos de corrupción de funcionarios, que son de exclusivo conocimiento de las fiscalías anticorrupción (art. 382 al 401), se aplica la teoría de infracción de deber.

Ahora bien, en la teoría de dominio del hecho, desarrollada por Claus Roxin en 1963 y aplicable a los delitos comunes, el autor domina plenamente el hecho, es el amo y señor del hecho criminal. Tiene en sus manos el sí y el cómo del acontecer típico del hecho (Camargo, 2021). Considerando la tipología de autores del artículo 23 del CP, el autor directo del delito (“*el que realiza por sí*”) será quien domine el hecho de forma directa y personal (dominio del hecho), el autor

mediato (“*por medio de otro*”) será quien domine el hecho viciando la voluntad de un tercero (cosificando), es decir, instrumentalizará a un tercero vía coacción o engaño. Los coautores (“*lo cometan conjuntamente*”) serán quienes planifiquen y ejecuten los hechos delictuosos de forma compartida o dominen el hecho de forma conjunta (dominio funcional del hecho). El dominio del hecho se refiere al dominio de decisión y al de configuración (Camargo, 2021). En correlación a la teoría del *Iter Criminis*, los coautores están presentes en la fase interna (ideación, deliberación y decisión) y externa (actos preparatorios, ejecución y consumación).

En los delitos comunes, se tiene además al instigador (art. 24 del CP) y al cómplice (art. 25 del CP). Quien genera convencimiento o instiga a que otro cometa el delito tendrá calidad de instigador. Por su parte, los cómplices serán aquellos que colaboren sin tener dominio del hecho. No son los dueños del hecho, pero brindan un apoyo. Será cómplice primario si presta un apoyo indispensable, un apoyo sin el cual no sería posible la perpetración del delito. Será cómplice secundario, si su apoyo no es decisivo para la comisión del delito, presta ayuda con un objeto fácil de conseguir.

Sin embargo, la teoría del dominio del hecho no es apropiada para la imputación del sujeto activo en los delitos funcionariales. Dicha teoría resulta insuficiente. Exige el quebrantamiento de un deber especial por parte del sujeto activo y no tanto el dominio fáctico del hecho. El agente debe realizar actos funcionariales dentro de la actividad pública y ejercer función pública (Abanto, 2003). Por lo que, la autoría no se determina porque se tenga dominio del hecho, sino porque se infringe un deber funcional, se es autor por la infracción del deber y no por haber participado en el dominio del hecho (Camargo, 2021). Tal deber especial se deriva de las funciones que están en la norma extrapenal, especialmente en la norma administrativa como el ROF, MOF, directiva, memorando, carta funcional, instructivo, términos de referencia, etc.

Metodología

Enfoque y Método de Investigación

El estudio corresponde al enfoque cualitativo, en razón de que los datos fueron recogidos siguiendo un procedimiento inductivo. El método, corresponde al descriptivo – hermenéutico, es decir, se centró en la interpretación del fenómeno a través de la dogmática y la jurisprudencia (Monje, 2011). Mediante el método hermenéutico se buscó interpretar y

comprender el verdadero sentido de la norma penal y su jurisprudencia, superando la ambigüedad o la contradicción textual mediante un proceso dialéctico entre el texto y su contexto.

Procedimiento de Recogida de Datos

La investigación siguió las pautas de Inuma (2021): exploración simple, exploración sistemática y análisis sistemático. La primera fase consistió en la exploración y aproximación gradual del fenómeno estudiado mediante análisis documental. La segunda fase consistió en la exploración sistémica e identificación de la información. La última fase correspondió al análisis e interpretación de los datos obtenidos corroboración con la teoría.

Unidad de Análisis

La unidad de análisis estuvo integrada por fuentes que permitieron recoger información referente al objetivo de investigación. La selección de la misma fue a criterio intencional, cuidándose la rigurosidad científica a través de criterios como riqueza de información y punto de saturación (Izcara, 2009). En ese marco, la unidad de análisis la conformaron la jurisprudencia nacional: sentencias del Tribunal Constitucional, Recursos de Nulidad y Casaciones de la Corte Suprema de la República.

Técnica e Instrumento de Recolección de Datos

278 La técnica de investigación empleada fue el análisis de contenido a fin de analizar los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y Poder Judicial. El instrumento de recolección de datos fue la Ficha de análisis de anotación. Dicho instrumento posibilitó identificar los fundamentos de los órganos jurisprudenciales emplearon para emitir pronunciamiento respecto a las controversias existentes sobre la figura jurídico-penal de funcionario y servidor público.

Análisis de Datos Vía Triangulación

La información acopiada fue sometida a análisis y contrastación mediante el proceso de triangulación, un proceso hermenéutico que consistió en reunir y cruzar dialécticamente la información y orientada al logro del objetivo de investigación (Izcara, 2009). Con el método de la triangulación se empleó y contrastó datos, teorías y pronunciamientos jurisprudenciales para aumentar validez, rigor científico y credibilidad a los hallazgos.

Resultados y Discusión

El Concepto de Funcionario en el Derecho Penal

Partamos por analizar los supuestos de funcionario y servidor público prescritos en el Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal (CP), específicamente en el artículo 425 de capítulo IV, aunque en las legislación española y alemana se encuentran en la parte General. Según esta norma, para el Derecho Penal, son funcionarios públicos:

1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.* Se refiere al trabajador perteneciente al D. Leg. 276–Ley de la Carrera Administrativa, D. Leg. N° 728–Ley de Productividad y Competitividad Laboral que comprende a trabajadores de la SBS, SUNAT, Indecopi, Congreso de la República y otros, D. Leg. N° 1057–Contratación Administrativa de Servicios (CAS), y D. Leg. N° 30057–Ley Servir. Por extensión, también estarían comprendidos los trabajadores de los regímenes laborales especiales como los catedráticos (Ley N° 30220), el magisterio (Ley N° 29944), los fiscales (Ley N° 30483) y otros.
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.* Es importante diferenciar los cargos políticos designados por confianza y los que resultan de elección popular. En el primer grupo están comprendidos los funcionarios designados por confianza ya sea para cargos de dirección o de confianza, sean del poder ejecutivo, legislativo y judicial. La designación es un acto por el cual una autoridad competente nombra a otro a un cargo público de confianza observando los requisitos establecidos para el mismo (Vilca-Apaza et al., 2025). En este grupo estarían comprendidos los ministros de Estado, gerentes y subgerentes de gobiernos regionales y municipales y otros. Dentro del segundo grupo están las autoridades que emanan de elección popular: municipal (alcalde distrital y provincial, los consejeros municipales), regional (gobernador regional y consejeros regionales), congresal (diputados y senadores a partir del 2026), presidencial (Presidente de la República), parlamento andino, por citar algunos ejemplos. En este grupo se incluye a los rectores y vicerrectores de universidades públicas, decanos y miembros de consejo universitario. Nótese que los trabajadores

excluidos por el artículo 40 de la Constitución, el derecho penal los considera funcionarios.

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.* Aunque la Constitución Política los excluya en su artículo 40 de la función pública, para el derecho penal los trabajadores de las empresas del Estado como Banco de la Nación, ElectroPerú, EsSalud, Fonafe, Enaco, Editora Perú, Cofide, Fondo Mi Vivienda, IRTP y otros tienen calidad de funcionarios. Se incluye a los funcionarios de las sociedades de economía mixta, donde el capital es aportado tanto por el Estado peruano como por particulares, es el caso de Petróleos Perú S.A. o PetroPerú.

4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.* Un administrador o depositario es aquel que tiene la función de custodiar y gestionar caudales (bienes o dinero) que fueron embargados judicialmente o por otras autoridades, como la SUNAT, a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación. El precedente vinculante RN N° 2212-2004 Lambayeque, fundamento 7, indica que “también se considera funcionario o servidor público a un particular vinculado circunstancial y temporalmente con la administración pública a través de la administración o custodia de dinero o bienes con destino social”. De acuerdo al RN N° 3380-2006, Áncash, fundamento 3, la designación de los depositarios judiciales es un mandato de la autoridad y no un simple acto contractual.

5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.* Tanto oficiales como suboficiales, no importa el rango que ostenten, siempre que el delito cometido corresponda ser ventilado en la jurisdicción ordinaria, es decir, el ilícito sea de naturaleza común. Al respecto, el artículo 18 del NCPP impone límites a la jurisdicción penal ordinaria e indica que esta no es competente para conocer los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución Política, es decir, delitos de función cometidos por miembros de las FFAA y PNP que deben ser sometidos al Fuero Militar y al

Código de Justicia Militar Policial. Entiéndase por delitos de función aquel que teniéndose formación castrense (primer presupuesto) lesiona el bien jurídico correcto y disciplinado funcionamiento de la entidad castrense (segundo presupuesto) (Sentencia del TC, Expediente 0017-2003-AI/TC).

6. *Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.* En el caso de los funcionarios por elección, la duda era desde qué momento el ciudadano elegido es considerado funcionario público. La definición del funcionario público por elección pasa por tres etapas: elección, reconocimiento y juramentación (Pariona, 2024). La primera culminaría con la declaración de ganador por parte del organismo correspondiente, en este caso el ONPE. La segunda etapa se consuma con la entrega de credenciales por parte de la Jurado Nacional de Elecciones, y la tercera con la asunción del cargo frente a las autoridades correspondientes. Para el autor citado, no es necesario que haya juramentado ni recibido las credenciales. Basta con que el órgano oficial le haya declarado ganador de un proceso electoral (ONPE) y cumpla los requisitos formales establecidos por ley, con lo que ya se encuentra en la posibilidad de poner en peligro el bien jurídico tutelado, por ejemplo, recibir sobornos para en el futuro favorecer a particulares.

7. No se exige siempre el ejercicio efectivo de la función pública, puede ser suficiente la habilitación para ejercerla (García, 2021). Se aplica el principio del *Tempus Comisi Delicti*. “No resulta necesaria la juramentación o asunción efectiva del cargo (...), es exigible solamente la declaración de un órgano institucional que lo reconozca como ganador de la elección y que, en virtud de dicha condición, está en capacidad de poner en peligro el correcto funcionamiento de la Administración Pública” (Pariona, 2024, p. 296).

8. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.* Incorporado por Ley 30124. Este inciso, que es una cláusula abierta (*Numerus apertus*) al concepto de funcionario, en virtud del artículo 55 y 56 de la CPP, incorpora al derecho interno, los tratados internacionales celebrados por el Perú, en aplicación de la Ley N° 26647, como la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Caracas, 1996) y la Convención de las Naciones

Unidas Contra la Corrupción (Mérida, 2003). Estas funcionan como criterios hermenéuticos para determinar los alcances del concepto de funcionario público (Rodríguez, 2013). El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) indica que una norma interna no puede ser invocado para incumplir los compromisos internacionales.

En ese marco normativo, se debe recoger los alcances del artículo I de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (ratificada por el Perú el 6 de abril de 1997, D.S. N° 012-97-RE) que reza: “*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*”. Además, el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas (ratificada por el Perú el 16 de noviembre de 2004, D.S. N° 075-2004-RE), que indica: “*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...; iii) Toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. (...)*”.

El legislador quiso enumerar con suficiencia todos los supuestos de funcionario público en el artículo 425 del CP; sin embargo, la realidad jurídica termina por poner retos al derecho penal. Los alcances del artículo 425 no son suficientes para responder a vacíos como si el bombero, el notario público, el practicante, el cadete, el locador de servicios y el funcionario de hecho tienen la calidad de funcionario o servidor público a efectos de imputársele un delito en el marco de los delitos de infracción de deber. Fue la jurisprudencia, traída a revisión, la que tuvo que responder a estos vacíos a través de diversos pronunciamientos.

Presupuestos del Concepto de Funcionario Público: Título Habilitante y Capacidad de Ejercicio de la Función

Para el derecho penal el funcionario o servidor es aquella persona vinculada a la administración pública y en virtud a ella es titular de deberes legales especiales (Pariona, 2024). Tiene una posición de garante del CFAP, y como tal está sujeto a principios, deberes y obligaciones. A diferencia del derecho administrativo

y laboral, que tiene una definición restringida y formal de funcionario público, el derecho penal asume una definición más amplia y autónoma (Rodríguez, 2013). La jurisprudencia nacional ha establecido que el concepto jurídico de funcionario o servidor público en el campo penal exige el cumplimiento de dos presupuestos: título habilitante por ley, elecciones, designación o nombramiento que determine su vínculo con la administración pública y, el ejercicio de la función pública (Revisión de Sentencia N° 503-2017-Callao), presupuestos recogidos de las convenciones internacionales contra la corrupción.

El primer presupuesto exige que la persona haya sido incorporada formalmente a la administración pública. Dicho de otra forma, debe haber sido incorporado a la administración pública a través de las vías y los requisitos que la ley establece (Pariona, 2024). Esta formalidad puede estar determinada por ley como en el caso de los bomberos, por elección, por concurso público de méritos, por designación o encargatura de confianza, por locación de servicios, por servicio administrativo o por contrato civil. El título habilitante debe ser válido, mediante resolución, memorándum, credencial u otro. Vía un acto administrativo válido (de autoridad competente) y en observancia de los requisitos establecidos por ley.

El segundo presupuesto se refiere a que el funcionario debe ejercer objetiva y efectivamente el cargo o la función pública, o mínimamente estar en la posibilidad de ejercerla de modo que exista la posibilidad de lesionar el CFAP (Montoya, 2015; Pariona, 2024). Este es el caso de los funcionarios electos que, de acuerdo a Donna (2008), ya tienen la capacidad de lesionar el bien jurídico tutelado. Sin embargo, esa posibilidad debe ser concreta, no abstracta ni irreal, debiendo poder vincular al Estado con sus actos (Rodríguez, 2013).

En suma, para que se configure el concepto jurídico penal de funcionario público es fundamental que, primero, la persona haya sido reconocida de forma legal y oficial por otro funcionario competente y; además, ejerza o cuente con la posibilidad real de ejercer la función pública (Pariona, 2024). Solo así podrá determinarse si el sujeto responde por un delito. Estos presupuestos son fundamental para la identificación del funcionario público, vale decir, qué persona tiene calidad de funcionario y pueda responder por un delito.

El funcionario público es aquel vinculado a la administración pública que ostenta un título habilitante válido, que haya cumplido con los requisitos exigidos

por ley para la posesión del cargo con lo que queda legitimado para el ejercicio de la función pública (Pariona, 2024). Basta que haya sido incorporado heterónomamente a la función pública y tenga la posibilidad efectiva de ejercer la función pública (Rodríguez, 2013; Montoya, 2015).

Funcionario de Hecho o Facto o al Margen de la Ley

Esta figura ha sido desarrollada por Pariona (2024), quien prefiere denominarlo funcionario público con título irregular. Para el autor citado, el funcionario de facto es ya una ilegalidad por no estar regulado en el artículo 425 del CP. En principio, un funcionario público de *iure*, en contraposición al de *facto*, ostenta un título habilitante válido que legitima su ejercicio de la función pública; en tanto, un funcionario de hecho es la persona que ejerce materialmente una función pública, pero sin ostentar título habilitante válido que le faculte a ejercer una función pública. Por lo tanto, alguien que no tenga título habilitante, por ende, incapaz de ejercer válidamente la función pública, no podría ser considerado funcionario público. Para condenar a una persona como autora de delito funcional esta tiene que tener inevitablemente la calidad de funcionaria o servidora (Pariona, 2024).

Ahora bien, situación distinta es el caso de personas que han sido designadas o nombradas por autoridad competente, pero sus títulos habilitantes son irregulares debido a la ausencia de requisitos que exige el cargo, en cuyo caso se trata de funcionario público con título irregular (Pariona, 2024). Sus títulos son nulos o pueden ser anulados. Tiene apariencia de legalidad, por lo que podrían responder penalmente como autora de delitos de infracción de deber. Se requiere siempre de un título habilitante, aunque hubiese sido adquirido de forma indebida (Pariona, 2024). En fin, de acuerdo a la doctrina, el funcionario de facto es aquel que ostenta un título habilitante irregular o con ausencia de un requisito que la ley establece, y en tanto no se ponga fin a esa situación anómala, será considerado funcionario para el derecho penal (Roca, 2013) y por lo tanto responderá penalmente en consonancia con su apariencia de legalidad.

El tribunal supremo de la República, a través de la Casación N° 442-2017, Ica, ha precisado los límites o presupuestos que configuran el concepto de funcionario de hecho: i. existencia legal del cargo, ii. posesión del cargo de forma pacífica, pública, continua y buena fe y iii. apariencia de legitimidad del

título habilitante, aunque irregular pero que aparente validez. Sin embargo, la Casación N° 3526-2023, Nacional, en el caso Nadine Heredia, ha ampliado los requisitos a cuatro: i. existencia legal del cargo, ii. posesión del cargo, ii. apariencia de legitimidad del título o nombramiento, y iv. que el cargo se ejerza con permiso o anuencia.

El Bombero Voluntario

Respecto a si el bombero, que presta un servicio ad-honorem, es o no un servidor público, es imperativo revisar el pronunciamiento de la Corte Suprema en la Revisión de Sentencia N° 503-2017, Callao (R.S. 503-2017, Callao). El caso trata de un comandante (bombero) del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú del Callao que, en el año 2016, autorizó el uso de bienes (motobombas) del Estado en beneficio de actividades particulares de la empresa ALFA GAS SA a cambio de una contraprestación monetaria que no ingresó a cajas de la institución. El comandante fue condenado por el delito de peculado de uso (art. 388 del CP) al habersele calificado como funcionario. Posterior a la sentencia de vista, se publicó el D. Leg. N° 1260-2016 que estipulaba que un bombero no es funcionario público. Sin embargo, la Corte Suprema, en su fundamento 5, párrafo tres, mencionó que no es determinante que el D. L. N° 1260 indique que el bombero no es funcionario, es fundamental analizar el estatus integral de su función, la naturaleza del servicio que brinda la institución y las reglas jurídicas respecto de los bienes asignados para el cumplimiento de sus funciones. El agente debe realizar actos funcionariales, debe estar incorporado a la actividad pública y debe ejercer la función pública.

El derecho penal exige dos presupuestos para determinar si alguien es funcionario o servidor público. Al respecto, la R. S. N° 503-2017, Callao, Fundamento 5, último párrafo precisa: “(i) un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas; y (ii) un título de habilitación de dicha participación, que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente”. En tanto, en su fundamento 6, primer párrafo dice: “los bomberos participan en el ejercicio de una función pública; y, segundo, que tienen un título de habilitación debidamente estructurado por la ley e integran, por lo demás, un cuerpo jerarquizado... los bienes de la institución tienen un fin determinado y están sujetos a control gubernamental”, pese a que la norma administrativa declare que no lo es.

El Locador de Servicios

En principio un locador de servicio, para el derecho administrativo-laboral, no es un funcionario o servidor público, en sentido estricto, porque su vínculo con el Estado no es laboral sino de naturaleza civil sujeta a las reglas del artículo 1764 del Código Civil. Un locador trabaja de forma autónoma, sin subordinación, sin derechos de naturaleza laboral y solo bajo el derecho de recibir una retribución de acuerdo a lo pactado (Informe Técnico N° 000091-2024-SERVIR-GPGSC). Sin embargo, para el derecho penal es servidor público porque tiene título habilitante válido (contrato de locación de servicios) y ejerce funciones públicas y puede vulnerar el bien jurídico tutelado CFAP.

Véase el siguiente caso. Wualter Aliaga Jacinto se desempeñó como miembro del comité de selección que tuvo por objetivo elegir la empresa que se encargaría de la presentación institucional de Contradrogas (DEVIDA), una entidad del Estado. El Ministerio Público le atribuyó el delito de colusión por haber favorecido a la empresa JK Comunicaciones. Aliaga Jacinto presentó una acción de improcedencia de acción arguyendo que él solo tuvo un contrato de locador de servicios con DEVIDA, por ende, no era funcionario público. La Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N° 00148-2012-16-1826-JR-PE-02, declaró infundada su apelación y ratificó la resolución de primera instancia que declaró infundada dicha acción. La Corte Superior, en el fundamento 7, dijo: “Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho Penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en tal virtud ejerza funciones”. El locador ha sido incorporado por un proceso de selección, tiene la posibilidad de ejercer la función pública al elegir a la empresa en el proceso de adjudicación de buena pro (Rodríguez, 2013).

El Asesor Externo Municipal

Marroquín Peñafiel fue designado por el entonces alcalde de la Municipalidad de Cangallo como personal de confianza, asesor externo. Elaboró un informe reconociendo dietas impagas al alcalde de dicha municipalidad; sin embargo, Marroquín Peñafiel considera que no es funcionario porque en las cláusulas no precisa que sea funcionario de confianza y que, por ende, no tendría relación funcional con la entidad, y

que como consultor externo solo tenía un contrato de locación servicios. La Corte Suprema de Justicia en el R.N. N° 657-2012, Ayacucho, resolvió que “tiene calidad de funcionario o servidor público conforme al inciso 2 del artículo 425 del CP que prevé “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”. En la presente causa quedó acreditada dicha relación funcional con la Municipalidad.

Los Estudiantes Miembros de Consejo Universitario

El RN N° 1923-2012, Piura desarrolló el caso Alama, Guerrero, Chanduví y Vásquez, estudiantes miembros del Consejo Universitario, órgano de gobierno de la Universidad Nacional de Piura, quienes vulneraron sus deberes institucionales al vender las respuestas del examen de admisión e intentar garantizar el ingreso a dicha casa superior de estudios. El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia precisó que tales miembros, que además cumplían funciones como miembros de la Comisión de Elaboración de Pruebas-2008 percibiendo asignaciones dinerarias, son funcionarios públicos en la medida que lo que interesa es que el sujeto activo tenga el deber especial derivado del ejercicio de la función pública y posibilidad de lesionar el CFAP. Les es aplicable el inciso 2 del artículo 425 del CP puesto que son producto de la elección estudiantil universitaria.

Los Cadetes de las Fuerzas Armadas y Policiales

Guerra Parra y otros fueron acusados de tortura simple y, Carrillo Minaya y Alfaro Goicochea, cadetes de la Escuela Naval, fueron acusados de haber cometido delito de tortura agravada (art. 321 del CP: “*El funcionario... que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales...*”) en contra de Aliaga Radenovich en el año 2010 por haber sido objeto de golpes y descargas eléctricas. El caso cayó en sobreseimiento en razón de que los cadetes estaban en proceso de formación, a lo que la parte agraviada apeló. Al respecto, el Tribunal Supremo, en su R.N. N° 1586-2019/Lima Norte, determinó que para adquirir la calidad de funcionario o servidor público “deberá haber ingresado a aquella función por designación, nombramiento o concurso público, pero previo cumplimiento de los requisitos que se establecen para cada ámbito del aparato estatal”. Cuando el inciso 5 del artículo 425 del CP hace referencia a los miembros de las fuerzas armadas y policiales, “se encontrarán dentro de la calidad de sujetos cualificados siempre y cuando

hayan cumplido con egresar de la correspondiente escuela de formación; por cuanto, los cadetes de las fuerzas armadas y policiales se encuentran en una etapa de instrucción y formación”.

El Practicante en la Entidad Pública

Claro está que para el derecho administrativo no lo es, al no tener vínculo laboral con la Administración Pública. Sin embargo, es importante analizar el caso desde el ámbito penal, a la luz de los presupuestos del concepto de funcionario público. El señor P.A.S.S. fue condenado por peculado por apropiación (art. 387 del CP), y por falsificación de documentos (primer y segundo párrafos del art. 427 del CP) en agravio de la Empresa Municipal de Agua y Alcantarillado de Chíncha en la cual era asistente administrativo, es decir, tenía la condición de servidor público de acuerdo al Ministerio Público. Hicieron aparentar que la empresa constructora ejecutó tres obras (Red Matriz de Agua, Planta de Tratamiento y Refacción de la poza) y que cancelaron a la empresa. Soldevilla fue quien cobró los cheques a favor de la empresa. En el recurso de nulidad interpuesto a la sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica del 17 de febrero de 2017 alegó inocencia en razón de no tener la condición de funcionario público sino de practicante. En cuanto a los motivos del recurrente, alegó que no se configura el delito de peculado porque no tiene la condición de funcionario público, sino de practicante.

Respecto al hecho expuesto, la Corte Suprema de Justicia del Perú, mediante el RN. N° 1448-2017, Ica, fundamento 52, dijo que: “su participación se dio al cobrar los cheques emitidos por sus coprocesados de iniciales M.A. y A.R., a favor del testigo L.V.H., en el marco de las licitaciones de las obras antes mencionadas. En ese sentido, contribuyó a la concretización al traslado del dinero público a la esfera privada a través del cobro de los cheques (...). Bajo este análisis, es cierto que tenía la condición de asistente del área de logística; sin embargo, su contribución en el delito de peculado fue altamente relevante para poder desplazar el erario público a la esfera de un particular”. En este caso, el ser practicante de una entidad pública, si bien administrativamente no tiene vínculo laboral, está incorporado válidamente a la administración pública y tiene la posibilidad objetiva de vulnerar el bien jurídico protegido, por ello es que para el derecho penal tiene la calidad de funcionario público.

Conclusión

Los delitos de corrupción de funcionarios o infracción de deber exigen una cualidad especial al autor, el ser funcionario público. Este concepto es la piedra angular en dichos delitos. Para evaluar si un ciudadano tiene calidad de funcionario o servidor público es imperativo analizar dos presupuestos establecidos en la jurisprudencia penal: la participación en el ejercicio de funciones públicas y el título habilitante de dicha participación que puede ser por disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente. En aplicación de estos dos presupuestos, el funcionario de hecho, el bombero, el locador de servicios, el estudiante miembro de CU y el practicante de una entidad pública tienen calidad de servidor público, a excepción del cadete de las FF.AA. por estar aún en proceso de formación y no estar incorporado oficialmente al cuerpo policial.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflictos de intereses.

Referencias.

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Editorial Palestra
- Camargo, M. (2021). *Autoría y participación en delitos de infracción a un deber*. <https://lpderecho.pe/autoría-participación-delitos-infracción-deber/>
- Camilo-Momblanc, L., & Jardines-O’Ryan, M.E. (2023). Infracción del deber de cuidado y responsabilidad penal del profesional de la salud. *Revista Información Científica*, 102, 1-12. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1028-99332023000100040&lng=es&tlng=es.
- Casación N° 634-2015. Lima. Lima, 28 de junio de 2016. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe_.pdf
- Donna, E. (2008). *Delitos contra la Administración pública*. Rubinzal Culzoni Editores.

Expediente N° 00148-2012-16-1826-JR-PE-02
Corte Superior de Justicia de Lima Sala de
Apelaciones. Lima, 25 de octubre de 2013.
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dcf6f0041b56369940bfe33346afa48/D_Expediente_00148_2012_16_041013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dcf6f0041b56369940bfe33346afa48

Florián-Tacanga, C.A., Rojas-Luján, V.W., Yache-Cuenca, E.J., & Recalde-Gracey, A.E. (2023). Corrupción de funcionarios y abuso de prisión preventiva del sistema de justicia, Trujillo, Perú. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 8(Supl. 2), 41-50. <https://doi.org/10.35381/racj.v8i2.2895>

García Cavero, P. (2021). El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la Administración pública. *Actualidad Penal*, (86), 81-106. <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>

Informe Técnico N° 000091-2024-SERVIR-GPGSC. Lima, 26 de enero de 2024. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5870868/5200863-it_0091-2024-servir-gpgsc.pdf?v=1708118899

Inuma Caldas, J.C. (2021). *Caracterización del delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público en el Perú*. 2021. [Tesis, Universidad Católica Los Ángeles Chimbote]. https://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13032/32793/ACEPTACION_INDEBIDA_Y_CARGO_Y_NOMBRAMIENTO_INUMA_CALDAS_JULIO_CESAR.pdf?sequence=3

Izcara Palacios, S.P. (2009). *La praxis de la investigación cualitativa: guía para elaborar tesis*. Fondo Mixto de Fomento a la Investigación Científica y Tecnológica.

Leiva López, A. (2024). Intervención de extranei en delitos especiales y el deber secundario de Nagler como fundamento de punición de los partícipes. *Política criminal*, 19(37), 308-331. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992024000100308>

Monje, C. (2011). *Metodología de la Investigación Cuantitativa y Cualitativa*. Neiva: Universidad de Surcolombia.

Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. IDEHPUCP; Open Society Foundations.

Olaizola, I. (1999). *El delito de cohecho*. Tirant lo Blanch.

Pariona Arana, R. B. (2024). El concepto de funcionario público en el derecho penal. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 16(22), 293-317. <https://doi.org/10.35292/ropj.v16i22.825>

R.N. N° 2221-2018/Lima. Lima, 10 de marzo de 2021. <https://lpderecho.pe/voto-singular-cadetes-fuerzas-armadas-policiales-realizan-maltratos-funcionarios-servidores-publicos-cometen-tortura-rn-2221-2018-lima/>

R.N. N° 657-2012, Ayacucho. Lima, 6 de febrero de 2013. <https://lpderecho.pe/asesor-externo-funcionario-publico-r-n-657-2012-ayacucho/>

Revisión de Sentencia N° 503-2017, Callao. 5 de noviembre de 2018. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Revision-de-sentencia-503-2017-LP.pdf>

Risco Murillo, E.M., & Herrera García, J. (2025). Delitos contra la administración pública en el Perú, un análisis comparado con los países de Colombia y Chile. *Aula Virtual*, 6(13), e498. <https://doi.org/10.5281/zenodo.16762082>

RN N° 1448-2017, Ica. Lima, 8 de agosto de 2018. <https://lpderecho.pe/practicante-asistente-puede-condenado-delito-peculado-r-n-1448-2017-ica/>

RN N° 1923-2012, Piura. Lima, 15 de enero de 2013. <https://lpderecho.pe/estudiantes-consejo-universitario-funcionarios-publicos-rn-1923-2012-piura/>

RN N° 2212-2004, Lambayeque. 13 de enero de 2005. https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/recurso_nulidad_2212-2004.pdf

RN N° 3380-2006, Áncash. Lima, 25 de enero de 2008. <https://lpderecho.pe/depositarios-judiciales->

[designados-o-nombrados-considerados-funcionarios-publicos-rn-3380-2006-ancash/](#)

[que,es%20incorporado%20por%20un%20proceso%20de%20selecci%C3%B3n](#)

Roca, L. (2013). Concepto de autoridad y funcionario público a efectos penales. En F. J. Álvarez (dir.), *Tratado de derecho penal español*. Parte Especial III. Delitos contra las administraciones públicas y de justicia (pp. 5589). Tirant lo Blanch.

Vásquez Dioses, L.A. (2025). La teoría de la unidad del título de imputación: un análisis comparativo de sus efectos en el derecho penal. *Aula Virtual*, 6(13), e538. <https://doi.org/10.5281/zenodo.17054476>

Rodríguez Vásquez, J. (2013). *Caso Aliaga Jacinto Locador de servicios DEVIDA – Concepto de Funcionario Público*. Boletín 31 Comentario Jurisprudencial. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/boletin-31-comentario-devida.pdf#:~:text=En%20el%20presente%20caso%2C%20es%20claro%20>

Vilca-Apaza, H.M., Ignacio Velazco, W., & Flores Yapuchura, Á.Y. (2025). Índices de designación ilegal de funcionarios en la administración pública en Perú y potestad sancionadora. *Comuni@cción: Revista De Investigación En Comunicación Y Desarrollo*, 16(2), 185-197. <https://doi.org/10.33595/2226-1478.16.2.1336>