

## DIRECTOR GENERAL

Juan F. Jiménez Mayor

## DIRECTORES

Juan Carlos Cortés Carcelén

Mariana Llona Rosa

Juan Carlos Morón Urbina

N° 33 | SETIEMBRE 2022



## ESPECIAL FUNCIONARIO PÚBLICO



### ● ENTREVISTA

**Roberto Pereira Chumbe**

Socio del Área Penal del Estudio Benites,  
Vargas & Ugaz Abogados

**El Derecho Penal es la última  
línea de lucha contra la  
corrupción**

### ● FUNCIONARIO PÚBLICO

- ¿Servidor, funcionario, trabajador, empleado o agente público?
- El problema de considerar a los abogados externos como funcionarios o servidores públicos
- Función pública. Concepto o dilema legal en el control gubernamental
- ¿Hito importante o extensión forzosa de la norma? Un análisis del concepto de funcionario y servidor público con base en el caso Gasoducto Sur Peruano II

### ● ADEMÁS EN GP&C

- La discrecionalidad administrativa. ¿Instrumento o fuente de corrupción?
- El acceso al secreto bancario por la CGR
- Marco institucional y régimen jurídico del servicio de transporte terrestre regular de personas



# SUMARIO

## ENTREVISTA

El Derecho Penal es la última línea de lucha contra la corrupción



**ROBERTO PEREIRA CHUMBE**

Abogado por la PUCP. Máster en Derecho Penal por las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra. Postgrado en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Socio del Área Penal del Estudio Benites, Vargas & Ugaz Abogados.

05

EDITORIAL

**Armando San Román Alva**  
El Marco Macroeconómico  
Multianual 2023-2026

07

NOTIDATOS DE GESTIÓN  
PÚBLICA

09

ENTREVISTA DEL MES

**Roberto Pereira Chumbe**  
El Derecho Penal es la última línea de lucha contra la corrupción

16

CUADERNO DE BITÁCORA  
Registro de las Consultorías  
con el Estado (Ley N° 31559)

18

ESPECIAL:  
FUNCIONARIO PÚBLICO

La debida interpretación del concepto de funcionario público bajo los alcances del numeral 3) del artículo 425 del Código Penal. Una breve nota  
**Ramón A. Huapaya Tapia**

25

¿Servidor, funcionario, trabajador, empleado o agente público?  
Aproximaciones conceptuales y regulación en el Perú desde una perspectiva administrativa  
**Gustavo Nilo Rivera Ferreyros**

33

El problema de considerar a los abogados externos como funcionarios o servidores públicos. A propósito de indagar sobre si los abogados externos pueden cometer el delito de colusión  
**Hugo R. Gómez Apac**

38

Alcances de la responsabilidad administrativa funcional en el procedimiento administrativo sancionador tramitado por la CGR  
**Yony César Aquino Quintana**

46

Función pública. Concepto o dilema legal en el control gubernamental  
**Juan José Díaz Guevara**



# El problema de considerar a los abogados externos como funcionarios o servidores públicos

A propósito de indagar sobre si los abogados externos pueden cometer el delito de colusión

The problem of considering external lawyers as public officials or servants. In order to investigate whether external lawyers can commit the crime of collusion

HUGO R. GÓMEZ APAC

Abogado. Magistrado principal por la República del Perú en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Expresidente del Consejo Directivo del OEFA, ex director nacional de Asuntos Jurídicos del MINJUSDH y ex asesor del despacho ministerial del MINCETUR.

Recibido : 23/08/2022

Aprobado : 25/08/2022

**Resumen:** ¿Un abogado externo que brinda una opinión jurídica en un asunto en materia de contratación pública o asociación público-privada puede ser denunciado por el delito de colusión? En el presente artículo, el autor busca dilucidar esta interrogante a través de un análisis de fuentes diversas como el Código Penal, jurisprudencia penal e informes técnicos.

**Abstract:** May an external lawyer who provides a legal opinion in a matter of public procurement or public-private partnership be sued for the crime of collusion? In this article, the author seeks to elucidate this question through an analysis of various sources such as the Penal Code, criminal jurisprudence and technical reports.

PALABRAS CLAVE: Opinión legal // Funcionario público // Asesoría legal // Servicio específico // Incentivos

KEYWORDS: Legal opinion // Public officer // Legal advice // Specific service // Incentives

## I. INTRODUCCIÓN

Es usual que las entidades públicas contraten la asesoría legal externa de abogados o estudios de

abogados con el objeto de estar mejor informados sobre los problemas o contingencias legales que podría generar una decisión a tomar o una acción a ejecutar. Los funcionarios públicos

---

Los **funcionarios públicos** quieren la **seguridad** de que lo que van a hacer, o no hacer, se **ajusta** a lo establecido en el **ordenamiento jurídico**, por lo que una **segunda** y hasta una **tercera** opinión legal les puede dar la **tranquilidad** que están buscando.

---

no quieren meterse en problemas y si bien las entidades cuentan con una oficina de asesoría jurídica, si están ante situaciones nuevas o complejas, la prudencia aconseja contar con mayores elementos de juicio. Es por la misma razón que a veces, en los temas médicos, se solicita una segunda opinión, para tener mayor confianza sobre consumir o no un medicamento novedoso o someterse o no a una cirugía complicada.

Los funcionarios públicos quieren tener la seguridad de que lo que van a hacer, o no hacer, se ajusta a lo establecido en el ordenamiento jurídico, por lo que una segunda y hasta una tercera opinión legal les puede dar la tranquilidad que están buscando. Nadie quiere ser inhabilitado o enviado a prisión, por lo que es un buen consejo recibir la mejor asesoría jurídica posible, la cual suele provenir más de afuera que de adentro, especialmente si la asesoría externa proviene de un jurista renombrado, profesor universitario y autor de diversas publicaciones.

Es normal consultar con abogados externos problemas en materia de contratación pública y asociaciones público-privadas, en particular debido a que sobre dicha materia muchos funcionarios

y servidores públicos son denunciados por auditores, procuradores y fiscales, y sometidos a procesos disciplinarios, procedimientos sancionadores por responsabilidad administrativa funcional y procesos penales.

En ese contexto nos preguntamos, ¿el abogado externo que brinda una opinión jurídica (no vinculante, como es obvio) en un asunto en materia de contratación pública o asociación público-privada (v. gr., una concesión) puede ser denunciado por el delito de colusión?

## II. ANÁLISIS

El artículo 384 del Código Penal tipifica el delito de colusión, tanto en su modalidad simple como agravada. La primera ocurre cuando el funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concierta (se pone de acuerdo) con los interesados (los administrados) para defraudar al Estado, o entidad u organismo del Estado. La segunda exige que la defraudación sea patrimonial.

El sujeto activo del delito de colusión es un funcionario o servidor público. Sobre el particular, el artículo 425 del Código Penal establece lo siguiente:

### **Artículo 425.- Funcionario o servidor público**

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. (Resaltado nuestro)

A simple vista, los abogados externos no están comprendidos en los numerales 1, 2, 4, 5, 6 y 7 del artículo citado. ¿Están comprendidos en el numeral 3? Si bien este numeral habla de vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza, condiciona la categoría de funcionario o servidor público al ejercicio de una función pública.

Así, para el Código Penal peruano estaremos frente a un funcionario o servidor público, bajo régimen laboral o contractual<sup>1</sup>, remunerado o *ad honorem*<sup>2</sup>, elegido, designado, nombrado, seleccionado o contratado, siempre y cuando ejerza una función pública.

En línea con ello, en el Recurso de Nulidad N° 1923-2012-Piura del 15 de enero de 2013, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República señaló lo siguiente:

**TERCERO.** Que el concepto penal de funcionario público es amplio. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del **ejercicio de una función pública** y de la cercanía con el bien jurídico tutelado (...). (Resaltado nuestro)

1 Como los contratos de locación de servicios suscritos al amparo de la Ley N° 29806, Ley que regula la contratación de personal altamente calificado en el sector público y dicta otras disposiciones.

2 Como ocurre con los integrantes de los consejos consultivos.

---

Según el Código Penal y el **criterio uniforme** de la **jurisprudencia penal** de la Corte Suprema, un **requisito sine qua non** para **calificar a una persona de funcionario o servidor público** es que **ejerza función pública.**

---

En igual sentido, en la Sentencia N° 503-2017/Callao del 5 de noviembre de 2018, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República mencionó lo siguiente:

**QUINTO.** (...)

(...)

Desde el Derecho Penal se exige, entonces, para ser considerado funcionario o servidor público (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 –determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta– (Conforme: MIR PUIG, CARLOS: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 22). (Resaltado nuestro)

Como puede apreciarse, según el Código Penal y el criterio uniforme de la jurisprudencia penal de la Corte Suprema, un requisito *sine qua non* para calificar a una persona de funcionario o servidor público es que ejerza función pública.

El abogado externo contratado para brindar una opinión jurídica (no vinculante) no ejerce función pública, como tampoco la ejerce el arquitecto contratado para confeccionar un mapa,

---

## El abogado externo contratado para brindar una **opinión jurídica** (no vinculante) no ejerce **función pública**.

---

el economista para elaborar una estadística, el lingüista para corregir la redacción y ortografía de una publicación o el gasfitero para arreglar los baños de la entidad pública.

No es función pública el servicio específico que brinda un tercero contratado bajo la Ley de Contrataciones del Estado y que concluye una vez que la prestación ha sido ejecutada: la entrega del informe o mapa, o la reparación de los baños. Sobre el particular, en el Informe Técnico N° 001247-2021-SERVIR-GPGSC de fecha 25 de junio de 2021, la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil concluyó lo siguiente:

3.3 De acuerdo con el criterio jurisprudencial y legal señalado en el presente informe, la prestación de servicios autónomos que realiza un personal o las consultorías privadas (ambas mediante contratos de locación u órdenes de servicios) que presuponen realizar un servicio específico externo o en un área específica o insertada dentro de una organización estatal, **no califica como función pública**, sino como la prestación de un servicio de un tercero que una vez agotado el trabajo o actividad específica para el que fue contratado, su relación se extingue; por lo que no podrían ser considerados como servidores públicos. (Resaltado nuestro)

Los abogados externos no ejercen función pública, por lo que no pueden ser calificados como funcionarios o servidores públicos según el numeral 3 del artículo 425 del Código Penal. Consecuencia de ello, no pueden cometer el delito de colusión.

Si los abogados externos son calificados como funcionarios o servidores públicos, ello va a tener efectos contraproducentes en la buena marcha de la administración pública. Como hemos afirmado, nadie quiere meterse en problemas y ello incluye a los juristas de renombre que trabajan en estudios de abogados. Ellos van a tener un incentivo poderoso para negarse a brindar asesoría legal a los órganos u organismos de la administración pública. Si de pronto la emisión de una opinión jurídica –que bien puede coincidir con lo expuesto en la cátedra universitaria o en una conferencia académicas– puede generar responsabilidad penal, los principales afectados serán los funcionarios y servidores públicos, quienes, al no poder obtener la tranquilidad y seguridad que esperan con la opinión especializada de un jurista de renombre, van a tener, a su vez, fuertes incentivos para no adoptar la decisión (o no ejecutar la acción) o retrasarla lo más que puedan.

La gestión pública necesita respuestas rápidas, especialmente cuando aparecen situaciones imprevisibles, complejas, de mucho riesgo. De pronto no se consiguen cotizaciones... se cae el proceso de selección... el ganador de la buena pro no quiere firmar el contrato... el contratista incumple sus obligaciones... el contratista acaba de fallecer... no se va a terminar la obra pública en el plazo ofrecido... el ministro se va a molestar... el presidente va a despedir al ministro... Y a este ambiente de avatares e infortunios hay que agregar que los servidores civiles trabajan a salto de mata en un campo minado de denuncias de auditores, procuradores y fiscales.

### III. CONCLUSIONES

Lo que menos necesitan los ciudadanos son funcionarios y servidores públicos miedosos, pusilánimes, incapaces de tomar decisiones o de ejecutar acciones. Pero si ellos no van a poder contar con asesoría legal externa especializada que les dé buen consejo (y con ello confianza y tranquilidad) sobre lo que se puede hacer

y cuáles las contingencias a enfrentar, lo que veremos será la parálisis de la administración pública, una inercia motivada por el miedo, por el temor a la sanción, a la inhabilitación o, lo que es peor, el pánico a la prisión. Sin buena asesoría jurídica externa, el servidor civil hará “nada”, se convertirá en un “burócrata zombi” que se ingeniará para estar ocho horas en la oficina evadiendo responsabilidades, eludiendo firmar resoluciones, directrices, informes, contratos, memorandos, y hasta esquivando el envío de mensajes y correspondencia.

La ventaja de hacer “nada” será evitar meterse en problemas, pero la gran desventaja para la ciudadanía será que esta va a recibir nada de servicios públicos, nada de bienes públicos, nada de gestión pública.

#### REFERENCIAS

Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil. (25 de junio de 2021). Informe Técnico 001247-2021-SERVIR-GPGSC.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (5 de noviembre de 2018). Sentencia 503-2017/Callao.

---

**La prestación de servicios autónomos por un personal o las consultorías privadas que presuponen realizar un servicio específico externo o en un área específica, o insertada dentro de una organización estatal no califican como función pública.**

---

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (15 de enero de 2013). Recurso de Nulidad N° 1923-2012-PIURA.





# Gestión Pública & Control

## DIPLOMADO INTERNACIONAL

### GESTIÓN PÚBLICA

Certificado por la Universidad de San Martín de Porres



**Juan F.  
Jiménez Mayor**  
Director del Diplomado



**Inicio de clases  
martes 27 de setiembre**

## DIPLOMADO

### ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO REGISTRAL

Certificado por la Universidad de San Martín de Porres




**Jorge Luis  
Gonzales Loli**  
Director del Diplomado



**Inicio de clases  
lunes 3 de octubre**

**NUEVOS PRODUCTOS Y SERVICIOS:  
SUSCRIPCIÓN 2022**

 **(01) 710-8900** Anexos: **414-303**  
[ventasonline@gacetacomercial.com.pe](mailto:ventasonline@gacetacomercial.com.pe)

CON EL RESPALDO DEL GRUPO

**GACETA  
JURIDICA**

**29 AÑOS DE LIDERAZGO**

ISSN 2707-031X



9 772707 031007 >