

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

Maestría en Derecho Penal



Título de tesis para optar el grado de magíster:

*“El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del  
“funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública”*

**Autora:**

Giovanna Yahaira Rodríguez Olave

**Asesor:**

Prof. Luis Alberto Bramont Arias Torres

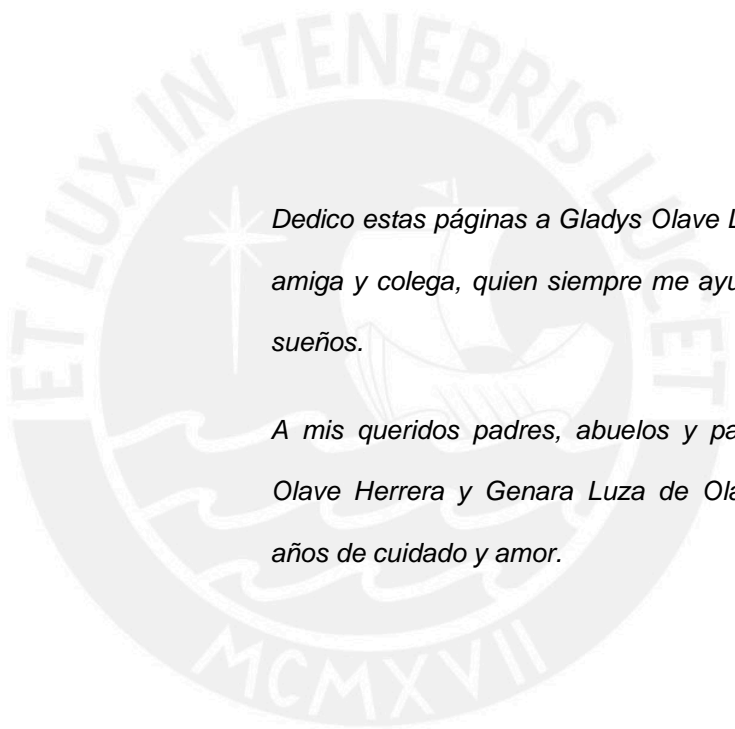
**Jurados:**

Prof. Ivan Meini Mendez

Prof. Yvan Montoya Vivanco

Lima - Perú

2015

A large, faint watermark of the university's logo is centered on the page, featuring the Latin motto "ET LUX IN TENEBRIS LUCET" and the year "MCMXXVII".

*Dedico estas páginas a Gladys Olave Luza, mamá, mejor amiga y colega, quien siempre me ayudó a alcanzar mis sueños.*

*A mis queridos padres, abuelos y padrinos, Ynocencio Olave Herrera y Genara Luza de Olave, por todos los años de cuidado y amor.*

## AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, quien me ha protegido y cuidado siempre. A mi madre, Gladys Olave Luza, mi fuerza y motor, quien con su trabajo diario me ha enseñado sobre el Derecho Penal desde que tengo uso de memoria. A mi familia por apoyarme en la difícil tarea del estudio del Derecho, especialmente a mis abuelos, Ynocencio Olave Herrera y Genara Luza de Olave y a mi tíos Dorgui, Erika, Jesús, Reynaldo, Flor, Álvaro y Edith, quienes siempre me motivaron como profesional y como persona. Gracias también a mi querido Miguel Alonso Álvarez, por su cariño e invaluable apoyo en la revisión crítica de mi trabajo de investigación.

Expreso un especial agradecimiento al asesor de esta tesis, al maestro Luis Alberto Bramont Arias Torres, quien a través de sus consejos, reflexiones y pautas metodológicas orientó mi investigación.

Manifiesto mi gratitud a los profesores de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialmente a los maestros María del Carmen García Cantizano, Raúl Pariona Arana e Yvan Montoya Vivanco, así como al director de dicha maestría, Ivan Meini Mendez, quienes escucharon pacientemente mis inquietudes, dentro y fuera de las aulas.

Debo expresar mi agradecimiento a la Escuela de Posgrado de mi Alma Mater, pues gracias al apoyo económico del Fondo Galileo, tuve la oportunidad de estudiar un curso de posgrado impartido por la Universidad de Castilla - La Mancha. Esta experiencia académica me permitió contar con la invaluable guía del maestro Eduardo Demetrio Crespo, quien fue un apoyo fundamental en consecución de este trabajo. También agradezco a las profesoras de dicha universidad, Ana Isabel Pérez Cepeda y Demelsa Benito Sánchez, quienes me proporcionaron bibliografía invaluable para mi tesis.

Asimismo, debo agradecer a los profesores de la Universidad de Castilla - La Mancha, Juan Carlos Ortiz Pradillo y Manuel Maroto Calatayud, quienes me permitieron exponer el tema del “funcionario de hecho” en las VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Penal y Procesal Penal de la referida casa de estudios. Dicha ponencia me permitió contar la historia de Barbario Filipo en la ciudad de Toledo.



*"Nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos."*<sup>1</sup> Capítulo XLII "De los consejos que dio Don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula, con otras cosas bien consideradas". Miguel de Cervantes Saavedra. El ingenioso caballero don Quijote de la Mancha (Segunda Parte).

---

<sup>1</sup> La ley del encaje es el juicio que discrecionalmente forma el juez, sin tomar en cuenta lo que las leyes disponen.

## ÍNDICE

I.	Introducción.....	9
II.	Planteamiento del problema.....	11

### **Primer capítulo: Aproximación a los delitos contra la administración pública en los que el sujeto activo es un funcionario público.....16**

1.	El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública.....	17
2.	Los delitos contra la administración pública en los que el funcionario público es sujeto activo, entendidos como delitos de infracción de deber.....	23
3.	El perfil del sujeto activo en los delitos contra la administración pública: especial consideración a los delitos de peculado y colusión.....	27
3.1	En el delito de peculado doloso.....	28
3.2	En el delito de colusión.....	30

### **Segundo Capítulo: El concepto de funcionario público.....33**

1.	El concepto de funcionario público en el ordenamiento jurídico peruano a efectos administrativos.....	34
2.	El concepto de funcionario público a efectos penales.....	39

2.1. Elementos que constituyen el concepto de funcionario público en el Derecho Penal.....	41
2.1.1 Participar en la función pública.....	41
2.1.2. Título habilitante.....	46
2.2. Regulación del concepto de funcionario público a efectos penales en instrumentos internacionales y derecho comparado.....	49
2.2.1 Instrumentos internacionales.....	49
2.2.2 Derecho comparado.....	52
3. El concepto de funcionario público en el Código Penal peruano.....	55
3.1 El Artículo 425 del Código Penal peruano.....	58
3.2. Los artículos 386, 388 y 392 del Código penal peruano.....	85
4. Propuesta de concepto de funcionario público: ¿Es necesario que el Código Penal defina dicho concepto?.....	86
III. A modo de conclusión de los capítulos primero y segundo.....	93
<b>Tercer Capítulo: El concepto de funcionario de hecho.....</b>	<b>94</b>
1. El funcionario de hecho en el Derecho Administrativo.....	95
1.1 Entonces, ¿a quién denominamos funcionario de hecho a efectos administrativos?.....	103

1.2 El concepto de funcionario de hecho a nivel administrativo y su relación con el artículo 361 del Código Penal.....	105
2. El funcionario de hecho en el Derecho Penal.....	108
3. El funcionario de hecho en la jurisprudencia.....	113
3.1. El funcionario de hecho en la jurisprudencia peruana.....	113
3.2. El funcionario de hecho en la jurisprudencia española.....	118
<b>Cuarto capítulo: La problemática en torno al concepto de funcionario de hecho.....</b>	<b>121</b>
1. Concepto que atenta contra el Estado Constitucional de Derecho.....	123
2. La necesidad del título habilitante para ser funcionario público a efectos penales.....	124
3. Vulneración del principio de legalidad.....	128
3.1 El concepto de funcionario de hecho y el mandato de determinación.....	128
3.2 El concepto de funcionario de hecho es una analogía “ <i>in malam partem</i> ”.....	131

4. Vulneración al fundamento del delito de peculado, entendido como delito de infracción de deber.....134

IV. Conclusiones generales.....138

V. Bibliografía.....147



## I. Introducción

Si bien no es posible dar con un concepto de corrupción, ello debido a la complejidad y extensión de este fenómeno, sí se puede afirmar que, en toda sociedad, la corrupción pública se traduce en el desgobierno, el nepotismo, la anarquía y el trasvase de los caudales públicos a bolsillos privados, entre otras funestas consecuencias.

Una de las formas para combatir este fenómeno es la tipificación penal de conductas lesivas a la administración pública. No obstante, desde los medios de comunicación, que a su vez influyen notablemente en la actuación del legislador y del poder judicial, a menudo se plantea que este fenómeno criminal debe ser combatido sin restricción alguna. Se parte de la premisa de que el fin justifica los medios y, por ende, es del todo justificable el alejamiento de los derechos fundamentales, así como de los principios y garantías del Derecho Penal (entre ellos el principio de legalidad) si se trata de combatir este y más problemas que perturban el orden político-social.

En tal sentido, resulta necesario tratar de definir, así como analizar a fondo, a uno de los protagonistas de los delitos contra la administración pública y que justamente es uno de los partícipes en los actos de corrupción, nos referimos al funcionario público. En este orden de ideas, se destaca que uno de los problemas que existe en la conceptualización de dicho sujeto es la asunción de la noción de funcionario de hecho en el ámbito penal, figura de origen

administrativo y que ha sido acogido por la jurisprudencia en el ámbito penal, la cual plantea, tal y como estudiaremos a lo largo de la presente tesis, un cúmulo de problemas para el Derecho Penal.



## II. Planteamiento del problema

La mayoría de los delitos contra la Administración Pública tienen como sujeto activo al funcionario o servidor público. Ante esta premisa, debemos formular la siguiente pregunta: ¿qué debe entenderse por funcionario público a efectos del Derecho Penal? Existen varias soluciones al interrogante planteado. En primer lugar, es posible que el Código Penal defina a este funcionario y se extraiga su definición de la literalidad de este cuerpo normativo; en segundo lugar se puede equiparar tal concepto con el brindado por el Derecho Administrativo; en tercer lugar, el Código Penal podrá utilizar ejemplos y/o descripciones de funcionario público, los cuales podrán ser de uso por parte de los operadores jurídicos; finalmente, la jurisprudencia nos brinda una serie de concepciones casuísticas de funcionario público, según el supuesto de hecho que sea puesto a conocimiento del juzgador.

A fin de contestar la pregunta realizada, la hipótesis de los dos primeros capítulos será establecer que la noción de funcionario público es un concepto autónomo a efectos penales, pero que requiere de algunos alcances proporcionados por el Derecho Administrativo: nos referimos a los títulos habilitantes.

De este modo, con la finalidad de corroborar esta primera hipótesis, en la primera parte de esta tesis (capítulos primero y segundo) abordaré el concepto de funcionario público, tomando como punto de referencia el bien jurídico protegido



en los delitos contra la administración pública, así como su relación con algunos delitos en concreto (peculado y colusión).

Asimismo, un objetivo de esta primera parte será proceder a analizar la técnica legislativa relativa al concepto de funcionario público desde la perspectiva del derecho comparado y los instrumentos internacionales, con el objeto de contrastar el artículo 425 del Código Penal peruano, en el cual se desarrollan supuestos de funcionario público, con las legislaciones extranjeras y las convenciones internacionales.

A fin de concluir con esta primera parte, mi objetivo será establecer la operación práctica a partir de la cual el operador jurídico podrá identificar al funcionario público, para posteriormente determinar si éste posee la aptitud para asumir la calidad de sujeto activo en un delito contra la Administración Pública.

Posteriormente, tras haber entendido a qué nos referimos cuando esbozamos la idea de funcionario público a efectos penales, la segunda parte de la presente tesis tiene por objetivo el análisis del concepto de funcionario de hecho.

En este punto analizaremos sucintamente quién es este funcionario de hecho, ello a modo de planteamiento de la problemática que será estudiada a detalle en los capítulos tercero y cuarto de la presente tesis. Al respecto, los órganos jurisdiccionales peruanos, en el marco del delito de peculado, han señalado que ostenta la condición de funcionario administrador de hecho aquel ciudadano que

además de formar parte del sector público, tiene un efectivo dominio del ámbito administrativo concernido. En similar sentido, el Tribunal Supremo español, aun cuando no hace alusión expresa al funcionario de hecho, ha establecido que la definición de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo, lo cual resulta, a mi juicio, una clara referencia a la concepción del funcionario de hecho.

De esta manera, se deja en claro que, independientemente del vínculo funcional, una persona puede ser sancionada por un delito funcional si ha ejercido materialmente la administración de un cargo público y/o ha participado en las funciones públicas.

De tal modo, la segunda parte de la presente investigación partirá de la hipótesis de que la inclusión jurisprudencial de personas que inicialmente habían sido excluidas del tipo penal y acuñar el término de funcionario de hecho es un problema para el Derecho Penal; ello en atención a que, a mi juicio, el concepto de funcionario de hecho vulnera no solo el principio de legalidad, sino el fundamento mismo de los delitos de infracción de deber, así como el Estado de Derecho.

A efectos de corroborar la hipótesis planteada en la segunda parte, uno de los objetivos que abordará mi tesis será establecer si, en el caso de los funcionarios públicos, es necesario un título habilitante que introduzca de manera heterónoma al ciudadano en el "*cursus honorum*". En respuesta a tal cuestionamiento, se

establecerá que la señalada habilitación no solo es acogida por el Código Penal peruano, sino por los instrumentos internacionales.

Otro objetivo de esta tesis será analizar el concepto de funcionario de hecho bajo la óptica del principio de legalidad. En relación con este argumento, se entiende que cuando se analiza la concepción de funcionario público bajo la óptica de los tipos penales que he seleccionado (peculado y colusión), hay un proceso de valoración en el que se analiza si este funcionario público es apto para llegar a ser el sujeto activo de los citados delitos, en ese sentido, la introducción del funcionario de hecho supone, en nuestra opinión, incurrir en una analogía "*in malam partem*".

Un tercer objetivo de este trabajo es el análisis de los delitos contra la administración pública (peculado y colusión), bajo esta óptica, el concepto de funcionario de hecho atentaría contra la esencia misma de estos delitos; ello porque en estos ilícitos, los tipos penales cuentan con exigencias o deberes asignados a funcionarios públicos en concreto. Por tanto, la característica distintiva de esta clase de delitos es la naturaleza del deber especial, cuya infracción convierte en autor al obligado especial, razón por la cual un ciudadano que no ostente dicho deber especial no puede ser autor de esta clase de delitos.

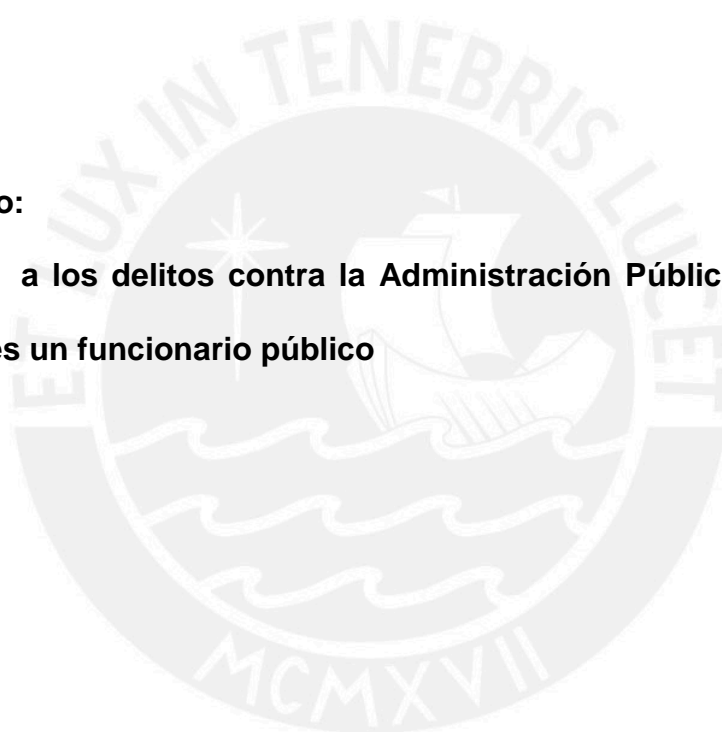
Así entonces, a lo largo de la presente tesis procederé a esbozar un concepto de funcionario público a efectos jurídico-penales, ello con la finalidad de poder

concluir que el concepto de funcionario de hecho constituye una seria dificultad para el Derecho Penal.



**Primer capítulo:**

**Aproximación a los delitos contra la Administración Pública en los que el sujeto activo es un funcionario público**



En este capítulo no se pretende agotar la temática de los delitos contra la administración pública, así como tampoco se busca desarrollar la tipicidad de los mencionados ilícitos penales. El objetivo del presente capítulo es analizar el bien jurídico protegido por los referidos delitos, específicamente aquellos ilícitos en los que el funcionario o servidor público es sujeto activo. Asimismo, se abordará dicha clase de delitos desde la perspectiva de la infracción del deber, estableciendo cuál es el deber vulnerado en dos delitos seleccionados, a saber, peculado y colusión, en los cuales se buscará establecer el perfil del sujeto activo.

### **1. El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública**

El objetivo de este acápite es destacar la existencia de un bien jurídico común a los delitos del Título XVIII del Libro II del Código Penal, que ha sido denominado *“Delitos contra la Administración Pública”*, en los que el funcionario público es sujeto activo. Sin embargo, como fuera señalado por García Arán, la formulación que se realizará en este punto necesitará una concreción particular en cada uno de los tipos penales que integran el referido título, motivo por el cual, lo que se pretende es fijar una *“(…) orientación global de todos ellos”*<sup>2</sup>.

Al respecto, debo señalar que la doctrina nacional no ha sido pacífica al determinar cuál es el bien jurídico objeto de tutela por parte de estos tipos

---

<sup>2</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. La prevaricación judicial. Madrid: Tecnos, 1990, p. 24.

penales<sup>3</sup>. Dicha problemática no es exclusiva del ordenamiento jurídico peruano, pues la formulación del bien jurídico en los delitos de funcionarios también ha sido motivo de discusión en el derecho comparado<sup>4</sup>.

Sobre el particular, debo hacer breve mención a la evolución histórica de las posiciones doctrinales, las cuales han pasado de catalogar al bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración Pública desde la inmoralidad, la deshonestidad, la pérdida de valores morales, la fidelidad a la Administración Pública<sup>5</sup>, la regularidad y/o normalidad en el ejercicio de la función pública<sup>6</sup>, así

---

<sup>3</sup> Para mayor información se recomienda revisar: SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley. 2da edición, REYNA ALFARO, Luis Miguel. Delitos contra la Administración Pública Lima: Jurista Editores, 2009; ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública, 4ta edición. Lima: Grijley, 2007.

<sup>4</sup> En la doctrina española, se han desarrollado teorías respecto al bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Por un lado, se debe resaltar la teoría de la infracción del deber del cargo, la misma que centra su atención en la relación entre el funcionario público y la administración, en palabras de Roca Agapito “(...) *el contenido material de injusto común a estos delitos se agota en la infracción de los deberes que tiene el funcionario para con la Administración*”. Posteriormente, se generó la teoría que centró la atención en la relación que existía entre la Administración y los ciudadanos. Para mayor información sobre las referidas teorías verificar el libro ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999, pp. 44-49.

Respecto a la doctrina italiana, conforme destaca García Arán, gran parte de los juristas consideran que el objeto de protección sobre los “*delitti de pubblici ufficali contra la pubblica amministrazione*” es la Administración Pública globalmente considerada. Sobre esta posición, autores como Manzini señalan que lo que se protege es el prestigio de la Administración Pública. Para mayores citas bibliográficas sobre el tema revisar GARCÍA ARÁN, Mercedes. La prevaricación judicial. Op.cit., p. 28.

En relación a la doctrina alemana, existe la discusión de considerar a estos tipos penales como delitos de infracción de un deber. Para mayores citas bibliográficas sobre el tema, revisar GARCÍA ARÁN, Mercedes. La prevaricación judicial. Op.cit., p. 29.

<sup>5</sup> Sin embargo, como se verá más adelante no se puede avalar el criterios de fidelidad a la administración pública en tanto que no nos encontramos ante una responsabilidad de carácter administrativo, la cual tiene su sustento en la relación entre el funcionario público y la Administración Pública.

<sup>6</sup> Otra posición ( Soler, Fontán Balestar, Portocarrero Hidalgo y Hugo Álvarez) resalta que lo que se protege en esta clase de delitos es la regularidad o normalidad en el ejercicio de la función pública. Para Reyna Alfaro, esta posición tiene como principal déficit el reconducir la protección que proporciona el Derecho Penal a la propia función pública. Para mayor información revisar REYNA ALFARO, Luis Miguel. El Bien Jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública. En REYNA ALFARO, Luis Miguel. Delitos contra la Administración Pública Lima: Jurista Editores, 2009, p. 257.



como, la función pública *per se*<sup>7</sup>, a posiciones matizadas. Entre estas últimas, la doctrina contemporánea sostiene que lo que se protege es la infracción de los deberes del cargo del funcionario público.

Sin embargo, esta última posición no satisface a teóricos que consideran que no se puede señalar que el núcleo esencial de los delitos contra la Administración Pública recae en los deberes del funcionario<sup>8</sup>. Aunada a esta crítica Asua Batarrita señala que “(...) *las referencias a la deslealtad e infidelidad del funcionario para con el Estado o la Administración resultan demasiado ambiguas si no se conectan a lo que constituye la legitimación de las instituciones democráticas*”<sup>9</sup>.

En ese sentido, la doctrina más actual considera que lo que se protege es el correcto funcionamiento de la Administración Pública<sup>10</sup>, objeto de protección que ha sido definido como la “(...) *preservación de la forma de actuación de la Administración conforme a sus fines y en el sometimiento a aquellos principios que*

---

<sup>7</sup> Para Roca Agapito, quien marcó un hito fundamental en el concepto de bien jurídico fue Octavio de Toledo, quien en su monografía “La prevaricación del funcionario” establece cual es el bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Roca Agapito citando a Octavio de Toledo señala que a pesar de la heterogeneidad de ilícitos cometidos “(...) *puede descubrirse un sustrato homogéneo a todos ellos*”, de este modo, se define el bien jurídico protegido como el correcto ejercicio de la actividad administrativa, es decir, la función pública como bien jurídico protegido en última instancia. ROCA AGAPITO, LUIS. El delito de malversación de caudales públicos. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999, p. 47.

<sup>8</sup> ASUA BATARRITA, Adela. «La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria». *Delitos contra la Administración Pública*. Edición de Adela Asua Batarrita. Bilbao: Instituto Vasco de la Administración Pública, p. 20.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Salinas Siccha señala que en los delitos contra la administración pública se busca proteger “(...) *el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común*”. SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p. 5.



*informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia*<sup>11</sup>. De este modo, como señala Reyna Alfaro, este bien jurídico se concreta atendiendo a los intereses de la ciudadanía y conforme a los principios constitucionales<sup>12</sup>.

Sobre el particular, debe señalarse que la jurisprudencia constitucional recoge esta perspectiva de bien jurídico, posición que comparto. Al respecto si bien existen diferentes resoluciones que destacan esta perspectiva<sup>13</sup>, debe resaltarse la resolución de fecha 3 de mayo de 2012, emitida en el Expediente N.º 00017-2011-PI/TC<sup>14</sup>, a través de la cual el supremo intérprete de la Carta Magna concluye que el correcto funcionamiento de la Administración Pública tiene carácter constitucional.

<sup>11</sup> ASUA BATARRITA, Adela. «La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria». Op.cit., p.21.

<sup>12</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. «El Bien Jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública». En REYNA ALFARO, Luis Miguel. Delitos contra la Administración Pública Lima: Jurista Editores, 2009, p. 247.

<sup>13</sup> Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 21 de julio de 2005 recaída en el expediente N.º 0019-2005-PI/TC; así como la sentencia del 8 de agosto de 2008 expedida en el expediente N.º 01271-2008-PHC/TC; la resolución de aclaración de fecha 23 de abril de 2007, emitida en el expediente N.º 006-2006-PCC/TC y la sentencia de fecha 29 de agosto de 2007 expedida en los expedientes acumulados N.º 0009-2007-PI/TC y 0010/2007-PI/TC. Para revisar el contenido de las citadas sentencias se sugiere visitar la página de Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Proyecto Anticorrupción. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/tribunal-constitucional/>. Consultado el 20 de marzo de 2015.

<sup>14</sup> Al respecto, se resalta el considerando 16, en el cual se señala que *“A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho Penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39° y 41° de la Constitución (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N.º 009-2007-AI, 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N.º 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que :*

*“la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por la naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones pública, así como los actos de corrupción específicamente vinculadas con tal ejercicio”.* Jurisprudencia extraída de HUAMÁN CASTELLARES, Daniel. Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios. Extractos sustantivos y procesales. Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Cooperación Alemana al Desarrollo GIZ. Lima: ARA Editores, 2014, p. 38.

Asimismo, en la referida resolución se establece el contenido del citado bien jurídico. De este modo, el Tribunal Constitucional señala que el correcto funcionamiento de la Administración Pública estará conformado por un conjunto de garantías y de principios constitucionales que determinarán dicho bien jurídico.

En cuanto a mi posición al respecto, considero que no se puede hacer alusión al correcto funcionamiento de la Administración Pública sin tener en cuenta los deberes que obligan al funcionario público. Sin embargo, no es correcto considerar que estos deberes son el objeto de tutela por parte del Derecho Penal, sino que los referidos deberes constituyen instrumentos o medios para proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Así también, descarto de plano que lo que se pretende proteger es el deber de fidelidad del funcionario hacia la Administración Pública.

En mi opinión, si se quiere hacer alusión a estos deberes se debe analizar la descripción de los tipos penales y estudiarlos en función a la concreción del cargo de cada funcionario público, posición que será desarrollada en el numeral 2 del presente capítulo. De este modo, los deberes se encuentran concretados en cada uno de los tipos penales, los mismos que, en palabras de García Arán, son deberes en relación al administrado, “(...) *sin cuya concreción se difumina la función*”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. La prevaricación judicial. Op.cit., p 37.

De esta forma, no es el deber del funcionario público el bien jurídico protegido, como tampoco es correcto señalar que dicho deber forma parte del correcto funcionamiento de la Administración Pública, tal y como han sugerido algunos autores<sup>16</sup>.

Así entonces, si bien el objeto de tutela genérica de protección es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, debe analizarse en cada tipo penal el valor o interés específico que pueda afectarse<sup>17</sup>. Esta posibilidad, nos permite acercarnos a una de las conclusiones del presente trabajo de investigación, y es que si es necesario verificar el bien jurídico afectado en cada delito contra la Administración Pública, también deberá analizarse en cada tipo penal el perfil del sujeto activo.

En efecto, considero que no todo funcionario público reúne las características para ser autor de todos los delitos contra la Administración Pública, motivo por el cual debe tenerse en cuenta la aptitud o perfil del funcionario público en cada tipo penal, para que éste pueda llegar a ser sujeto activo de un ilícito concreto. Pretendo desarrollar la cuestión planteada en los siguientes capítulos.

---

<sup>16</sup> Sobre el particular, Rojas Vargas considera que existen tres elementos que forman parte del bien jurídico en los delitos contra la administración pública: a. Previsiones legales que regulan las funciones públicas y los servicios, b. Principios que vinculan la administración pública con la actividad de los funcionarios públicos. c. Ejercicio de funciones y servicios públicos de conformidad a las atribuciones y competencias establecidas en las leyes y reglamentos. Sobre el particular no estoy de acuerdo que los deberes o atribuciones estatales formen parte del bien jurídico protegido. Para mayor información: ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p.15.

<sup>17</sup> ASUA BATARRITA, Adela. «La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria».Op.cit. p. 22.

## 2. Los delitos contra la administración pública en los que el funcionario público es sujeto activo entendidos como delitos de infracción de deber.

Después de esbozar lo que entendemos como el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública, corresponde señalar que esta clase de delitos son considerados como delitos de infracción de deber<sup>18</sup>. Así, el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a través, del Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, señala que determinados tipos legales se forman a partir de la infracción de deber especial que le corresponde al autor,<sup>19</sup> lo cual resulta una “(...) característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Para mayores alcances sobre los delitos de infracción de deber: PARIONA ARANA, Raúl. «La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias», en Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 19, Enero 2011, pp. 69-83. CARO JOHN, José Antonio. «Algunas Consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf). Consultado el 20 de junio de 2014.

<sup>19</sup> A fin de verificar el contenido del Acuerdo Plenario, se sugiere revisar en: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Sección Jurisprudencia del Sistema Nacional, en: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/acuerdo\\_plenario\\_n2-2011-cj-116\\_6-12-2011.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/acuerdo_plenario_n2-2011-cj-116_6-12-2011.pdf). Consultado el 15 de febrero de 2015.

<sup>20</sup> El Pleno Jurisdiccional resume así esta idea: “El autor del delito- de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta”. Asimismo, en el considerando noveno se señala que independientemente del dominio de la situación fáctica, la infracción de deber convierte al funcionario o servidor público en autor de dichos delitos.

Bajo esta misma posición, autores como Caro Jhon señalan que los delitos contra la administración pública deben ser considerados como delitos de infracción de deber<sup>21</sup>.

Esta teoría presenta sus detractores: así se tiene a Donna y a Gracia Martín, quienes critican la vaguedad que presentan los deberes en cuestión<sup>22</sup>.

Entonces, si nos hallamos ante delitos de infracción de deber, es necesario cuestionar cuáles son los deberes en particular que se infringen. De tal modo, resulta oportuno citar a García Arán, quien señala que:

*“Si tal infracción del deber se configura en sentido subjetivo y exclusivamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y el funcionario, la interpretación de los tipos penales, no sólo se empobrece, sino, lo que es más grave, adopta un tinte antidemocrático en el que, en definitiva, el núcleo del injusto radica en la lesión de la autoridad del Estado”<sup>23</sup>.*

Entonces, esta consideración subjetiva del deber podría, en opinión de Jaso, conducir a la indiferenciación entre los delitos de funcionarios y las infracciones

---

<sup>21</sup> Caro John señala que “no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración” CARO JOHN, José Antonio. «Algunas Consideraciones sobre los delitos de infracción de deber». Op.cit., p.3.

<sup>22</sup> Sobre el particular, recomiendo leer Donna. Edgardo Alberto. “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal”. En Revista Latinoamericana de Derecho. Año II, núm 4, julio- diciembre de 2005, p. 153- 173.

<sup>23</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op.cit. p. 37.

disciplinarias<sup>24</sup>. Es por ello que, como lo señalamos en el acápite correspondiente al bien jurídico, si pretendemos señalar que se está ante delitos de infracción de deber, se debe partir por objetivizar este deber. Esta afirmación significa que el deber debe analizarse en función a cada tipo penal. Entonces debemos encontrar en cada tipo penal cuál es el ámbito de la función pública que ha sido vulnerado por el funcionario o servidor público, siendo que tras analizar la configuración del cargo de cada funcionario podremos concluir cuál es el “deber” vulnerado.

Sobre el particular, Pariona Arana ha señalado que estos deberes provienen del Derecho Penal y no de otras ramas del ordenamiento jurídico. Al respecto, el citado autor señala que *“Los criterios materiales se basan en construcciones penales cuyo punto de partida es el tipo pena”*<sup>25</sup>.

De esta manera negamos categóricamente que estemos ante un delito contra la administración pública si se ha infringido el “deber de fidelidad”, el “deber de obediencia”, los deberes establecidos por el Código de Ética de la Función Pública<sup>26</sup>, o como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la República, su *“(…) rol especial de funcionario o servidor público”*<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Si bien para Roxin se deben analizar los delitos de infracción de deber, en función a los deberes extrapenales, para Pariona Arana este deber especial debe de tener una naturaleza penal, ello porque la autoría no puede fundamentarse en estructuras extrajurídicas, ya sean *“ontológicas, sociales éticas o filosóficas”*. PARIONA ARANA, RAÚL. «La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias». Op.cit. pp.75-79.

<sup>26</sup> En relación a este Código de Ética de la Función Pública, debo destacar su artículo 7°, en el cual están descritos los deberes de la función pública, a saber, el deber de neutralidad, transparencia, discreción, ejercicio adecuado de bienes del Estado, el uso adecuado de los bienes del Estado, la responsabilidad y la legalidad. Estos deberes, conforme el Decreto Supremo N.º 033-2005, Reglamento del Código de Ética de la Función Pública son *“(…) el conjunto de preceptos que sirven para genera la confianza y credibilidad de la*



Considero necesario precisar que si el funcionario infringe un deber de su cargo, tal circunstancia no implica “*per se*” la comisión de un ilícito penal. Sobre el particular, debe tomarse nota, como lo hicieron Olaizola Nogales y Díaz y García Conlledo, que la prevención y represión de la mera infracción de deberes funcionariales, los cuales no tengan trascendencia con el bien jurídico, deberá quedar como una sanción disciplinaria<sup>28</sup>, ello en mérito a que debemos concebir al Derecho Penal como “*ultima ratio*”<sup>29</sup>, y por ende, entender que solo la gravedad de la conducta podrá determinar que nos encontramos ante un ilícito penal.

En tal orden de ideas, si bien es correcto -a mi juicio- establecer que esta clase de delitos son de infracción de deber, debe verificarse que este deber se relaciona con la configuración del cargo del funcionario público y su relación con el ilícito cometido en función a cada tipo penal.

---

*comunidad en la función pública y en quienes lo ejercen*”. De modo que, los servidores públicos están obligados, de acuerdo a la normativa vigente, a observar los citados deberes.

<sup>27</sup> Ejecutoria Suprema R.N.N.° 4564-2007-Piura en la que la Corte Suprema de Justicia de la República hace alusión al delito de colusión “3(...)Asimismo este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laedere* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional positivo que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (...)”Gaceta penal y procesal penal, N.° 17, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 216. Jurisprudencia citada por: HUAMAN CASTELLARES, Daniel. Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios. Extractos sustantivos y procesales, Op.cit, p. 41.

<sup>28</sup> Sobre el particular véase OLAIZOLA NOGALES, Inés, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel «La responsabilidad penal de los funcionarios públicos. El código penal de 1995 », en Auditoría pública, pp. 39-52.

<sup>29</sup> “No se debe pensar que el Derecho Penal es el único, primero o más adecuado de los medios de lucha contra la corrupción, sino que deben mediar principios como los de proporcionalidad y eficacia” En: Ibid.

De esta manera, se podrá distinguir la protección que otorga el Derecho Administrativo y disciplinario de la brindada, en forma subsidiaria, por el Derecho Penal, ello con la finalidad de que la noción de “deber” no se confunda y se le asignen conceptos genéricos o vagos.

### **3. El perfil del sujeto activo en los delitos contra la administración pública: especial consideración a los delitos de peculado y colusión**

A efectos de concluir con el presente capítulo, considero que es necesario indagar, en cada tipo delictivo, el aspecto o ejercicio de la función pública que es ejercida por el funcionario. De esta manera, tras la configuración del cargo del funcionario, podremos distinguir el deber infringido y así establecer cuál es el perfil de sujeto activo en los delitos contra la Administración Pública.

A efectos de proceder a dicho análisis he seleccionado dos delitos, a saber: peculado doloso (artículo 387° del Código Penal) y colusión (artículo 384° del Código Penal), ello en mérito a que según los datos estadísticos proporcionados por la Procuraduría Anticorrupción del Perú como por el Poder Judicial son aquellos los que presentan mayor incidencia en los procesos penales seguidos por delitos de corrupción<sup>30</sup>:

---

<sup>30</sup> Sobre el particular se señala que: “La concentración de los casos está dispuesta sobre tres tipos de delitos que agrupan el 57,2 % de todos los casos: peculado, colusión y cohecho pasivo propio” Para mayor información sobre los datos estadísticos revisar: Primer Informe de gestión –procuraduría anticorrupción. Publicado el 18 de junio de 2012, en: <http://www.minjus.gob.pe/ultimas-noticias/primer-informe-del-gestion-procuraduria-anticorrupcion/>. Consultado el 14 de diciembre de 2014.



### 3.1. En el delito de peculado doloso

Respecto al delito de peculado, la doctrina y jurisprudencia no han sido unánimes al momento de señalar el bien jurídico protegido por este ilícito, al respecto, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 del 30 de setiembre de 2005 ha señalado que el peculado es un delito pluriofensivo en el cual:

*“(...) el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”<sup>31</sup>.*

En la misma línea Salinas Siccha señala que *“(...) el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados en razón de su cargo. Ello es así hasta el punto que si el patrimonio estatal se lesiona sin que se haya infringido los deberes de lealtad y probidad del funcionario o servidor en la percepción, administración o custodia de los efectos o caudales del Estado, el delito de peculado no se configura”<sup>32</sup>.*

---

<sup>31</sup> A fin de verificar el contenido del Acuerdo Plenario, se sugiere revisar en: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Sección Jurisprudencia del Sistema Nacional, en: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/acuerdo\\_plenario\\_n4-2005-cj-116\\_30-12-2005.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/acuerdo_plenario_n4-2005-cj-116_30-12-2005.pdf). Consultado el 15 de febrero de 2015.

<sup>32</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Op.cit., p. 330.

Ahora bien, como bien acota Rojas Vargas no cualquier funcionario podrá incurrir en el delito de peculado. En efecto, para que opere el comportamiento de apropiar o utilizar será necesario que el sujeto activo deba poseer los bienes “(...) *por razón de su cargo*”, es decir que el cargo permite que exista una vinculación funcional con los bienes, razón por la cual este delito se encuentra en los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública y no en aquellos que lesionan el patrimonio<sup>33</sup>.

A mi parecer, sobre el bien jurídico protegido en el delito de peculado, no considero que este sea de índole patrimonial. En efecto, no se debe perder de vista que el ilícito materia de análisis debe vulnerar el correcto funcionamiento de la administración pública. De este modo, bajo la perspectiva constitucional debe buscarse los valores vulnerados que, siguiendo el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116,<sup>34</sup> son los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio estatal. Dichos valores se verán afectados por la infracción de deberes del funcionario.

Esta infracción de deberes se ve plasmada en la conducta descrita por el tipo penal, la cual consiste en la apropiación o utilización de los caudales públicos

---

<sup>33</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p. 484.

<sup>34</sup> A fin de verificar el contenido del Acuerdo Plenario, se sugiere revisar en: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Sección Jurisprudencia del Sistema Nacional, en: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/acuerdo\\_plenario\\_n4-2005-cj-116\\_30-12-2005.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/acuerdo_plenario_n4-2005-cj-116_30-12-2005.pdf) Consultado el 16 de marzo de 2015.

puestos en percepción, administración o custodia del funcionario, quien por razón de su cargo asume el deber de percibir, administrar o custodiar de forma adecuada el patrimonio estatal.

Asimismo, debe precisarse que dicho deber es asignado a un determinado funcionario público en razón del cargo que ha asumido, con lo cual afirmo la premisa de que no todo funcionario público tendrá el deber de percibir, custodiar o administrar los bienes estatales y, en consecuencia, ser un potencial sujeto activo del delito de peculado.

### **3.2. En el delito de colusión**

Para Rojas Vargas, el objeto de tutela penal es múltiple en el tipo penal regulado en el artículo 384° del Código Penal. Así entonces, para el citado autor, los objetos de protección del delito materia de estudio son el patrimonio público, la intangibilidad de los roles especiales, y el aseguramiento de los deberes de lealtad institucional y probidad funcional.

El referido autor, señala, en relación al perfil del sujeto activo, que existe una restricción en quién puede ostentar esta calidad, pues solo será sujeto activo aquel funcionario o servidor público que *“(...) actúen en razón de su cargo o por comisión especial. No puede ser autor por lo tanto cualquier funcionario o servidor*

*que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige*<sup>35</sup>. De este modo, continúa, “(...) *la autoría se ve restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial*”<sup>36</sup>.

Si bien la doctrina destaca que en el presente delito se vulnera el patrimonio público, considero adecuada la línea del Tribunal Constitucional el cual ha señalado, en la sentencia emitida en el Expediente N.º 00017-2011-PI/TC, que el bien jurídico del delito de colusión es la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores<sup>37</sup>.

En tal sentido, será necesario que el funcionario público cuente con una especial vinculación para defraudar al Estado, mediante la concertación con los interesados. De esta manera, el servidor público infringe su deber al dar prioridad a los intereses de terceros privados por encima de los de carácter estatal.

Lo antedicho confirma la propuesta realizada, pues el autor del delito de colusión no es aquel funcionario que defrauda el deber de fidelidad, confianza o vigilancia, sino aquel que realiza un acuerdo colusorio con la finalidad de defraudar al Estado.

---

<sup>35</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit, p. 408.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Considerando 19 de la sentencia de fecha 3 de mayo de 2012 expedida en el Expediente N.º 00017-2011-PI/TC. Para revisar el contenido de la citada resolución se sugiere visitar la página de Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Proyecto Anticorrupción. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/10/00017-2011-AI.pdf> . Consultado el 19 de marzo de 2015.

Es por ello que si no existe “concierto defraudatorio”<sup>38</sup> o se da un caso de “negligencia”<sup>39</sup>, existirá atipicidad en el delito analizado.



---

<sup>38</sup> Jurisprudencia emitida antes de la Ley N.°29758. La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a través de la Ejecutoria del 14 de mayo de 1998. Expediente N.° 4174-97, Lima, “(...)se absuelve al ex-alcalde de Chorrillos quien había sido condenado por la Corte Superior de Lima por delito de colusión defraudatoria en agravio de la Municipalidad del mismo nombre. Consideró la Corte Suprema que la reducción de la renta por merced conductiva a la empresa “Restaurante Salto del Fraile” acordada vía Resolución de Alcaldía está dentro de la competencia y atribuciones del Alcalde quien puede celebrar y acordar todos los actos y contratos necesarios para el ejercicio de su función, habiéndose negociado y ejecutado el referido contrato según las reglas de buena fe la común intención de las partes” Sumilla N.° 3, p. 449. Véase la ejecutoria en ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia penal. Gaceta Jurídica, 1999. P. 650. Citado por él mismo: ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p 425.

<sup>39</sup> La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a través de la Ejecutoria del 24 de noviembre de 2000. Expediente N.° 2916-2000 Lima. “Del estudio de autos se advierte que si bien es cierto, se ha llegado a establecer la existencia de irregularidades en el proceso de inscripción de varias empresas proveedoras ante el Ministerio de Agricultura, las cuales consignaron datos inexistentes; sin embargo no se ha llegado a acreditar que los procesados en su condición de funcionarios de la entidad agraviada, se hayan coludido o concertado con éstas a efectos de defraudar al Estado, y menos que éste haya sufrido perjuicio económico alguno como consecuencia de la actitud dolosa de los representantes de las empresas proveedoras en referencia; que, de otro lado, si bien los procesados estando al cargo que cada uno desempeñaba, estaban obligados funcionalmente a supervisar una correcta inscripción de las empresas proveedoras, empero dicha omisión no constituye necesariamente una conducta de naturaleza ilícita o de orden administrativo” de ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia penal y procesal penal. Citado por él mismo en: ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p 426.

**Segundo capítulo:**

**El concepto de funcionario público**



Como señala Marienhoff “*El cumplimiento de las funciones administrativas del Estado se hace efectivo y se concreta a través de la actividad de personas físicas (...)*”<sup>40</sup>. Por consiguiente, este capítulo abarcará al personaje que ostenta el papel protagónico en la Administración, nos referimos al funcionario o servidor público. De este modo, el presente acápite intentará definir al funcionario público desde la perspectiva del ordenamiento jurídico peruano, el derecho comparado y los instrumentos internacionales.

Una vez definido el concepto de funcionario haciendo uso de los criterios señalados, el presente capítulo abordará una de las cuestiones centrales de esta tesis, a saber, si resulta necesario formular un concepto de funcionario público para el Derecho Penal.

### **1. El concepto de funcionario público en el ordenamiento jurídico peruano a efectos administrativos**

El Capítulo IV de la Constitución Política del Perú titulado “*De la función pública*” hace alusión a los funcionarios y trabajadores públicos.

En tal sentido, el artículo 40° de la Constitución dispone quienes no se encuentran comprendidos en la denominada carrera administrativa. Sin embargo, la carrera administrativa no engloba a la totalidad de los funcionarios públicos. En efecto, es

---

<sup>40</sup> MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III: Contratos Administrativos. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1966.p.31.



interesante verificar que en el Perú el régimen laboral público encuentra su regulación no solo en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo N.º 276), si no también en el Decreto Legislativo N.º 728, y en el régimen especial de Contrataciones Administrativas de Servicios (CAS), regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057.

En ese sentido, todos los que forman parte de estos regímenes serán considerados funcionarios públicos a efectos laborales.

A mayor abundamiento, existen determinados dispositivos legales, los cuales han buscado definir el concepto de funcionario público, así como establecer categorías de funcionario. Estas normas son las siguientes:

- Ley N.º 28175 “Ley Marco del Empleo Público”<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> El artículo 4 de la Ley N.º 28175 “Ley Marco del Empleo Público” realiza una clasificación del personal del empleo público. De este modo, la categoría de empleado público se subdivide en: funcionario público, empleado de confianza y servidor público.

El funcionario público será:

*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”*

Asimismo, se destaca que 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*

Una segunda clasificación del personal del empleo público es el empleado de confianza.

Finalmente, una tercera clasificación del personal que trabaja en el estado son los servidores públicos, desarrollados en el acápite 4.3 de la Ley N.º 28175. En dicha normativa se señala que los servidores públicos pueden ser:

- a. *Directivo superior*
- b. *Ejecutivo*
- c. *Especialista*
- d. *De apoyo*

Así también el artículo 5 de la mencionada normativa se desarrolla que:



- Reglamento del Decreto Legislativo N.° 276 “Ley de bases de la Carrera Administrativa” (Decreto Supremo N.° 005-90-PCM) <sup>42</sup>.
- Ley N.° 27785 “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República” <sup>43</sup>.

En la legislación señalada se aprecia una diferencia entre la definición de funcionario público propuesta por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y la propuesta por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República; ello debido a que esta última tiene una acepción más amplia de lo que se entiende por funcionario público.

No obstante lo indicado, en la actualidad el panorama está experimentando cambios progresivos. En efecto, la Ley del Servicio Civil N.° 30057, publicada el 3 de julio de 2013, tiene como objetivo establecer un régimen laboral único para las

---

*“El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades”.*

<sup>42</sup> El **reglamento del Decreto Legislativo N.° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Supremo N.° 005-90-PCM)** señala en el artículo 3 que se entiende por servidor público:

*Artículo 3º.- Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares*

Por otro lado, define al funcionario público como:

*Artículo 4º.- Considerase 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.*

<sup>43</sup> Finalmente, la **Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República**, en sus disposiciones finales, define al servidor o funcionario público como:

*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.*

personas que prestan servicios en las entidades de la Administración Pública<sup>44</sup>, ello con la finalidad de “(...) *mejorar este confuso sistema laboral que venía rigiendo y que permitía numerosas impunidades e injusticias*” <sup>45</sup>.

Así entonces, la Ley N.º 30057 introduce el concepto actual de servicio civil, nombrando a tal efecto al trabajador público como servidor civil. De tal manera, el artículo 2º de la referida ley clasifica a este último en los siguientes grupos:

- Funcionario público.
- Directivo público.
- Servidor Civil de Carrera.
- Servidor de actividades complementarias.

Cada una de estas categorías ha sido definida por el artículo 3º de la Ley N.º 30057<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Sobre el particular, debe señalarse que el pase al régimen de la ley 30057 es voluntario y mediante concurso público. Si el servidor público pertenece a los regímenes 276 o 728 y opta por mantenerse en su régimen actual, mantiene las reglas de su respectivo régimen. Sin embargo, los servidores CAS no podrán optar por quedarse en él, en tanto es un régimen temporal, de acuerdo con su norma de creación (D. Leg 1057). NAVAS RONDÓN, CARLOS. Deberes y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos civiles. Reglamento y Ley del Servicio Civil. Responsabilidad Administrativa Funcional Lima: Adrus Editores, 2014., p. 92.

<sup>45</sup> El autor hace alusión a las reformas entre ellas la instauración de la meritocracia y el ordenamiento de las reglas que regulan los derechos y deberes de los servidores. Para mayores alcances sobre la Ley del Servicio Civil se recomienda leer Ibid, p 17. Asimismo, también es interesante la crítica que realizar Frank Anechiarico al servicio civil en el artículo: ANECHIARICO, Frank. «La corrupción y el control de la corrupción como impedimentos para la competitividad económica», en: Gestión y Política Pública. Volumen XIX, Número II. México: CIDE, pp. 239-261.

<sup>46</sup> 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.

Sin embargo, la citada clasificación no es la única existente, pues la Ley del Servicio Civil realiza mayores divisiones de los servidores públicos, de modo que se amplían las definiciones brindadas por la Ley Marco de Empleo Público (citada anteriormente) con lo cual se constata una vez más que el concepto de funcionario público no es equiparable en forma exclusiva a la carrera administrativa.

Otro instrumento legal que considero nos puede ayudar a definir las características del servidor público en el ordenamiento jurídico peruano es la Ley N.º 27815, mediante la cual se aprueba el Código de Ética de Función Pública, instrumento cuyo artículo 4º define de manera amplia a dicho servidor público<sup>47</sup>.

Un elemento que quisiera rescatar de esta última concepción es que la disposición señalada considera como empleado público al funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública, independientemente del régimen laboral o jurídico de la entidad en la que el funcionario preste servicios.

---

*Directivo público. Es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial. También comprende a los vocales de los Tribunales Administrativos*

*Servidor civil de carrera. Es el servidor civil que realiza funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y administración interna de una entidad.*

*Servidor de actividades complementarias. Es el servidor civil que realiza funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.*

(...)”

<sup>47</sup> 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.

A modo de concluir este apartado debo señalar que diversas leyes del ordenamiento jurídico peruano han buscado definir al funcionario público. Sin embargo, es imposible dar con una única definición en mérito a que existe una heterogénea y variada normativa que brinda diferentes clasificaciones y definiciones de los servidores públicos.

No obstante, a pesar de estas dificultades, puedo concluir que existe una tendencia a abarcar mayores supuestos de personas que laboran en o para el Estado dentro del concepto de funcionario público, tendencia que se ve reflejada en el Código de Ética de la Función Pública, el cual establece un concepto amplio de servidor público, con independencia de los diversos regímenes laborales y jurídicos existentes.

A continuación será necesario verificar si estos conceptos legales y características sobre funcionario o servidor público coinciden con el concepto acogido en el ámbito penal.

## **2. El concepto de funcionario público a efectos penales**

Inicio este acápite del trabajo de investigación, cuestionando a qué sujeto se refieren los tipos penales al hacer alusión al término “funcionario público”. Realizar este cuestionamiento resulta de capital importancia, pues a través de la solución al problema planteado se podrá calificar al autor que integra el injusto en cada uno

de los delitos contra la administración pública<sup>48</sup>. En efecto, como señala Rojas Vargas, la delimitación del término funcionario o servidor público, dotará de contenido formal - funcional al ilícito penal y “(...) *hará posible la imputación personal por delito contra la administración al autor o coautores que hayan realizado u omitido las preconfiguraciones típicas*”<sup>49</sup>.

Sobre la cuestión que nos atañe, cabe señalar que diversos autores aceptan la premisa de que la calidad de “funcionario público” del autor es un elemento normativo del tipo<sup>50</sup>, es decir que se requiere que el operador jurídico utilice otras normas del ordenamiento jurídico para su entendimiento. Conuerdo con esta posición, por lo que cito a Donna cuando señala que el concepto de funcionario público es “(...) *eminente jurídico y debe ser sacado de la estructura del derecho como tal*”<sup>51</sup>.

Lo que se pretende en los siguientes apartados es establecer cuáles son los elementos que distinguirían al funcionario público a efectos penales, así como

---

<sup>48</sup> Donna inicia el análisis dogmático del término funcionario bajo la misma interrogante. Sobre el particular se recomienda la lectura de Donna, Edgardo Alberto. «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Año VII- VIII. Edición Especial N.º 11. Lima: IDEMSA, p 271.

<sup>49</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. «A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público ». *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 27, diciembre, 2000. pp 42 -43.

<sup>50</sup> Entre ellos: Donna, Edgardo Alberto. «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú». *Op.cit.*, p. 271; MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. *Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/publicaciones/manual-de-capacitacion-para-operadores-de-justicia-en-delitos-contra-la-administracion-publica/>. Consultado el 15 de octubre de 2013, p. 40.

<sup>51</sup> Donna, Edgardo Alberto. «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú». *Op.cit.*, p. 271.

verificar su definición en el derecho comparado. Finalmente, se establecerá si el ordenamiento jurídico penal ha propuesto definición alguna.

## **2.1. Elementos que constituyen el concepto de funcionario público en el Derecho Penal**

La doctrina mayoritaria ha destacado dos elementos que integran el concepto de funcionario público en el ámbito penal<sup>52</sup>, a saber:

- Participación de la función pública.
- La persona deberá ser incorporada heterónomamente a la actividad pública, circunstancia conocida como “título habilitante”.

A continuación se realizará una explicación de cada uno de estos elementos:

### **2.1.1 Participar en la función pública**

Si bien el Código Penal peruano no contiene una definición de funcionario público en la que se establezca como requisito la participación de la función pública,

---

<sup>52</sup> Entre ellos: ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Op.cit., p. 90. Donna, Edgardo Alberto. «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú». Op.cit., p. 272, MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial 18ava edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 987. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Lima: Palestra, p. 22.



resulta factible señalar que dicha participación se desprende de los incisos que integran el artículo 425° del Código Penal peruano<sup>53</sup>.

Cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede con la regulación jurídico penal nacional, los códigos penales de España, Argentina e Italia establecen textualmente que para llegar a ser funcionario público es necesario que se participe de la función pública.

Entonces, ¿por qué es importante que entendamos el concepto de función pública?

Sobre el particular, Valeije Álvarez, citada por Rojas Vargas, señala que si se asigna una extensión inusitada a la función pública, es posible ampliar la consideración de funcionario a un número indefinido de sujetos. Por el contrario, la adopción de un criterio estricto de función pública favorece la irresponsabilidad penal de importantes sectores de la actuación administrativa<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Considero que lo que interesa a efectos de esta investigación es destacar la participación del funcionario, ahora bien, por qué elegí el verbo participar y no el de ejercer la función pública, seleccionado por la doctrina peruana. Sobre el particular considero que es necesario citar a Octavio de Toledo, quien señala que *"(...) ejercer el cargo supone más que participar del ejercicio de la función pública: implica ejercer dicha función; por ello el inicial planteamiento no se puede invertir: la participación en el ejercicio de la función pública no implica el ejercicio del cargo; en cambio, el ejercicio de tal función sí supone el ejercicio del cargo"* (Octavio de Toledo y Ubieto. La prevaricación del funcionario público, cit. p. 139), sobre el particular, considero que es preferible utilizar el verbo participar pues lo que se analiza es la participación del funcionario en el ilícito penal.

<sup>54</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública" en Cuadernos de Política Criminal N.º 62, Madrid, 1997. p. 463. Citada por ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p.21.



Ahora bien, ¿cómo debe definirse el concepto de función pública? Para brindar respuesta a esta cuestión, la doctrina penal ofrece diversas posiciones<sup>55</sup>, las cuales se resumen en los siguientes posicionamientos doctrinales: material finalista, formal, subjetivo y mixto restrictivo<sup>56</sup>.

Cada una de las posiciones señaladas posee críticas válidas y detractores quienes incluso generan nuevas teorías sobre el concepto de función pública y su relación con el concepto de funcionario público.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Sobre el análisis de las teorías se tiene QUERALT JIMÉNEZ, “El concepto penal de funcionario público”, Citado por OLAIZOLA FUENTES, Inés “El concepto de funcionario público a efectos penales”, en *Delitos contra la Administración Pública*. Adela Asúa Batarrita. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997. Esta cita fue tomada en cuenta por ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Op.cit., p. 96.

<sup>56</sup> **1. Criterio material - finalista.-** A través de la cual se señala que la función pública viene definida por su contenido o su finalidad, de este modo, será pública aquella función destinada al bien común o general. El problema con esta teoría es que existen diferentes instituciones privadas, de régimen privado que tiene un fin común o general, por ejemplo el caso de institutos, universidades y colegios. Para mayor información CASAS BARQUERO Y MUÑOZ CONDE. Citado por OLAIZOLA NOGALES, Inés. «Concepto de funcionario público a efectos penales», en *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 79.

**2. Criterio formal.-** En este caso si el giro de la actividad está sometida a Derecho privado, serán funciones privadas, en cambio si la actividad está sometida a Derecho público serán funciones públicas. Ibid. El problema con esta definición es que la Administración puede utilizar instrumentos del derecho privado para llevar a cabo sus fines.

**3. Criterio subjetivo.-** Bajo esta teoría la función pública está reservada para el Estado, ahora bien está sólo podrá ser ejercida por los órganos estatales o a particulares cuando se les haya brindado la autorización correspondiente. Sin embargo, aún el autor de dicha teoría López Baria de Quiroga señala que es un criterio tautológico, ello porque “(...) afirmar que funcionario es el que participa del ejercicio de las funciones pública y, al tiempo, decir que éstas son las que llevan a cabo los relacionados con el Estado por una relación de servicios, que son principalmente los funcionarios públicos, es moverse en un círculo vicioso”. LOPEZ BARIA DE QUIROGA, Manuel de Derecho Penal. Parte Especial. Madrid, 1990, p 159, nota 63. Citado por ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Op.cit., p. 96.

**4. Criterio mixto restrictivo.-** Esta postura señala que para distinguir lo público de lo privado debe distinguirse la concurrencia simultáneo de los siguientes requisitos ya analizados subjetivo (actividad llevada a cabo por el ente público), objetivo (actividad sometida al derecho público) y teleológico (función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos). ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Op.cit., p. 96.

<sup>57</sup> Es el caso de Roca Agapito, quien ante la lectura del criterio mixto restrictivo, señaló que existe un criterio mixto ampliatorio, el cual se conformaría con la presencia (alternativamente y no de manera acumulativa) de alguno de los tres datos que viene en consideración en el criterio mixto restrictivo. En: ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Op.cit., p. 97.

No obstante las anteriores consideraciones de origen doctrinal, es posible extraer un concepto global de función pública a partir de la Convención Interamericana contra la Corrupción, instrumento internacional que define dicha función en su artículo 1<sup>o</sup><sup>58</sup>.

En referencia al citado artículo, el profesor Villavicencio Terreros ha señalado que por función pública debe entenderse al conjunto de intereses “(...) *de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación, o lo que es lo mismo, función pública es toda aquella actividad material o jurídica que directa o indirectamente le es imputable. Lo esencial, pues, es la titularidad de la actividad o función, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual esta se desempeñe*”<sup>59</sup>.

En conclusión, considero pertinente utilizar, en la presente tesis, la definición de función pública contenida en el artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Ello en mérito a que nos encontramos ante una definición global, que abarca toda actividad realizada por una persona natural al servicio del o para el Estado, con independencia de consideraciones jurídicas, laborales o económicas de toda índole.

---

<sup>58</sup> Artículo 1: “(...) *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*”.

<sup>59</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001, p. 15.

Sin perjuicio de lo indicado, cabe advertir que, según la jurisprudencia, debemos señalar que la función pública no acompaña permanentemente al ciudadano catalogado como funcionario público, pues debemos analizar en cada caso particular su participación en la función pública.

En efecto, “(...) *no basta ejercer la función pública para ser autor de un delito de corrupción de funcionarios. La condición de funcionario público no es inmanente a la persona, sino que depende del contexto en el cual ejerza sus actividades*”<sup>60</sup>, afirmación corroborada por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> HUAMAN CASTELLARES, Daniel. Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios. Extractos sustantivos y procesales. Op.cit, p. 41.

<sup>61</sup> En el Expediente N.º 1050-06-Lima ha señalado lo siguiente: “*Si bien los encausados ejercían funciones públicas en diversos ministerios, debe señalarse que el desempeño del cargo de miembro de la comisión especial multisectorial de reestructuración de la entidad agraviada no implica el desempeño de alguna función pública, por cuarto, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador es una entidad (...) que no forma parte de la administración pública. La condición de funcionario público no acompaña a la persona en todos los ámbitos de su interacción social, pues, las garantías normativas que el derecho establece se adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción- y no a todas las personas-, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. Estos roles son llevado a cabo en determinado contexto, mas no todo el tiempo; en consecuencia, se colige que los encausados se desempeñaron como funcionarios públicos en los distintos ministerios, sin embargo, ese rol especial (por contener deberes positivos) es distinto al rol que desempeñaron en la entidad agraviada (los mismos que instauran deberes negativos), lo que implica que los encausados estarían imposibilitados de configurar (como autores) los delitos contra la administración pública – al desempeñarse como integrantes del Comité Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador- pues, los delitos referidos no solo exigen la calidad de funcionario público, sino, también la transgresión de deberes positivos originados por una competencia institucional*”, jurisprudencia extraída de:

HUAMAN CASTELLARES, Daniel. Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios. Extractos sustantivos y procesales. Op.cit., p. 41.

### 2.1.2 Título habilitante

Un segundo elemento a analizar es si además de participar en la función pública, el ciudadano posee un título habilitante.

De tal modo, conforme lo señala la doctrina mayoritaria,<sup>62</sup> es necesaria la existencia de una habilitación para participar de las funciones públicas. Esta habilitación incide en el modo a través del cual un ciudadano se incorpora a la Administración Pública.

Sobre esta cuestión, la doctrina señala que existen tres formas por las que se pueden desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado:

- **Selección.-** La selección debe entenderse en sentido amplio. En efecto, en este supuesto se incluyen a aquellos funcionarios que acceden a la Administración Pública a través de concursos públicos. Supuesto que comprende a los incisos 1, 3 y 5 del artículo 425° del Código Penal peruano.

---

<sup>62</sup> Respecto a la necesidad de título habilitante se destaca a ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Op.cit., p. 100, Donna, Edgardo Alberto. «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú». Op.cit., pp 261-273. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Op.cit., pp 23-24. En posición contraria encontramos a Fidel Rojas para quien la noción jurídico penal de funcionario prescinde de las características de funcionario público en el concepto administrativo: el título de origen y la investidura. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit.,pp. 140-145.

- **Designación.-** La designación se refiere a aquellos supuestos en los que las personas acceden a la función pública sin haber concurrido a concurso público alguno. Esta designación concurre en diversos supuestos: por un lado, encontramos al personal de confianza, regulado en el inciso 2 del artículo 425° del Código Penal. También destacamos al personal que labora en la modalidad de locación de servicios, contenido en el inciso 3 del citado artículo. Finalmente, aquí concurrirán aquellos funcionarios cuyo nombramiento, vigencia y remoción se encuentran regulados en una norma especial con rango de ley. A modo de ejemplificar esta última modalidad de designación, citamos al Defensor del Pueblo, al Fiscal de la Nación, al Contralor General de la República, así como a los rectores de las universidades públicas, entre otros.
- **Elección.-** La elección se desprende de lo dispuesto por el artículo 31° de la Constitución Política del Perú, el cual consagra el derecho político al sufragio activo y pasivo. Es decir, la capacidad de los ciudadanos de votar a sus representantes electos y ser elegidos como tales a través de un proceso electoral. De esta manera, a efectos penales, solo podrá ostentar la categoría de funcionario público electo, aquel ciudadano cuyo nombramiento provenga de unos comicios electorales celebrados con arreglo a la legislación correspondiente. A modo de conclusión, cabe señalar que esta modalidad se encuentra consagrada en el inciso 6 del artículo 425° del Código Penal.

Sobre el presente punto, es necesario advertir que las modalidades de incorporación heterónoma señaladas han sido reconocidas por instrumentos internacionales. Ello se desprende del artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por el Estado Peruano el 6 de abril de 1997<sup>63</sup>, y por el artículo 2° de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada por el Estado Peruano el 16 de noviembre de 2004<sup>64</sup>.

Finalmente, señalamos que, de forma general, es la ley el título habilitante que engloba las modalidades de incorporación a la Administración Pública antes señaladas, así como permite considerar a otros ciudadanos como funcionarios públicos, ello en mérito a las entidades para las cuales estos ciudadanos presten sus labores (entre ellas, las empresas de titularidad estatal).

---

<sup>63</sup>"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.

<sup>64</sup> 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"



## 2.2. Regulación del concepto de funcionario público a efectos penales en instrumentos internacionales y derecho comparado

Comienzo este apartado señalando que el concepto de funcionario público presenta divergencias en los distintos ordenamientos jurídicos y en instrumentos internacionales. Sin embargo, se puede señalar como nota característica, conforme lo ha enfatizado Donna que “(...) *el tema del funcionario público, de su concepto y de su posibilidad de ser autor de los delitos que los códigos penales han tipificado se encuadra dentro de un modelo de Estado sujeto a la Constitución*”<sup>65</sup>.

### 2.2.1 Instrumentos internacionales

Las convenciones internacionales, tal y como destaca el profesor Nieto Martín<sup>66</sup>, siguen técnicas diferentes al enfrentarse al concepto de funcionario público. De dichas técnicas, Nieto Martín destaca dos de ellas:

- **Propuesta de un concepto autónomo.**- Tal es el caso del artículo 2º.a de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, del artículo 1º de la Convención de la Organización para Cooperación y Desarrollo

---

<sup>65</sup> DONNA, Edgardo Alberto «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal». Op.cit., p. 153.

<sup>66</sup> NIETO MARTÍN, Adán. «El concepto de funcionario público (artículo 1)», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán. Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2006, pp. 89-90.



Económico (OCDE), así como del artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

- **Remisión a los ordenamientos jurídicos internos.-** Esta técnica tiene gran incidencia en los instrumentos propios de la Unión Europea. Como ejemplo destacable citamos el artículo 1° a. del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

Ambas técnicas han sido objeto de observaciones, entre las cuales resaltamos las siguientes:

Por un lado, el concepto autónomo de funcionario no logra, en palabras de Nieto Martín, una regulación clara en los términos empleados, pues utiliza conceptos como “organismo público” o “empresa pública”, definiciones que tienen matices distintos en cada ordenamiento jurídico. Así también, existen divergencias internas en el empleo del concepto “agente o funcionario público”<sup>67</sup>.

El problema señalado se puso de manifiesto en la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, dado que durante dicha elaboración, algunos estados sugirieron que se establecieran definiciones claras y rigurosas de

---

<sup>67</sup> NIETO MARTÍN, Adán. «El concepto de funcionario público (artículo 1)», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán. Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2006, pp. 89-90.

los términos más importantes. Ésto según Argandoña “(...)se llevó a cabo sólo *parcialmente*”<sup>68</sup>.

Por otro lado debemos tener en consideración que aquellas regulaciones que remiten al concepto presente en los ordenamientos jurídicos internos no toman en cuenta las siguientes cuestiones:

- Los ordenamientos internos no siempre cuentan con un concepto preciso de funcionario público.
- El Estado, en cada país, tiene una intervención diferente que tiende a diluir la línea de separación entre lo público y lo privado (por ejemplo, la existencia de empresas públicas o de régimen económico mixto).

En suma, pese a las críticas puestas en relieve, frente a las dos técnicas analizadas, considero que es más oportuno que los instrumentos internacionales cuenten con una definición general y amplia del concepto de funcionario público. Ello con la finalidad de brindar un parámetro normativo uniforme a los Estados que ratifiquen dichos instrumentos, y facilitar así la tarea de los operadores jurídicos de cada ordenamiento. A modo de conclusión, se señala que mediante la

---

<sup>68</sup> Sobre el particular, Argandoña señala que bien la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es el primer instrumento efectivamente global que afronta el tema combinado la prevención y la penalización, reconoce que es un instrumento limitado por la dinámica de su elaboración en la que según señala primaron intereses “políticos y económicos”. Sobre el particular ARGANDOÑA, Antonio. La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. Documento de Investigación. D.I. n.º 656. Octubre, 2006. Navarra: Universidad de Navarra, IESE: Business school, p.7.

estandarización internacional del concepto de funcionario o servidor público se facilita la cooperación en la lucha contra la corrupción a nivel mundial o regional.

### 2.2.2 Derecho comparado

Cada ordenamiento jurídico posee técnicas legislativas distintas. Como ha destacado Rojas Vargas, los códigos penales adoptan dos orientaciones en relación al concepto de funcionario público<sup>69</sup>, que son las que seguidamente se detallan:

- Fijan parámetros normativos para definir y/o comprender a los funcionarios públicos y/o mantienen pautas dispersas para efectos de la integración de un concepto penal vía interpretación sistemática. El Perú se encuentra en esta primera categoría.
- Contienen definiciones expresas. Entre las legislaciones comprendidas en este segundo grupo, se destacan la española, argentina, uruguaya e italiana<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p. 141.

<sup>70</sup> Artículo 77 Código Penal Argentino.- *“Todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones pública, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”*

Artículo 24(2) Código Penal Español.- *“Se considera funcionario público a todo aquel que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”*

Artículo 173 Código Penal uruguayo de 1889.- *“A los efectos de este código se reputan funcionarios a todos lo que ejercen un cargo desempeñan una función atribuida o gratuita, permanente o temporaria de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público”*

Artículo 357 Código Penal italiano de 1930.-*“Son oficiales públicos quienes ejercita una función pública legislativa judicial o administrativa”*

Respecto a la segunda categoría, en la cual se define expresamente el concepto de funcionario público, se puede fijar una característica en común, y es que lo que cada código penal ha pretendido es migrar de las definiciones administrativas hacia un concepto de funcionario público en materia penal.

Si bien en algunos momentos iniciales, la doctrina extranjera acudió a conceptos administrativos y pudo perder de vista que la propia ley penal ya definía al funcionario público,<sup>71</sup> también es cierto que actualmente los estudiosos sostienen que el concepto de funcionario presente en el Derecho Penal no coincide con el suministrado por el Derecho Administrativo, ello porque, según refieren, existe diversidad de fines u objetivos perseguidos por ambas ramas del derecho.

En efecto, como sostiene Javato Martín, mientras que al Derecho Administrativo *“(...) le interesa la regulación del estatus funcional, derechos y deberes de estos sujetos, su retribución, la relación entablada entre la administración pública y sus agentes, el Derecho Penal atiende a la protección de la función pública, intenta salvar su correcto funcionamiento frente a conductas provenientes tanto del propio funcionario como de terceros ajenos a aquella”*<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> DONNA, Edgardo Alberto «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal».Op.cit, p. 153.

<sup>72</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio María. «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», en Revista jurídica de Castilla y León N.º 23. Enero 2011, pp. 154-155.

Otra clasificación que se puede realizar en derecho comparado es en función a la terminología utilizada para presentar a los agentes públicos<sup>73</sup>, así se pueden presentar las siguientes categorías:

- **Unificación del concepto.-** Consistente en el uso de una definición conglobante y única en la cual la locución “funcionario público” incluye al servidor o empleado, o a la inversa que el “servidor público” incluya al funcionario. En este caso se encuentra la regulación de Suiza y Portugal.
- **Diferenciación de términos.-** Bajo esta modalidad es de destacar a Italia (oficial público y encargado de un servicio público), el Perú (funcionario, servidor público y autoridad) y España (autoridad y funcionario).

Respecto al derecho comparado, considero que es conveniente que exista una definición unificada del concepto de funcionario público. El fundamento de esta posición será desarrollado en el siguiente apartado, en el cual verifico el esquema propuesto por el Código Penal peruano y me pronuncio sobre la conveniencia de la terminología utilizada.

---

<sup>73</sup> Clasificación realizada por Fidel Rojas Vargas, véase: ROJAS VARGAS, Fidel «A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público ». Op.cit., p. 43.

### 3. El concepto de funcionario público en el Código Penal peruano

A diferencia de los ordenamientos jurídicos extranjeros como el español, argentino e italiano, el Código Penal peruano no cuenta con un concepto de funcionario público a efectos penales. Sin embargo, encontramos un listado genérico de niveles de funcionario público en el artículo 425° del Código Penal, asimismo, también debemos hacer referencia a los artículos 386°, 388° y 392° del citado código. En el análisis de estos dispositivos nos detendremos posteriormente.

Por otro lado, cabe resaltar que el Código Penal peruano utiliza los términos de funcionario, servidor público y autoridad, distinción que, como se ha señalado en el apartado anterior, no se realiza en todos los ordenamientos en los que el término servidor o funcionario engloba todas las anteriores categorías.

Respecto a las diferencias entre los citados conceptos, la doctrina mayoritaria señala que tanto el funcionario como el servidor público “(...) *sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Las diferencias están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él, pero no expresa su voluntad*”<sup>74</sup>. Sobre el particular, Rojas Vargas señala que el servidor público no ejerce funciones

---

<sup>74</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p.45.

públicas<sup>75</sup>, a diferencia del funcionario público, asimismo, el servidor público se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios<sup>76</sup>.

En cuanto al concepto de autoridad, esta última será todo funcionario público que esté dotado de mando y jurisdicción y que, en palabras de Rojas Vargas, “(...) se encuentra en una relación de supremacía en relación a otros funcionarios”<sup>77</sup>.

Sobre el particular, cabe señalar que el Código Penal utiliza el término “autoridad” para aludir a aquel sujeto que se encuentra afectado en la funcionalidad de sus actos con la conducta ilícita<sup>78</sup> (artículos 365°, 370°, 372°, 375°, 378°, 391° y 407° del Código Penal). También debe advertirse que solo en el artículo 410° la autoridad será sujeto activo del delito.

Sobre estas distintas acepciones, se ha pronunciado Donna, quien citando a Gordillo, señala que la división entre servidor, funcionario y autoridad, a efectos penales “(...) no tiene sustento real o lógico, ya que no es posible hallar agente alguno de la Administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar, pudiendo, en consecuencia, ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina”<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> En relación al ejercicio de las funciones públicas, como me expresé en el capítulo anterior considero que es preferible utilizar el término participar de las funciones públicas, de este modo, no existe este inconveniente en relación a los servidores públicos.

<sup>76</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p 41.

<sup>77</sup> Ibid., p. 45.

<sup>78</sup> Ibid., p. 45.

<sup>79</sup> Gordillo: T.I, párr.. X, pp.1-2. Citado por DONNA, Edgardo Alberto «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú». Op.cit., p. 268.



En este punto, Donna ejemplifica diversas situaciones que demuestran lo descrito. Entre ellas destaco el ejemplo del policía, quien actuará como “funcionario” cuando dé una orden de detención a un sospechoso o bien cuando decide detener el tránsito o darle paso. No obstante, el mismo agente de la autoridad actuará como “servidor público” cuando debe trasladar a un preso a los tribunales o cuando debe llevar un expediente de una oficina a otra<sup>80</sup>.

Mi posición personal es que esta división es innecesaria, ello porque considero que, más allá de las clasificaciones, lo importante para dilucidar si estamos ante un funcionario público a efectos penales es determinar si el sujeto en cuestión ha participado en las funciones públicas y si posee un título que lo habilite para participar en ellas. Es por ello que concluyo que si se pretende conceptuar al funcionario público a efectos penales debería utilizarse un concepto único y global en el cual concurren el ejercicio de las funciones públicas y el título habilitante, a saber, el término “funcionario público”. Dicha acepción podría ser utilizada en todos los tipos penales, tanto en calidad de sujeto activo, o como afectado por la conducta ilícita, por lo que se tornaría innecesaria la actual división entre “servidor”, “funcionario” y “autoridad”.

---

<sup>80</sup> DONNA, Edgardo Alberto. «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú». Op.cit. p. 268.

### 3.1. El artículo 425° del Código Penal peruano

A modo de introducción histórica, conviene señalar que el antecedente del artículo 425° del vigente Código Penal de 1991 se encuentra en el artículo 361°-B del Código Penal de 1924<sup>81</sup>, el cual estableció los niveles de funcionarios y servidores públicos<sup>82</sup>. Asimismo, el código de 1924 ofreció tres categorías de funcionarios públicos, número que irá en aumento con el código vigente, tal y como se apreciará a continuación.

Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, se inserta el artículo 425°, dispositivo que ha evolucionado normativamente y cuya redacción inicial consignaba seis categorías de funcionarios públicos, conforme al siguiente detalle:

*“Artículo 425.- **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.**

---

<sup>81</sup> Artículo adicionado por medio del Decreto Legislativo N.° 121 del 12 de junio de 1981.

<sup>82</sup> Artículo 361-B del Código Penal peruano 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.

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.”*

Conviene destacar que el inciso tercero de este artículo (resaltado por nosotros) generó gran polémica en mérito a que el artículo 425° fue incorporado en el año 1991, momento en el que se encontraba vigente la Constitución de 1979. Posteriormente, la Constitución de 1993, en su artículo 40° consignaba en su segundo párrafo que “(...) *no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta*”.

En ese sentido, se planteó que se había derogado el citado inciso en mérito al principio de jerarquía normativa constitucional<sup>83</sup>. Esta postura fue combatida por un segundo argumento el cual señaló que el artículo 40° de la Constitución iba dirigido únicamente al ámbito administrativo, a lo cual se aunaba el argumento según el cual, en Derecho Penal, el concepto de funcionario público es de naturaleza extensiva. En tal sentido si el Código Penal sancionaba a particulares que manejaban fondos públicos “(...) *no existía razón alguna para no hacerlo con los agentes de las empresas estatales o de aquellos que manejan fondos estatales en las sociedades de economía mixta*”<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Sobre esta postura Fidel Rojas Vargas cita la Ejecutoria Suprema de fecha 12 de agosto de 1994, Exp. 1688-94, Lima. En ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit. p. 51.

<sup>84</sup> Sobre esta discusión jurídica véase ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., pp. 49-55.

Esta última posición se acabó imponiendo a nivel jurisprudencial. En efecto, en el Primer Pleno Jurisdiccional Penal Nacional, realizado en 1997 en la ciudad de Arequipa, se adoptó con 31 votos a favor y 23 en contra, la posición de considerar que *“(...) el texto constitucional tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo y previsional”*<sup>85</sup>.

En mi opinión, considero que es correcto cuestionar si las empresas del Estado o de economía mixta ejercen la función pública. La respuesta a la citada pregunta es, a mi juicio, afirmativa y es que dichas empresas no solo intervienen directamente en los sectores productivos, extractivos, de servicios y comerciales, sino que además ejercen funciones de asignación, distribución y estabilización, disponiendo de patrimonio público y comprometiendo dicho patrimonio en negociaciones con empresas privadas<sup>86</sup>. Es por ello que en mi opinión resulta coherente que se señale que los directivos, gerentes e integrantes de las citadas empresas pueden participar de la función pública, y por ende, ser reconocidos como funcionarios públicos a efectos penales. Sin embargo, aun cuando es factible realizar esta interpretación, existe un problema con la interpretación literal de la Constitución, cuyo artículo 40° señala, tal y como se ha resaltado, que los trabajadores de las empresas públicas y de economía mixta no forman parte de la función pública.

---

<sup>85</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción. Op.cit., p.14.

<sup>86</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p 53.

Posteriormente, a través del artículo 1° de la Ley N.° 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996, se modificó el tan cuestionado numeral 3 del artículo 425, la referida modificación tenía la siguiente redacción:

“Artículo 425.- **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.”

Sobre el particular, debe señalarse que a pesar de la modificación en el inciso 3, el cual excluía como funcionarios públicos a los trabajadores de empresas estatales o mixtas, la doctrina entendió que esta modificación mantenía la posibilidad de considerar “funcionario público” a un empleado integrante de las citadas empresas, siempre que participe en la función pública<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> En esta opinión, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Op.cit., p. 37.

Finalmente, el artículo 425° del Código Penal experimentó su última modificación a través de la Ley N.º 30124, publicada el 13 de diciembre de 2013. De tal modo, el texto actualmente vigente del artículo analizado es el 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.”*



El arriba citado dispositivo distingue entre funcionarios y servidores públicos. Con respecto a esta cuestión, tenemos que al emplear el conector copulativo “o” no se equiparan ambos conceptos<sup>88</sup>. Sin embargo, también es cierto que el artículo 425° no precisa quiénes cuentan con la categoría de funcionario o servidor. Respecto a esta diferencia, Rojas Vargas ha destacado que “(...) *no se trata de un asunto de escaso interés o importancia*”, pues los tipos penales en algunos casos aluden a autoridades o funcionarios, pero no a servidores públicos y viceversa<sup>89</sup>, tal es el caso de los artículos 370° y 373° del Código Penal.

Así también, de la lectura de la última modificación se observa que el legislador ha realizado un pequeño pero sutil cambio, y es que la norma ya no establece que “**Se considera** *funcionario o servidor público*”, sino que se señala que “**Son** *funcionarios o servidores públicos*”.

Al respecto, podría interpretarse que, con esta modificación, el artículo 425° provee una lista taxativa de los funcionarios o servidores públicos a efectos penales. Esta afirmación se rechaza de plano, en la medida que el inciso 7 de la referida norma deja abierta la posibilidad de introducir a todos aquellos funcionarios y servidores reconocidos por la Constitución y la ley. En mi opinión esta introducción, lo único que pretende es destacar que el término “funcionario

---

<sup>88</sup> Así también lo ha entendido ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., pp. 176-177. Por el contrario, Abanto Vásquez considera que esta distinción no es relevante para la interpretación, al menos en el caso peruano, véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Op.cit., p. 42.

<sup>89</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., pp. 176-177.



público” a efectos penales no coincide con el concepto proporcionado por el Derecho Administrativo.<sup>90</sup>

Asimismo, se aprecia que esta última modificación, incorpora, una vez más, a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, así como señala que será funcionario público aquel que ha sido elegido. Sobre el particular, me pronunciaré más adelante cuando se realice el análisis relativo a los incisos correspondientes.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de este dispositivo? ¿Establece el artículo 425° a quién debe considerarse como funcionario público a efectos penales?

En cuanto a la naturaleza jurídica del dispositivo analizado, la doctrina extranjera ha discutido ampliamente sobre el tema, ello en mérito a que el derecho comparado propone un concepto de funcionario público a efectos penales. En efecto, existen discrepancias en considerar si la norma que conceptúa al funcionario público es una norma de interpretación contextual auténtica, de naturaleza constitutiva o si se utiliza el término en su sentido usual<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> En una opinión similar Abanto Vásquez quien señala que “(...) el C.P. por su propia materia no puede dar efectos administrativos ni laborales a su definición de “funcionario público”. Sería absurdo por ejemplo que un funcionario de confianza, alegando la definición penal de “funcionario público” pretenda amparo legal en el campo administrativo o laboral”, sobre el particular véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Op.cit., p. 36.

<sup>91</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio María. «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales». Op.cit., p. 12.

A modo de respuesta a la segunda cuestión planteada, considero que debe entenderse que el artículo 425° no conceptualiza al funcionario público. De este modo, la técnica empleada por la disposición objeto de estudio se enmarca en un sistema “*descriptivo enumerativo*”<sup>92</sup>, el cual, como ha señalado acertadamente García Cantizano, lo único que realiza es facilitar la labor del operador jurídico<sup>93</sup>.

En efecto, el citado artículo, en sus incisos 1, 2, 5, 6 y 7, utiliza ejemplos o nominaciones generales de lo que ya, las leyes pertinentes, han clasificado como funcionarios o servidores públicos. Por ende, es ostensible que el Código Penal no establece una definición propia o autónoma de funcionario o servidor público.

De este modo, al no proporcionar el referido artículo categorías adicionales a las que se desprenden del Derecho Administrativo, tampoco podemos afirmar que en estos supuestos se encuentra una concepción amplia de funcionario público, pues se verifica que en los incisos ya citados el legislador, en materia penal, no incrementa las clases de funcionarios o servidores públicos establecidas en el ámbito administrativo.

En efecto, los supuestos de funcionario público en el ámbito penal coinciden con los establecidos en las leyes pertinentes, con excepción de los incisos 3 y 4, de los cuales nos pronunciaremos más adelante.

---

<sup>92</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. «A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público». Op.cit., p. 44.

<sup>93</sup> GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ponencia en el Curso Semipresencial de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial) Aplicado a los delitos de corrupción de funcionarios. Del 5 de Setiembre al 5 de Octubre de 2011. Organizado por Instituto de Ciencia Procesal Penal.

De este modo, no podemos señalar que, en toda su extensión, el artículo 425° nos proporciona un concepto que adiciona supuestos de funcionario público a los brindados por el Derecho Administrativo. En ese sentido, considero que dicha afirmación era válida cuando se equiparaba el concepto de funcionario público con el de la carrera administrativa.

Sin embargo, en la actualidad no todo funcionario o servidor público se encuentra adscrito a la carrera administrativa. Conforme lo he desarrollado en el acápite anterior existen diferentes leyes que regulan las relaciones laborales de los servidores públicos con el Estado, leyes que no solamente brindan definiciones sobre funcionarios públicos, sino que le asignan diferentes características.

Ahora bien, un segundo concepto a discutir es si el artículo 425° del Código Penal cuenta con un **concepto autónomo** de funcionario público. En tal orden de ideas, considero pertinente citar a Olaizola Fuentes, quien señala que *“(…) al legislador penal no le interesa tanto la “calificación jurídica” que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la Administración, sino el hecho de que un sujeto interviene en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección del servicio público”*<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. «Concepto de funcionario público a efectos penales». Op.cit., p. 77.

De tal modo, para la autora citada, resulta claro que más allá de la calificación administrativa (régimen laboral, cargo, entidad para la cual se labora, etc...), lo importante es la participación del sujeto en la función pública.

En esta línea, la citada autonomía tiene su sustento en los incisos 3 y 4 del artículo 425° del Código Penal, pues conforme lo he desarrollado, los otros supuestos ya se encuentran adscritos a los casos establecidos las leyes pertinentes.

Para mayor abundamiento, considero necesario analizar detalladamente cómo la doctrina ha interpretado cada uno de los incisos que integran el referido artículo 425° del Código Penal. A continuación realizamos dicho análisis:

➤ **Inciso 1: Los que están comprendidos en la carrera administrativa**

En este inciso se encontrarán aquellos que formen 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 (Decreto Legislativo N.º 276).

Sobre el concepto de la carrera administrativa debemos señalar que, de manera general, ésta es *“(...) el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable, presten servicios de naturaleza permanente en la*

*administración pública*<sup>95</sup>. En ese sentido, la carrera administrativa puede entenderse como una organización que permite que los servidores públicos puedan ingresar, ascender y permanecer en la Administración Pública, bajo el principio de igualdad de oportunidades y con derecho a una remuneración justa.

En todo caso, estarán comprendidos en este inciso “(...) *todos aquellos servidores y funcionarios que acceden a los cargos y jerarquías por selección y concurso en base a méritos y que prestan sus servicios de modo permanente*”<sup>96</sup>.

Finalmente, considero correcta la afirmación de Rojas Vargas en cuanto señala que el inciso 1 del artículo 425° del Código Penal se entiende negativamente en base al artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 276, el cual excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios públicos que desempeñan cargos políticos o de confianza, los miembros de las fuerzas armadas, trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades mixta, supuestos que serán abarcados en los siguientes incisos del artículo 425°<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> NAVAS RONDÓN, CARLOS. Deberes y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos civiles. Reglamento y Ley del Servicio Civil. Responsabilidad Administrativa Funcional. Lima: Adrus Editores, 2014

<sup>96</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p. 178.

<sup>97</sup> Ibid., p. 179.

➤ **Inciso 2: Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular**

El artículo 40° de la Constitución Política señala que no están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñen cargos políticos o de confianza.

Sobre el particular, a juicio de Rojas Vargas, los cargos políticos pueden clasificarse de modo sustantivo, en referencia a las atribuciones que emanan de sus puestos o funciones (por ejemplo, el caso de los congresistas de la República, elegidos a través de un proceso electoral conforme a ley), y de modo formal, “(...) *ligados directamente a funciones de gobierno, los mismos que se hallan taxativamente enunciados y previstos en leyes especiales u orgánicas*”<sup>98</sup>. En este último supuesto se encuentran los cargos de confianza, los cuales serán desarrollados a continuación.

Sobre el cargo de confianza debo señalar que es aquel que se encuentra en el entorno de quien lo designa libremente, terminando, por lo general, su función cuando el que lo designó concluye su mandato. En consecuencia, en este supuesto estarán comprendidos aquellos que laboran en contacto personal y directo con funcionarios de alta investidura.

---

<sup>98</sup> Ibid.



- **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**

Este inciso es uno de los motivos que ha hecho posible señalar que el concepto de funcionario público en Derecho Penal es un concepto autónomo. Sobre el particular, la jurisprudencia ha considerado que si bien hay incisos que se corresponden con las leyes pertinentes, existen otros, como el materia de análisis, que son propios del Derecho Penal<sup>99</sup>.

<sup>99</sup> Sobre el particular la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente N.º 00148-2012-16, el 28 de octubre de 2013, (Caso Wualter Aliaga) ha señalado que:

*7.1. Contemplándose en el artículo 425º del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido, no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo; siendo esta una norma de reenvío.*

*Sin embargo, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425º del Código Penal, no se produce el reenvío, considerándose que es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción.*

*Así, la norma citada comprende como funcionario o servidor público:*

*“Artículo 425.-(...) 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 actividades u organismos (...).”*

*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”.*

Para revisar el contenido de la citada resolución se sugiere visitar la página de Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Proyecto Anticorrupción. Jurisprudencia del Sistema Judicial, en: [http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dcf6f0041b56369940bfe33346afa48/D\\_Expediente\\_00148\\_2012\\_16\\_041013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dcfc6f0041b56369940bfe33346afa48](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dcf6f0041b56369940bfe33346afa48/D_Expediente_00148_2012_16_041013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dcfc6f0041b56369940bfe33346afa48) . Consultado el 15 de marzo de 2015.



Sobre el inciso analizado, el primer supuesto de funcionario público a tratar es el de aquel que, independientemente del régimen laboral en el que se encuentre, mantiene un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado. Esta situación se conoce como *privatización de la gestión o privatización funcional*. En estos casos “(...) *la competencia del servicio sigue en manos de la Administración, transfiriéndose únicamente su ejecución a un sujeto de derecho privado*”<sup>100</sup>. Así entonces, en este grupo encontramos las concesiones y los contratos de prestación servicios, entre otros.

Sin perjuicio de lo expuesto, para Nieto Martín, ante los supuestos contemplados por el inciso materia de comentario, se debe analizar “(...) *la posición del particular con el fin de averiguar si gracias a la posibilidad de prestar un servicio o colaborar con la Administración, se encuentra en una situación similar a la de un funcionario público*”<sup>101</sup>.

En este punto, es conveniente citar un ejemplo dado por la profesora García Cantizano, quien señala que la señora de limpieza que es contratada por el Poder Judicial, no será funcionaria pública, aun cuando haya firmado un contrato con el Gerente de Recursos Humanos<sup>102</sup>, ello se debe a que el personal de limpieza no participa de las funciones públicas. De esta manera, circunscribimos el concepto

---

<sup>100</sup> NIETO MARTÍN, Adán. «El concepto de funcionario público». Op.cit.,p.98.

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ponencia en el Curso Semipresencial de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial) Aplicado a los delitos de corrupción de funcionarios. Op.cit.

de funcionario público únicamente a los partícipes de la función pública<sup>103</sup>, habilitados por el título correspondiente.

Por otro lado, cuando el presente inciso, hace alusión a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, debo señalar que este apartado corresponde a lo que se conoce como “huida del derecho administrativo”, y es que la Administración busca mayor eficacia y elude las garantías y trámites del Derecho Administrativo, desarrollando sus competencias bajo el derecho privado.

El señalado “escape del Derecho Administrativo”, el cual se reducía a bienes y servicios inicialmente, se ha generalizado, en palabras de Nieto Martín, a “(...) *la propia esencia del Estado*”<sup>104</sup>. En ese sentido, será correcto afirmar que en este supuesto se encontrarán aquellas empresas que están sometidas al Sistema Nacional de Control<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Sobre el particular, es interesante señalar que ya la Ley del Servicio Civil N.º 30057 amplía la clasificación de servidores públicos establecida en la Ley N.º 28175, pues se señala que se considerará como empleado público a todos funcionario o servidor público de la administración pública que desempeñan actividades o funciones en nombre del servicio del Estado; independientemente del régimen contractual que tuviera, que incluso puede ser de régimen privado, por ejemplo es el caso de locador de servicios. Asimismo, esta misma concepción amplia de funcionario público la posee la Ley N.º 27815, Código de Ética de Función Pública, ley que define al funcionario público y señala textualmente que “(...) *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*”. De este modo, ya la legislación competente consideraba que los ciudadanos que están en estos supuestos serán funcionarios públicos a efectos penales.

<sup>104</sup> NIETO MARTÍN, Adán. «El concepto de funcionario público». Op.cit.,pp. 97 - 98.

<sup>105</sup> Bajo la supervisión del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República, conforme el artículo 3 de la Ley N.º 27785, se encuentran “(...) *las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación. Las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren*”.

Cabe resaltar que este inciso fue incorporado una vez más, pese a la polémica que generó por su supuesta contravención al artículo 40° de la Constitución. Sobre esta problemática, podríamos agregar, a lo ya dicho, que en los supuestos comprendidos en el presente inciso, los citados trabajadores no solo participan de la función pública, sino que además tienen un título que los habilita para la participación de la misma, que puede plasmarse en un contrato, convenio, etc., motivo por el cual, conforme a nuestro desarrollo anterior, es adecuado considerarlos como funcionarios o servidores públicos a efectos penales.

Así también, esta interpretación es acorde con el concepto de funcionario público brindado por la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>106</sup>, el cual comprende a “(...) cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades”. En consecuencia, conforme lo señala el profesor Villavicencio Terreros, quien comenta el artículo 1° de la citada convención, “(...) el sentido literal de la norma permite incluir en su alcance a los trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”<sup>107</sup>.

Sin embargo, pese a que ciertamente existen argumentos que permiten realizar la citada interpretación, conforme lo ha desarrollado la jurisprudencia<sup>108</sup> y la

---

<sup>106</sup> En efecto, la Convención Interamericana contra la Corrupción define al funcionario 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.

<sup>107</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción. Op.cit., p. 15.

<sup>108</sup> Ejecutoria Suprema del 27 de noviembre de 1997, Expediente N.° 4874-96 (Sala C), Lima “El artículo 40 de la Constitución Política del Estado rige para los efectos de beneficios sociales mas no para la determinación de funcionarios públicos que incurrir en responsabilidad penal, lo que sí establece el artículo 425 del Código

doctrina<sup>109</sup>, no podemos desconocer, que existe una contradicción entre lo señalado por la Constitución y el artículo 425° del Código Penal, al menos en su sentido literal. Es por ello es que consideramos, conforme lo ha señalado Villavicencio Terreros, que es de imperiosa necesidad que se realice una modificación al texto constitucional en este sentido<sup>110</sup>.

➤ **Inciso 4: Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares**

Los administradores y depositarios son aquellos que se encargan de la gestión de bienes que se encuentran embargados o depositados, los cuales son designados por la autoridad competente. Dicha autoridad, según la Ejecutoria Suprema del 24 de mayo de 1993, no es otra que el juez que dispone embargos y depósitos. Según esta interpretación, un depositario judicial es toda persona a la cual un determinado juzgado le ha encargado la administración y resguardo de un bien de manera temporal<sup>111</sup>.

---

*penal*". Jurisprudencia citada por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Op.cit., p. 38.

<sup>109</sup> De esta posición ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Op.cit., pp. 37-38, ROJAS VARGAS, Fidel Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., pp. 117- 199.

<sup>110</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción. Op.cit., pp. 15-16.

<sup>111</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. Microcorrupción en el Poder Judicial: El caso de los depositarios judiciales, en [http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/INFORME-DJ\\_final.pdf](http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/INFORME-DJ_final.pdf). Consultado el 20 de noviembre de 2014.

A mi entender, el depositario al cual hace referencia este inciso, también puede ser nombrado a través de un procedimiento administrativo, por ejemplo en el ámbito tributario. En efecto, según la normativa vigente, los ejecutores o auxiliares coactivos podrán designar como depositario o custodio de los bienes a embargar al deudor tributario, ello conforme al artículo 118 inciso 2 del Código Tributario y la Resolución de Superintendencia N.º 216-2004/SUNAT, publicada el 25 de setiembre de 2004.

En ese sentido, la categoría de depositario, al cual hace referencia el presente inciso, será aquel que ha sido designado oficialmente en procedimiento judicial o administrativo.

Sobre quien puede ostentar la calidad de depositario, existen posiciones doctrinales encontradas. En efecto, si bien Abanto Vásquez afirma que, a efectos de este inciso, los depositarios solo pueden ser “(...) *auténticos funcionarios públicos*”<sup>112</sup>, autores como Rojas Vargas, señalan que no solo están comprendidos los funcionarios públicos de origen, sino también particulares.<sup>113</sup> Conuerdo con esta última posición debido a que un particular puede cumplir la tarea de depositario, en mérito a un mandato de la autoridad competente en el marco de un procedimiento administrativo o judicial. Por ello, debemos concluir que los depositarios pueden ser tanto particulares o funcionarios que adquieren la citada categoría.

---

<sup>112</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Op.cit., 2003, p. 40.

<sup>113</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., pp. 184-185.

Sobre el particular, resulta también destacable el análisis realizado por la profesora García Cantizano, quien enfatiza que la función del depositario es garantizar la integridad de los bienes, siendo esta labor equiparable por el legislador a la función pública<sup>114</sup>.

No pretendo agotar las discusiones sobre el presente inciso, sin embargo, será importante mencionar algunos problemas de interpretación considerados por la doctrina. Entre ellas, las relaciones entre este inciso y el tipo penal de peculado por extensión (artículo 392° del Código Penal)<sup>115</sup>, con el delito de rehusamiento a la entrega de bienes depositados o puestos en custodia (artículo 391° del Código Penal)<sup>116</sup> y en el discutido supuesto de la apropiación ilícita (artículo 190° del Código Penal), en el que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a través del Recurso de Nulidad N.° 3396-2010-Arequipa (precedente vinculante), ha señalado que, en este conflicto de leyes penales y en mérito a la aplicación de la norma más favorable, debe aplicarse el artículo 190 del Código Penal<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ponencia en el Curso Semipresencial de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial) Aplicado a los delitos de corrupción de funcionarios. Op.cit.

<sup>115</sup> Para Rojas Vargas es innecesaria la doble regulación realizada entre el 425 inciso 4 y el 392, pues se podría aplicar la regla de la especialidad. Sobre el particular ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p. 185.

<sup>116</sup> Sobre esta relación Rojas Vargas ha destacado que entre el artículo 391 y 425 inciso 4 no existe una relación de dependencia, ya que el 391 se perfecciona por sí solo, por su configuración legal, lo que permitiría concluir que el inciso materia de comentario es superfluo. Sobre el particular Ibid., p. 186.

<sup>117</sup> Sobre el particular, el artículo 190 que regula el delito de apropiación ilícita señala que la conducta será agravada si es cometida por un depositario judicial. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N° 3396-2010-Arequipa ha señalado que frente al conflicto de leyes penales que, debía aplicarse la norma más favorable al imputado, es decir la apropiación ilícita. En ese sentido, independientemente de si el depositario judicial es un funcionario público se aplicará el delito regulado en el artículo 190 del Código Penal. Esta interpretación ha sido discutida por la doctrina, pues se critica el uso del principio de favorabilidad, asimismo se propone que si se afectó el patrimonio de un



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

Podemos partir de la premisa que la función militar y policial son actividades vinculadas a los órganos ejecutores del Estado, por lo que según la normativa vigente son considerados como autoridades para las leyes pertinentes<sup>118</sup>.

Por ende, en este inciso se encontrarán aquellos mandos dotados de autoridad y jurisdicción (oficiales), así como el personal subalterno (suboficiales y efectivos rasos). Asimismo, no interesará si son funcionarios de carrera o asimilados, lo importante será que participen de las funciones públicas. Consecuentemente, los integrantes de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que se encuentren en retiro no tendrán la categoría de funcionarios públicos<sup>119</sup>.

Si bien los miembros de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en la función pública, lo interesante de este inciso, como señala García Cantizano, es que en este caso se pondrá énfasis en el orden público y en la seguridad interna,

---

particular se aplique el artículo 190, mientras que si se afectó el interés patrimonial de la administración se recurra al artículo 392. Sobre el particular se sugiere consultar: ORÉ SOSA, Eduardo. “El depositario judicial en los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión. Comentario al precedente vinculante de la Corte Suprema de la República. En: Revista de derecho: Universidad de Piura. Volumen 13, pp. 273-281.

<sup>118</sup> Conforme el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1136 “Decreto Legislativo del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas”: El Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas tiene naturaleza jurídica de órgano ejecutor, dependiente del Ministerio de Defensa. Asimismo, el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Policía, Ley N.º 27238, señala que: La Policía Nacional del Perú forma parte de la estructura orgánica del Ministerio del Interior.

<sup>119</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., pp. 186-187.



mientras que en los anteriores casos la función pública estará circunscrita a las labores de gestión, organización y gobierno<sup>120</sup>.

Fuera de ello, como ya lo ha hecho notar Villavicencio Terreros, este inciso es prescindible,<sup>121</sup> siendo su única utilidad servir de ayuda al operador jurídico, aunque, en mi opinión, el operador hubiera catalogado, aún sin la precisión, a un policía o un militar como funcionario público.

- **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**

Este inciso ha sido ampliamente discutido, incluso antes de su incorporación al Código Penal, en mérito a que el concepto anticipado de funcionario público fue introducido por la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996, convención que fue ratificada por el Perú en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana realizada en Caracas en mes de marzo de 1996.

Al respecto, uno de los objetivos del inciso 6 del artículo 425° del Código Penal, que define al funcionario público conforme dicha convención, es extender el

---

<sup>120</sup> GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ponencia en el Curso Semipresencial de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial) Aplicado a los delitos de corrupción de funcionarios. Op.cit.

<sup>121</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción. Op.cit., p. 14.

concepto de funcionario público “(...) a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo, cuando todavía no lo hubieran ocupado”<sup>122</sup>.

De la problemática del concepto de funcionario público, seleccioné el supuesto del funcionario de hecho para la presente tesis, entonces si bien no es objeto de este trabajo ahondar en la problemática del concepto anticipado de funcionario público<sup>123</sup>, es necesario realizar algunas precisiones al respecto, así que concentraré el análisis en el supuesto de la elección, dejando para futuras investigaciones la posibilidad de referirme a los supuestos de designación.

Como fue destacado en el apartado correspondiente, los funcionarios públicos pueden ser designados por ley, por decisión de la autoridad competente, o bien elegidos a través de elección popular, directa y universal.

Cabe señalar que en el caso de las elecciones, las autoridades serán proclamadas por los Jurados Electorales Especiales (en adelante, JEE), adscritos al Jurado Nacional de Elecciones (en adelante, JNE).

---

<sup>122</sup> Ibid., p. 11.

<sup>123</sup> De este modo, dejo para un futuro trabajo el análisis de si es una norma autoejecutiva o self-executing. Sobre este punto Nakazaqui Servigón señala que dicha norma no era autoejecutiva pues debe distinguirse entre incorporación y aplicabilidad de los tratados, de modo que para introducir el concepto anticipado era necesaria la modificación del artículo 425 del Código Penal. NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. «La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por la falta de Modificación en la legislación penal interna», en *Advocatus*, Época 2, Número 9, 2003, pp 267-277. Contraria a esta posición, y de manera acertada a mi juicio, Bregaglio Lazarte considera que el concepto de funcionario público si es una norma autoejecutiva en mérito a que no se trata de una definición que deba considerarse únicamente para el cumplimiento de un deber de tipificación, sino que es un concepto que deba tenerse en cuenta para todos los agentes especiales, sobre el particular véase. BREGAGLIO LAZARTE, Renata. “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el Derecho Penal”. En: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Lima: PUCP, Instituto de democracia y derechos humanos, p. 177.

Del tenor literal del presente inciso se desprende que a partir de la elección se considera a un ciudadano como funcionario público. Sin embargo, ¿desde cuándo se considera que un ciudadano ha sido elegido? Las posibles respuestas a esta pregunta son las que siguen:

- Cuando la Oficina Nacional de Procesos Electorales (en adelante, ONPE) emite los resultados de los comicios, habiendo sido escrutados el 100% de los votos.
- Cuando el JEE emite el acta de proclamación.
- Cuando el JEE entrega las credenciales correspondientes a la autoridad electa.
- Cuando el ciudadano elegido ingresa a la Municipalidad y comienza sus labores como alcalde, regidor o presidente regional.

Con la finalidad de determinar esta cuestión se recurrirá al artículo 34° de la Ley N.° 26864, Ley de Elecciones Municipales, el cual establece que: *“Los alcaldes y regidores electos y debidamente proclamados y juramentados asumen sus cargos el primer día del mes de enero del año siguiente al de la elección”*. Sin embargo, también se tiene el artículo 23° de la citada ley sostiene lo siguiente: *“El presidente del Jurado Electoral Especial correspondiente proclama alcalde al ciudadano de una lista que obtenga la votación más alta”*<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Respecto a estos dos dispositivos en la Resolución N.° 818-A-2011-JNE, los miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones señalaron que:

De la interpretación de las normas antes señaladas, se considera que de los distintos momentos de un proceso electoral antes listados, es a partir de la proclamación de los resultados, realizada por el JEE, el momento a partir del cual un ciudadano puede ser calificado como autoridad electa.

Ello es debido a que en el lapso de tiempo comprendido entre la celebración de las elecciones y proclamación de los resultados de los comicios, la condición del candidato es la de mero ciudadano, y ello tiene lógica pues en este periodo pueden existir nulidades o apelarse las actas observadas<sup>125</sup>, las cuales pueden variar el resultado de una elección. Esta afirmación es válida para el ámbito electoral, conforme las leyes correspondientes<sup>126</sup>.

---

“7. Conforme puede apreciarse de una interpretación conjunta y sistemática de ambos artículos, el legislador considera que una persona, un candidato, se convierte en alcalde con la proclamación de resultados del proceso electoral. Dicho en otros términos, para el legislador, una persona tiene el cargo de alcalde desde que es proclamado como tal por las autoridades electorales. A partir de ese entonces, procederá la vacancia de su cargo y no la exclusión de una candidatura que ha dejado de ser tal.

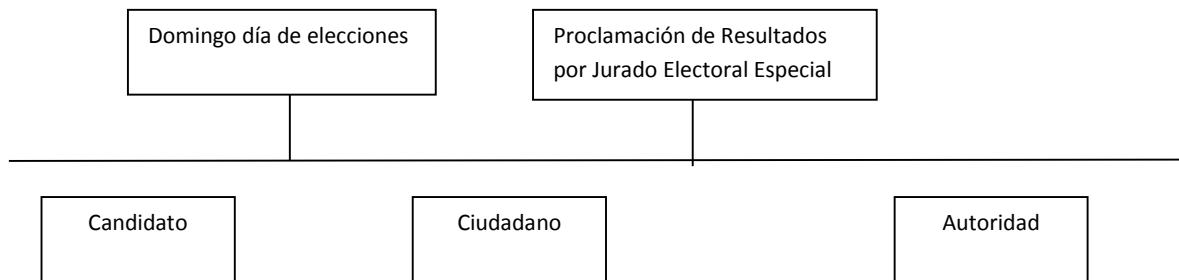
8. En el presente caso, resulta irrelevante que la autoridad se encuentre en capacidad de ejercer su función, ya que lo determinante será que dicho ciudadano haya sido proclamado y cuente con la condición de alcalde. Es la proclamación la que le confiere o concretiza el derecho a la participación política y de acceso a la función pública de la persona, pero así como supone el reconocimiento y el deber de tutela de sus derechos fundamentales, también implica la imposición de deberes (como los materializados en las causales de vacancia) que dicha persona proclamada como alcalde tiene la obligación de respetar”.

Para revisar la resolución, verificar: Jurado Nacional de Elecciones. Jurisprudencia, en: <http://aplicaciones005.jne.gob.pe/jurisprudencia/Resultado.aspx?valor1=818-A-2011-JNE&valor2=0&valor3=0> . Consultado el 6 de junio de 2014.

<sup>125</sup> Un acta observada es un ejemplar del acta electoral, en la que la mesa electoral contabiliza los votos, enviado a la Oficina Descentralizada de Procesos Electorales que, por encontrarse sin datos, incompleta, con error material, con grafías ilegibles; no puede ser contabilizada en el centro de cómputo.

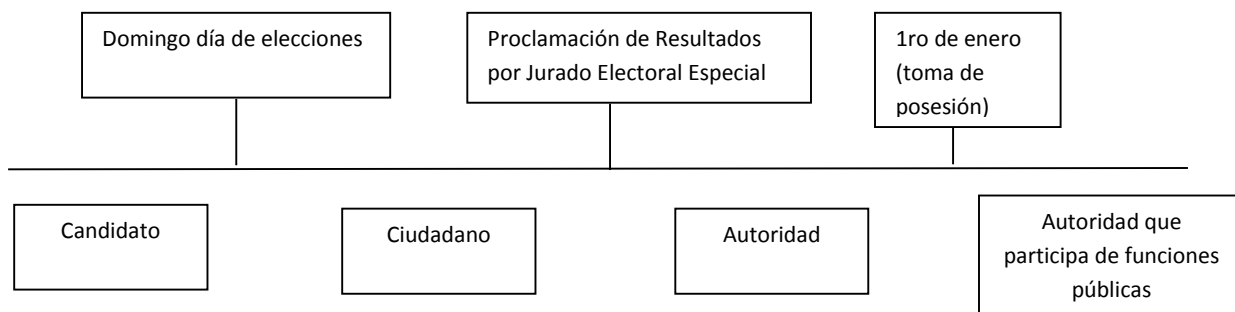
<sup>126</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en el caso de Zevallos Fretel (Expediente N.º 5448-2011-PA/TC), en el considerando 36 se cuestiona si una persona electa, pero todavía no proclamada como autoridad, puede ser considerada como candidato, el Tribunal Constitucional señala que la respuesta es negativa. Para revisar la citada resolución se sugiere revisar en: Tribunal Constitucional del Perú. Sección Jurisprudencia, en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/05448-2011-AA.pdf> . Consultado el 21 de noviembre de 2014.

Asimismo, para facilitar una adecuada comprensión de lo expuesto, a continuación se presenta el siguiente diagrama:



En ese entender, puede que la ONPE haya escrutado la totalidad de los votos, pero si el candidato no es proclamado no es posible señalar que se trata de una autoridad electa.

Una segunda pregunta a responder es en qué momento la autoridad electa participa en las funciones públicas. Considero que es partir del momento en el que la autoridad electa toma posesión del cargo. Por ejemplo, en el caso de las elecciones municipales será a partir del primero de enero del año siguiente a la elección<sup>127</sup>. Entonces sólo a partir de este momento es que el ciudadano puede participar de las funciones públicas. Esta conclusión se grafica en el siguiente diagrama:



<sup>127</sup> Artículo 34° de la Ley N.° 26864, Ley de Elecciones Municipales.

Ahora bien, conforme lo ha destacado Rojas Vargas desde el día de las elecciones hasta el momento de la asunción del cargo, “(...) *se abre una espacio posible de probabilidades abiertas para la realización – por parte del funcionario electo o nombrado- de actos de corrupción que comprometerán seriamente su actuación funcional*”<sup>128</sup>.

Es por las razones expuestas que la Convención Interamericana contra la Corrupción, así como el vigente Código Penal ofrecen una noción anticipada del concepto de funcionario público, el mismo que adelanta las barreras punitivas, pues toma como base la futura función pública en la que participará el agente.

Advierto que este adelanto de las barreras punitivas se contradice con el concepto de funcionario público, en tanto tal concepto está definido por la efectiva participación en la función pública del agente.

Sobre esta problemática, considero que, a efectos penales, debería interpretarse que la elección coincide con la proclamación de resultados por parte del JEE correspondiente<sup>129</sup>, ello en mérito a que se tiene seguridad jurídica sobre el candidato electo, debido a que es en esta oportunidad cuando la proclamación del candidato ganador es finalmente realizada por la autoridad competente.

---

<sup>128</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. «A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público ». Op.cit., p. 47.

<sup>129</sup> De esta misma opinión ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Op.cit., p. 26.



Por otro lado, pese a las objeciones que se pueden realizar por este adelantamiento de las barreras punitivas, se tendrá que verificar, en el caso concreto si la autoridad se encuentra en una **situación similar** a la de un funcionario público y verificar si ha incumplido el deber específico en el tipo penal concreto a efectos de determinar su autoría en un delito contra la administración pública.

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

Este inciso nos permite señalar que el Código Penal no incorpora una lista cerrada o “numerus clausus” de supuestos de funcionarios o servidores públicos. Asimismo, sobre la base de lo dispuesto por este último inciso, García Cantizano sostiene que, en el ámbito penal, la condición de funcionario público le corresponderá a todo aquel que sea considerado como tal en cualquier dispositivo legal.

Asimismo, para Rojas Vargas este inciso habilita “(...) *las estimaciones o formulaciones de autoría por delito de infracción de deber funcional que se adopten consensualmente en los cónclaves internacionales y con relación a los cuales el Perú haya fijado posición legal de aceptación*”<sup>130</sup>. Así entonces, de lo señalado por este autor se desprende que podrán ser sujetos activos de los delitos

---

<sup>130</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p.188.



contra la Administración Pública los funcionarios públicos extranjeros y los funcionarios de organizaciones internacionales<sup>131</sup>.

### 3.2. Los artículos 386°, 388° y 392° del Código Penal peruano

Considero necesario mencionar brevemente que en los artículos 386°, 388° (segundo párrafo) y 392° del Código Penal no nos encontramos ante supuestos funcionarios públicos, como son los regulados por el artículo 425° del Código Penal, sino que se trata de particulares “(...) *vinculados circunstancial y temporalmente con la administración pública*”<sup>132</sup>, lo que la doctrina ha reconocido como normas penales extensivas y complementarias, pues “(...) *amplía la tipicidad a un mayor círculo de sujetos que se equiparan a título de autoría a sujetos públicos*”<sup>133</sup>.

Esta técnica se ha utilizado en países como España (artículos 423° y 435° del Código Penal español), donde si bien la autoría estaba limitada inicialmente a los funcionarios públicos, ésta se extiende “(...) *a personas que sin tener dicha condición participan en el ejercicio de las funciones públicas*”<sup>134</sup>. En ese sentido, autores como Ramón Ribas distinguen acertadamente entre funcionarios públicos a efectos penales y particulares que desempeñan la función pública.

<sup>131</sup> Sobre el funcionario público extranjero e internacional véase el trabajo exhaustivo de BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Salamanca: Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, IUSTEL.

<sup>132</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p. 581.

<sup>133</sup> Ibid.

<sup>134</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo. «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 Código Penal (Concepto de funcionario público)». Estudios Penales y Criminológicos volumen XXXIV, Galicia: Universidad Santiago de Compostela, 2014, p.192.

Sobre el particular el citado autor toma nota de lo expresado por Valeijé Alvarez, quien señala que “(...) *la existencia previa de una relación jurídica entre el sujeto y la Administración, ya sea ésta de Derecho Público, Derecho Administrativo o Derecho Laboral es lo que define el estatus jurídico de funcionario público en el ámbito penal y lo que lo diferencia del particular que desempeña funciones públicas*”<sup>135</sup>.

En ese sentido, podemos utilizar estas normas extensivas a fin de contraponerlas al concepto de funcionario público a efectos penales, pues esta última categoría solo será aplicable a personas que no solo participan de las funciones públicas, sino que gozan de una relación jurídica preestablecida o título habilitante.

#### 4. **Propuesta de concepto de funcionario público: ¿Es necesario que el Código Penal defina dicho concepto?**

El Código Penal peruano ofrece un listado descriptivo de funcionarios públicos, asimismo aborda dos supuestos que permiten concluir que existe una ampliación de supuestos del ámbito administrativo, nos referimos a los incisos 3 y 4 del ya estudiado artículo 425° del Código Penal.

---

<sup>135</sup> VALEIJE ALVAREZ. “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”. En Cuadernos de Política Criminal, número 62, 1997. Citada por Ibid.

Considero que esta lista descriptiva no es suficiente, pues presenta la desventaja de que, con el paso del tiempo, el Estado recurra a modalidades nuevas (tendencia de “huida del Derecho Administrativo”), ya sea en la contratación de personal vía locación de servicios o en la creación de empresas de régimen económico mixto.

Por otro lado, las convenciones internacionales pueden ampliar el concepto de funcionario público en su preocupación válida de prevenir la corrupción en el sector público. Tal es el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que introduce el concepto anticipado de funcionario público. Esta situación puede generar problemas para el operador jurídico, quien se encontrará ante la disyuntiva de aplicar lo dispuesto por dicha convención (lo cual concuerda con mi posición personal) o bien esperar una nueva regulación por parte artículo 425° del Código Penal, la cual sea acorde con la referida convención.

Entiendo que lo que busca el legislador es servir de ayuda al operador jurídico y brindarle los supuestos más recurrentes de funcionarios públicos, como el caso de las fuerzas armadas o los que integran la carrera administrativa. Sin embargo, considero que con esta remisión a casos concretos se puede llegar a confundir lo que entendemos por funcionario público a efectos penales y equiparlo con el concepto de funcionario público desde la óptica administrativa, como ya lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> “Es funcionario o servidor público la persona que, jurídica, jerárquica o disciplinariamente se haya integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuera su régimen laboral, siempre que este ente tenga

En mi opinión, no debemos de perder de vista la **exclusividad** del concepto penal de funcionario, ello porque lo que concierne al Derecho Administrativo es “(...) *el control de las relaciones de sujeción especial, es decir, aquellas que se dan entre la Administración y lo sujetos ligados a ella directamente*”<sup>137</sup>.

En contraposición lo que interesa al Derecho Penal son los delitos que comenten los funcionarios público con ocasión del ejercicio de la función pública. A modo de ejemplo, se deja de lado el requisito de la remuneración, presente en el Derecho Administrativo<sup>138</sup>.

Sin embargo, debemos matizar esta última afirmación, pues ella no significa que nos desliguemos completamente de un elemento proporcionado por el Derecho

---

funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de servicio público a la Nación (Ejecutoria Suprema del 8 de abril de 1998. Sala Penal, Expediente 1556-96. Lima Extraído de ROJAS VARGAS, Fidel. «A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público». Op.cit., p. 47.

<sup>137</sup> Sobre el concepto de autonomía y exclusividad del concepto penal de funcionario es interesante el análisis que realiza ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Op.cit., p. 86.

<sup>138</sup> En la sentencia del Expediente N.º 032-2006, la Corte Superior de Justicia de Lima asigna la categoría de funcionarios públicos a los bomberos:

*“(...) que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado,*

*en todos su niveles jerárquicos, indicando que 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 (...)*”. Jurisprudencia extraída de: MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Op.cit., p. 40.

Administrativo, el cual es el título habilitante. Es por ello que si bien no se equiparan conceptos, el Derecho Penal no es ajeno a los elementos proporcionados por esta otra rama del Derecho.

En distinto orden de ideas, si bien la técnica legislativa descriptiva no es adecuada, tampoco considero pertinente, como sucede en algunas legislaciones extranjeras, proponer un concepto de funcionario público, pues podemos caer en imprecisiones que no nos permitan una regulación clara que incorpore todos los supuestos de funcionarios públicos.

En ese sentido, para verificar la existencia de un funcionario público a efectos penales, debemos revisar los elementos antes estudiados. A saber, participación en la función pública, y la concurrencia de la habilitación para dicha participación a través del título correspondiente. Dichos elementos son aceptados por instrumentos internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que forman parte de la legislación vigente en mérito del artículo 55 de la Constitución Política del Perú.

Así pues, en este punto del análisis contamos con un funcionario público a efectos penales. Sin embargo, es necesario advertir, como ya lo ha hecho Ramón Ribas, que no podemos sostener también su aptitud para ser considerado sujeto activo de todo delito contra la administración pública. En efecto, como señala este autor, *“(...) no debe olvidarse que las figuras de la parte especial frecuentemente exigen*

*expresamente que el funcionario público abuse de su cargo y que el sujeto tenga capacidad para lesionar el bien jurídico*<sup>139</sup>. En tal sentido, deberá analizarse si el citado funcionario, en mérito a la configuración de su cargo, ha infringido el deber correspondiente a cada tipo penal.

En efecto, deberá tomarse en consideración el tipo penal en concreto. Por ejemplo, si un juez realiza una sustracción de dinero del Banco Central de Reserva no se podrá señalar que este hecho configura un delito contra la Administración Pública, aun cuando el juez sea un funcionario público y su conducta sea ilegal.

En suma, para que un sujeto pueda llegar a ser autor de un delito contra la Administración Pública será necesaria, a mi entender, la concurrencia de los siguientes requisitos:

- En primer lugar, deberá verificarse si el sujeto tiene la categoría de funcionario o servidor público a efectos penales, bajo los elementos de título y participación de la función pública.
- Posteriormente, deberá analizarse la participación del sujeto en el tipo penal en concreto, ello con la finalidad de definir si se ha infringido el bien jurídico de específica protección, así como verificar si el funcionario ha

---

<sup>139</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo.«La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 Código Penal (Concepto de funcionario público». Op.cit., p.205.



infringido el deber objetivado en dicho tipo penal, en mérito a la configuración de su cargo.

Bajo este análisis, si bien tenemos un solo funcionario a efectos penales en el cual recaen la habilitación y la participación de la función pública, cada tipo penal, en mérito a las peculiaridades de sus tipos objetivo y subjetivo, nos permitirá concluir si este funcionario público ha incurrido en el ilícito penal. De esta manera, y con este ejercicio, no necesitamos de artículo alguno que nos precise el concepto de funcionario público a efectos penales.

Una aproximación a la problemática expuesta y al concepto de funcionario público propuesto se encuentra en el artículo 19° del Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal (Proyecto de Ley N.° 3491/2013-CR), aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso. Sobre el particular, la citada comisión aprobó la descripción de funcionarios y servidores públicos del referido proyecto de ley y la incorporó al artículo 17° del proyecto del nuevo Código Penal<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> 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.



En dicho artículo son diez los niveles o categorías de funcionarios públicos a efectos penales, siguiendo la técnica descriptiva, con lo cual se siguen aumentando supuestos y describiendo funcionarios a efectos administrativos (carrera administrativa y régimen de las fuerzas armadas, entre otras descripciones).

Pese a esta crítica, considero acertada la propuesta del inciso 8 del artículo 17° del mencionado proyecto de Nuevo Código Penal, el cual se refiere a “(...) *los que expresamente estén señalados por los tipos penales*”. Ello porque, según nuestro análisis, es cada tipo penal el que nos permitirá concluir, finalmente, si la conducta del funcionario es penalmente relevante.

---

**8. Los que expresamente están señalados en los tipos penales**

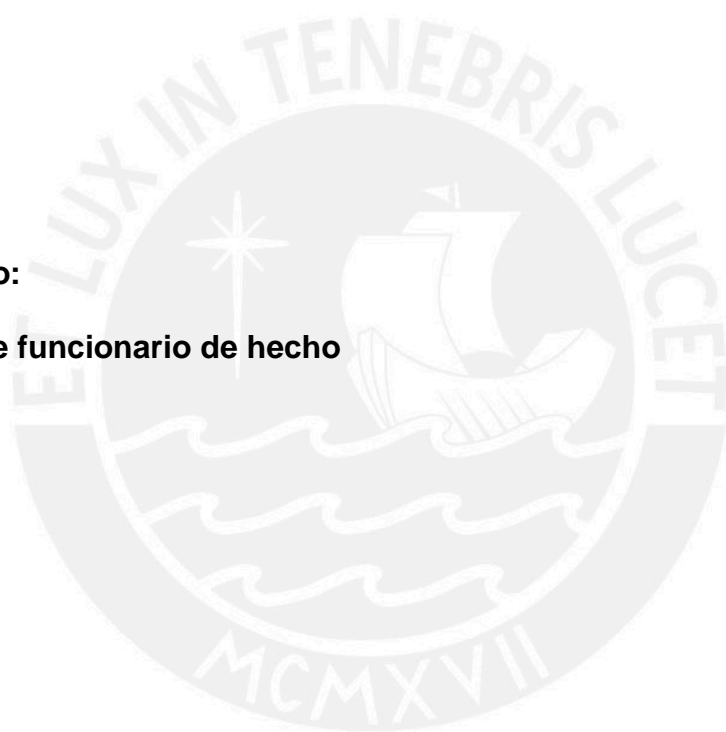
9. Los funcionarios o servidores públicos de otros estados o de organismos internacionales. En estos casos, la ley penal peruana se aplica cuando no proceda la inmunidad.
10. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley

### III. A modo de conclusión de los capítulos primero y segundo

1. Señalamos que, desde el Código Penal de 1924, las categorías de funcionarios públicos han ido en aumento. En efecto, de los tres niveles contemplados por el código de 1924, hemos avanzado a diez supuestos, si tomamos en cuenta el Proyecto de Nuevo Código Penal antes señalado. Esta circunstancia corrobora el aumento paulatino de supuestos de funcionarios públicos a efectos penales, lo cual suscita mi preocupación.
2. Es por ello que mi tesis tiene como objetivo criticar este aumento legislativo, estableciendo que el Código Penal no tiene por que definir al funcionario público, por lo que mi alternativa consiste en el establecimiento de un concepto práctico en el cual el operador jurídico tendrá que trabajar con los elementos básicos del concepto de funcionario público a efectos penales, regulados en las convenciones internacionales de las cuales el Perú es parte.
3. Dichos elementos no son otros que el título y la participación en la función pública, la concurrencia de los cuales permitirá establecer si un determinado sujeto es funcionario público a efectos penales. Ello para luego analizar si este funcionario tiene la aptitud para llegar sujeto activo en cada tipo penal, es decir que haya vulnerado el bien jurídico objeto de protección por parte del ilícito en concreto, en mérito a la realización del tipo penal, así como haya infringido los deberes objetivizados en cada delito.

**Tercer capítulo:**

**El concepto de funcionario de hecho**



## 1. El funcionario de hecho en el Derecho Administrativo

El concepto de funcionario de hecho o de facto<sup>141</sup> es un término acuñado por el Derecho Administrativo. A efectos de ensayar su definición debemos de contraponerlo al concepto de funcionario o empleado de “iure”, correspondiente a aquel que ingresa a la Administración Pública respetando o cumpliendo todos los requisitos establecidos por el derecho objetivo<sup>142</sup>. En ese sentido “(...) *si dichos requisitos, o alguno o algunos de ellos, no son observados o respetados por quien ingresa a la función pública*”<sup>143</sup> nos encontraremos ante un supuesto de funcionario de hecho.

En el mismo sentido, Sayagués define a un funcionario de hecho como “(...) *la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario*”.<sup>144</sup> Sin embargo, tal y como señala Marienhoff, se debe precisar que “*Si bien la nota esencial que caracteriza al funcionario de “hecho” es la “irregularidad” de la investidura, ello no autoriza a que sea considerado funcionario de “facto” todo aquel cuya investidura tenga alguna falla por violación de la ley (formal o material)*”<sup>145</sup>.

Un ejemplo de una falla en la investidura sería un nombramiento nulo, del cual me pronunciaré más adelante.

---

<sup>141</sup> Debo precisar que todo lo que se mencione sobre el funcionario público será aplicable al servidor público.

<sup>142</sup> MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit., p.139.

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. 4ª edición. Montevideo, 1974, p. 300.

<sup>145</sup> MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit., p.140.

A mayor abundamiento, según Sayagués, se puede conceptualizar la existencia del funcionario de hecho según el periodo en el cual éste ejerza sus facultades.

Así pues, este autor distingue entre las siguientes épocas:

- **En los periodos de normalidad institucional.-** En este caso existe un título que habilita al ciudadano para ser funcionario público, sin embargo, *“(...) por causas anteriores o supervinientes resulta inválido o deja de surtir efectos”*<sup>146</sup>

A modo de ejemplo, tal es el caso de una autoridad que ha sido condenada por un delito contra la administración pública y se le ha impuesto la pena de inhabilitación. En consecuencia, el Jurado Nacional de Elecciones ejecuta la sentencia penal y deja sin efecto la credencial que lo acreditaba como autoridad, no obstante ello, el ciudadano permanece en el cargo. En este caso, según Sayagués, el alcalde que permanece en el cargo a pesar de haber sido inhabilitado sería un funcionario de hecho.

- **En épocas de anormalidad institucional.-** Sayagués presenta el ejemplo de guerras, revoluciones y otras calamidades en las que el ciudadano toma a su cargo ciertas funciones públicas. Para este autor es preciso que exista un ejercicio efectivo de dichas funciones públicas, *“(...) como si realmente fueran verdaderos funcionarios”*.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup>Ibid.

<sup>147</sup>Ibid., p. 301.

Sobre el particular, es conveniente aclarar que no debe confundirse “gobierno de facto” con “funcionario de facto”, pues como señala Marienhoff es posible que un funcionario de facto pueda existir tanto en un gobierno de facto como en un gobierno de iure. Sin embargo, en el presente trabajo abordaremos el supuesto del funcionario de hecho en un gobierno de iure.

En el mismo orden de ideas, cabe resaltar que existen diversos supuestos de funcionario de hecho, de los cuales Marienhoff recopila los siguientes supuestos<sup>148</sup>:

- *“Designación de una persona que no reúne las condiciones legales para ostentar un determinado cargo.*
- *Designación mediante un acto administrativo, realizado en base a una ley inconstitucional.*
- *Funcionario que, posteriormente a su designación, se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo.*
- *Elección anulada después de la asunción del cargo por parte del funcionario.*
- *Funcionario que, habiéndosele aceptado la renuncia, o que habiendo sido separado del cargo, sigue ejerciendo sus respectivas funciones.*

---

<sup>148</sup>MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit., p.142.

- *Funcionario que continúa ejerciendo sus funciones luego de vencido el término por el cual fue nombrado, o que continúa ejerciendo dichas funciones no obstante haberse anulado su designación.*
- *Persona que, sin ser funcionario o empleado de la Administración Pública, asume el ejercicio de una determinada función pública”<sup>149</sup>.*

A efectos de analizar los distintos supuestos aportados por la doctrina, propongo analizarlos a la luz de un caso heredado del Derecho Romano (contenido en el Digesto de Justiniano). Se trata del caso del esclavo Barbario Filipo<sup>150</sup>, quien se hizo pasar por libre con la finalidad de hacerse nombrar pretor, para lo cual la esclavitud de Filipo era un impedimento. Una vez descubierto el ardid, surgió la controversia acerca de si los actos promulgados por Barbario Filipo, en calidad de pretor, eran o no válidos.

El caso de Barbario Filipo nos permite analizar los siguientes supuestos señalados por Marienhoff:

- *“Designación de una persona que no reúne las condiciones legales para ostentar un determinado cargo.*
- *Designación mediante un acto administrativo, realizado en base a una ley inconstitucional.*

---

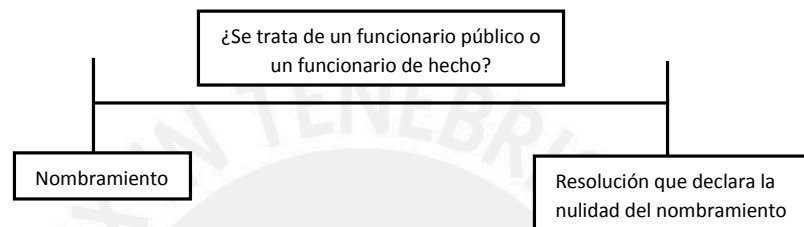
<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> Digesto, Libro 1. Título XIV, Ley 3. Citado por: MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit., p.159.



- *Elección anulada después de la asunción del cargo por parte del funcionario*<sup>151</sup>.

Asimismo, para ilustrar mejor el caso de Barbario Filipo, se adjunta el siguiente diagrama:



En el caso concreto, Filipo no reunía las condiciones legales para llegar a ser pretor, pues se trataba de un esclavo. En este sentido, se aprecia la existencia de un vicio en su nombramiento. En relación a esta problemática, Marienhoff señala que “(...) *no es exacto que el funcionario de “hecho” se caracterice por el vicio de su designación o nombramiento*”. *Lo que caracteriza al funcionario de facto no es eso, sino su investidura “irregular”; pero investidura irregular no quiere decir investidura “viciada”*<sup>152</sup>.

En ese sentido, Filipo era un funcionario público, aunque su nombramiento fuera nulo. Ello porque el ordenamiento presumía que el nombramiento tenía validez hasta el momento en el que una resolución determinó la nulidad de su

<sup>151</sup> MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit., p.142.

<sup>152</sup>Ibid., p.144.

nombramiento. Esta circunstancia será la misma para los casos de nombramiento realizado en base a una ley inconstitucional, así como el de la elección anulada después de la asunción del cargo.

De no aceptar que Barbario Filippo era un funcionario público, nos preguntamos si los actos emitidos por éste serían considerados como válidos, una teoría que respondería a esta interrogante es la de la apariencia de la legitimidad pública. El sustento de la citada teoría es considerar funcionario público a un sujeto con la finalidad de proteger a las personas que se relacionan con él de buena fe. En efecto, en base a la buena fe las personas se relacionan con el presunto funcionario público.

De este modo “(...) *la apariencia de legitimidad del nombramiento y la protección de la buena fe colectiva son el fundamento para que el funcionario de facto sea considerado un funcionario público*”<sup>153</sup>, en consecuencia sus actos serían válidos<sup>154</sup>.

Bajo estos mismos cánones, encontramos la teoría de la buena fe de los terceros, mediante la cual se protege la buena fe de estos últimos, dando por válidos los actos emitidos por Barbario Filippo en calidad de pretor.

---

<sup>153</sup> NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. «Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú», en Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Lima, 2006, p. 776.

<sup>154</sup> Según Nakazaki Servigón, el problema de incluir esta teoría en el Derecho Penal es que al responder a una concepción amplia de funcionario de hecho, no garantiza una clara diferenciación el usurpador de funciones. En Ibid.p, 778.

Volviendo al caso de Barbario Filipo contenido en el Digesto, cabe señalar que los jurisconsultos romanos deshicieron el entuerto mediante la promulgación de la ley conocida como “*Lex Barbarius Philippus*”, mediante la cual se establecía que se consideraban válidos todos los actos emitidos por el depuesto pretor, en virtud al principio de “*error communis facit ius*”<sup>155</sup>, es decir que se justifican ciertas fallas que adolezcan determinados actos jurídicos en base a la apariencia de legitimidad del cargo que los haya dictado, aunque su nombramiento no fuera legítimo<sup>156</sup>. En tal sentido, se acogió la teoría de la apariencia de la legitimidad y de la buena fe a efectos de declarar válidos los actos emitidos por Barbario Filipo.

Salvando el tiempo y las distancias, la legislación peruana recoge soluciones similares a la brindada por la “*Lex Barbarius Phillipus*”. Por ejemplo, el artículo 2014° del Código Civil de 1984, recoge el principio de buena fe registral, a través del cual se protege la buena fe del tercero aunque con posterioridad el acto jurídico se anule.

Otro ejemplo actual sobre la nulidad de un título, es el referido al caso del ex alcalde de la Municipalidad Distrital de Villa El Salvador. En este supuesto de hecho, el Jurado Nacional de Elecciones declaró la vacancia del alcalde de la citada comuna, ello quiere decir que además de retirarlo de forma permanente del cargo, el ente electoral acreditó al teniente alcalde y a un accesitario para que asumieran el cargo de alcalde y regidor, respectivamente.

---

<sup>155</sup> Literalmente, el error común hace derecho.

<sup>156</sup> Digesto, Libro 1. Título XIV, Ley 3. Citado por: MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit., p.159.

Si bien esta resolución fue objeto de recurso extraordinario, el mismo fue rechazado por el máximo órgano electoral. Una vez rechazado dicho recurso, el alcalde vacado acudió al Tribunal Constitucional y cuestionó las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. El máximo intérprete de la Constitución resolvió el recurso declarando fundada la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho de la participación política, en consecuencia, declaró nulas las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones<sup>157</sup>.

Sin embargo, cabe realizar el siguiente cuestionamiento, ¿qué pasa con los actos del teniente alcalde que asumió el cargo de burgomaestre a raíz de la vacancia?

Aunque no se mencionó a Barbario Filipo, el Tribunal Constitucional señaló, en el quinto fundamento de su sentencia aclaratoria, que tanto el teniente alcalde como el regidor emitieron actos jurídicos de buena fe, por lo que correspondía conservar la validez de los mismos “(...) con la finalidad de evitar perjuicios en la administración municipal”<sup>158</sup>.

El caso de Barbario Filipo y del alcalde de Villa El Salvador me permiten arribar a dos conclusiones.

---

<sup>157</sup> Sentencia de fecha 21 de enero de 2014, emitida en el Expediente 07247-2013-PA/TC. Véase la sentencia en: Tribunal Constitucional del Perú. Sección Jurisprudencia. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/07247-2013-AA.pdf> . Consultado el 20 de noviembre de 2014.

<sup>158</sup> Sentencia aclaratoria de fecha 12 de mayo de 2014, emitida en el Expediente 07247-2013-PA/TC. Véase la sentencia en: Tribunal Constitucional del Perú. Sección Jurisprudencia <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/07247-2013-AA%20Aclaracion.pdf> . Consultado el 13 de febrero de 2015.

Por un lado, si bien existen títulos los cuales adolecen de vicios de nulidad, mientras no se declare la misma, existe la presunción de que son válidos, ello en concordancia con el artículo 9° de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N.° 27444), el cual establece que *“Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional según corresponda”*.

En otro sentido, existirán supuestos en los que los actos de estos funcionarios serán considerados válidos, aun cuando el acto haya sido declarado nulo, ello porque el ordenamiento jurídico así lo dispone. Tal es el caso del referido artículo 2014° del Código Civil, en el cual prima la buena fe de los terceros en base a un derecho originario emanado de la ley.

### **1.1 Entonces, ¿a quién denominamos funcionario de hecho a efectos administrativos?**

Los casos que han sido propuestos por la doctrina,<sup>159</sup> y que, en mi opinión, serían considerados como supuestos de funcionario de hecho, serían los siguientes:

- *“Funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo.*

---

<sup>159</sup> MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de Derecho Administrativo. Op.cit., p.142.

- *Funcionario que, habiéndosele aceptado la renuncia, o que habiendo sido separado del cargo, sigue ejerciendo sus respectivas funciones.*
- *Funcionario que continúa ejerciendo las funciones luego de vencido el término por el cual fue nombrado, o que continúa ejerciendo sus funciones no obstante haberse anulado su designación”<sup>160</sup>*
- *Funcionario que asume competencias que no le corresponden*

Estas en mi opinión son las únicas posibilidades de funcionario de hecho contenidas en el Derecho Administrativo, excluyéndose el supuesto del título nulo al existir la presunción otorgada por el ordenamiento jurídico que los considera como funcionarios públicos (presunción establecida en el artículo 9° de la Ley N.° 27444).

Ahora bien, los supuestos de funcionario de hecho considerados por el Derecho Administrativo ya han sido acogidos por el Derecho Penal. Me refiero al delito de usurpación de funciones, el cual será desarrollado en el posterior acápite.

---

<sup>160</sup> Ibid.

## 1.2 El concepto de funcionario de hecho a nivel administrativo y su relación con el artículo 361° del Código Penal

El delito de usurpación de funciones encuentra su regulación en el artículo 361° del Código Penal. Dicho ilícito busca proteger el correcto funcionamiento de la administración pública, en concreto, “(...) *garantizar la exclusividad o monopolio estatal y/o democrático en la titularidad y ejercicio de las funciones públicas concedidas a agentes públicos, lo cual implica garantizar la legalidad*”<sup>161</sup>.

Al respecto la doctrina,<sup>162</sup> distingue entre usurpación de funciones y usurpación de autoridad. Sobre el particular, Salinas Siccha señala que la diferencia está en establecer quién es el sujeto activo del delito<sup>163</sup>.

De tal modo, si es el funcionario quien se extralimita o asume funciones ajenas a su esfera de competencia, éste estará usurpando funciones. Por el contrario, si nos hallamos ante un particular ajeno a la Administración que asume, ilegítimamente funciones públicas, estaremos ante un delito de usurpación de autoridad<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Cuarta edición. Op.cit., p. 901.

<sup>162</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Op.cit., p. 22

<sup>163</sup> Ibid.

<sup>164</sup> La diferencia para el autor ya citado será importante pues Salinas Siccha considera que existirá mayor desvalor en usurpar una función que nunca se ha tenido, que seguir ejerciendo la función pública pese a que ha sido suspendida. Ibid., p. 23. Si bien considero que es importante realizar la distinción entre ambas modalidades no estoy de acuerdo al señalar que la primera modalidad merece mayor desvalor, ello porque el funcionario público que se mantiene en el cargo a pesar de haber sido cesado, suspendido o inhabilitado, tiene conocimiento de que no puede ejercer el cargo, en ese sentido, considero que el desvalor en ambas conductas es reprochable igualmente.



Según la división conceptual propuesta entre usurpación de autoridad y usurpación de funciones, podríamos señalar que, dentro del concepto de usurpación de autoridad (en el cual el sujeto activo es un particular externo a la Administración Pública) se encuentran los siguientes supuestos de hecho que se desprenden del artículo 361 del Código Penal<sup>165</sup>:

- El que sin título usurpa una función pública.
- El que sin nombramiento usurpa una función pública.
- El que sin título usurpa la facultad de dar órdenes militares o policiales.
- El que sin nombramiento usurpa la facultad de dar órdenes militares o policiales.

Por otro lado, la usurpación de funciones (supuesto en el cual el sujeto activo es un funcionario público o en algún momento fue un funcionario público) se llevará a cabo en los siguientes supuestos de hecho:

- El que hallándose destituido de su cargo continúa ejerciéndolo.
- El que se encuentra cesado de su cargo continúa ejerciéndolo.
- El que se encuentra suspendido de su cargo continúa ejerciéndolo.
- El que es subrogado de su cargo y continúa ejerciéndolo.
- El que ejerce funciones en un cargo diferente del que tiene

---

<sup>165</sup> Aunque son supuestos que se desprenden del artículo 361 del Código Penal, cabe señalar que son ordenados de forma pedagógica por el Salinas Siccha, sobre el particular revisar: SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Op.cit., p. 23-32.

Analicemos ahora estos últimos supuestos. Al respecto, se aprecia una correspondencia entre los supuestos que he considerado propios del concepto de funcionario de hecho a nivel administrativo y los supuestos que son utilizados por el delito de usurpación de funciones.

El único elemento, a mi juicio que permitiría señalar que no nos encontramos ante una usurpación de funciones o de autoridad, sería el supuesto de error de tipo invencible el cual haría atípico el delito. Tal es el ejemplo del funcionario que, habiendo sido cesado de su cargo, no ha sido debidamente notificado de tal resolución<sup>166</sup>.

Entonces, podemos señalar que los supuestos de funcionario de hecho, a nivel administrativo,<sup>167</sup> serán los acogidos como supuestos de hecho del delito de usurpación de funciones.

De los supuestos antes señalados, considero importante resaltar el supuesto del funcionario que ejerce un cargo diferente del que tiene. En este caso, el sujeto ha sido nombrado como funcionario público, es decir que tiene un título y, en consecuencia, participa de la función pública, sin embargo, este funcionario

---

<sup>166</sup> *“La existencia de un error invencible fundamentó la absolución del acusado que había sido condenado por una de las salas penales superiores del distrito judicial de Lima. El acusado, gobernador del distrito de San Luis de la ciudad de Lima, había desarrollado actos de su cargo con fecha 22 de noviembre de 1993, sin tener conocimiento que días antes había sido cesado mediante Resolución Prefectural que no le fue debidamente notificada. La Corte Suprema consideró que sus actos fueron desarrollado en el legítimo ejercicio de sus funciones que hasta el momento ostentaba, ya que no tuvo conocimiento de su real situación laboral”* Ejecutoria Suprema de 26 de noviembre de 1997. Exp. N.º 1355-97, Lima, Sumilla N.º7, p. 957. Jurisprudencia extraída de: ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p. 917.

<sup>167</sup> Supuestos recogidos por el profesor Marienhoff y desarrollados en el acápite anterior.

público asume un cargo dentro de la Administración Pública que no le corresponde. Debo señalar que en este supuesto no hay un nuevo nombramiento (válido o nulo, de este último me pronunciaré en el próximo acápite) que legitime la participación del funcionario en un cargo que no es el suyo. De este modo, en este supuesto nos encontramos ante una persona que se ha arrogado unilateralmente la posición de una competencia que no le corresponde<sup>168</sup>.

Entonces, el sujeto que siendo un funcionario público asume un cargo que no le compete, responderá como usurpador de funciones. Asimismo, en este supuesto podrá existir un concurso de delitos con otros ilícitos patrimoniales que resulten aplicables (por ejemplo, hurto, estafa, apropiación ilícita).

## 2. El funcionario de hecho en el Derecho Penal

Debe partirse de la premisa que el Código Penal peruano no incorpora la categoría de funcionario de hecho, aun cuando se señale que forman parte del artículo 382° y 392° del citado código<sup>169</sup>, pues en este caso se trata de una norma extensiva referida a particulares, quienes no tienen la condición de funcionario público pero que serán autores de determinados delitos por su participación en la

---

<sup>168</sup> García Caveró analiza la vinculación institucional como funcionario público de una persona que no posee válidamente este estatus desde dos aristas. Por un lado, desde el nombramiento nulo, que es según su opinión el caso del funcionario de hecho y un segundo supuesto, referente a la persona que se ha arrogado unilateralmente la posición de funcionario público y que responderá como usurpador de funciones. Para mayores referencias véase: GARCÍA CAVERO, Percy. «Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal», en: Castillo Alva, José Luis y García Caveró, Percy. *El delito de colusión*. Lima, Grijley, pp. 35-37.

<sup>169</sup> En efecto en este caso se trata de particulares, los cuales como ya hemos hecho referencia, se encuentran vinculados circunstancia y temporalmente con la administración pública, por lo que no estamos de acuerdo con la afirmación realizada por Fidel Rojas Vargas. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Op.cit., p. 580.

función pública, como lo señalamos anteriormente. En cambio bajo el concepto de funcionario de hecho se asigna la categoría de funcionario a quien no ostenta dicha condición.

Las organizaciones internacionales de las cuales el Perú forma parte han mostrado su recelo en acoger este término. En efecto, si bien el Perú presentó en la reunión preparatoria oficiosa del comité especial encargado de negociar la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción la definición de funcionario de hecho<sup>170</sup>, la propuesta "(...) fue descartada en tanto hipótesis válida para el debate dada su extrema amplitud carente de límites"<sup>171</sup>.

Sobre el funcionario de hecho en el ámbito penal, la doctrina ha establecido diferentes características y exigencias. Por un lado Rojas Vargas señala que es necesaria la presencia de los siguientes requisitos de manera indesligable, a saber:

- Ausencia de título.
- Ejercicio de funciones o control de las mismas.

---

<sup>170</sup> La propuesta fue la siguiente:

1. Para los fines de la presente Convención, por funcionario público, oficial gubernamental o servidor público, se entenderá también toda persona que se halle en cualquiera de los siguientes supuestos:
  - a. Ejercer de hecho funciones públicas, independientemente que haya sido nombrado o encargado formalmente para desempeñarlas
  - b. Ostente un cargo público pero en la práctica ejerza funciones propias de otro cargo pese a no haber sido nombrado ni encargado formalmente para desempeñarlas
  - c. Tenga un reconocido ascendiente o influencia en las gestiones o funciones públicas o de gobierno aunque no ostente formalmente cargo público alguno;
  - d. Tenga un reconocido ascendiente o influencia en las gestiones o funciones públicas o de gobierno aunque formalmente desempeñe funciones públicas incompatibles con dicha influencia.

Propuesta de Perú recogida por Ibid. pp 154-155.

<sup>171</sup> Ibid., pp. 154-155.

- Aceptación o reconocimiento del funcionario por parte del gobierno<sup>172</sup>.

Por otro lado, Nakazaki Servigón señala que en el Derecho Penal se distinguen dos supuestos de funcionario de hecho<sup>173</sup>:

- El particular que, sin nombramiento nulo, ejerce funciones públicas.
- El particular cuyo nombramiento es nulo que ejerce funciones públicas.

Al respecto, este último autor acepta tan solo una concepción restringida de funcionario de hecho. De tal modo, para Nakazaki Servigón, solo el sujeto que ejerce funciones públicas a pesar de que su nombramiento como funcionario es nulo podrá ostentar la categoría de funcionario de hecho.

Asimismo, Nakazaki Servigón atribuye diversas características al citado “funcionario de hecho”, entre ellas la existencia del cargo, el nombramiento nulo, la posesión pacífica, pública, de buena fe del cargo y apariencia de legitimidad ante el público<sup>174</sup>.

Coincido en señalar que al analizar esta figura debe existir un cargo, de esta manera no se está haciendo alusión al nombramiento de funcionarios en cargos

---

<sup>172</sup> Ibid., pp. 164.

<sup>173</sup> NAKAZAKI SERVIGON, César Augusto. «Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú», en El Derecho Penal Contemporáneo: Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Lima: ARA Editores, Tomo I, 2006, p. 779.

<sup>174</sup> Ibid., p. 781.

inexistentes. Sin embargo, en mi opinión no sería necesaria la incorporación de los otros elementos (posesión pacífica del cargo, finalidad lícita del ejercicio de la función), siendo únicamente necesario el título nulo. Ello porque, en mi opinión, no debemos hacer depender el cargo de funcionario a la participación lícita del mismo. De afirmar lo contrario, podríamos concluir, de forma absurda, de que no se puede iniciar un proceso penal por un delito contra la Administración Pública a quien no obró lícitamente en su cargo, conclusión que no permitiría procesar penalmente a funcionario público alguno.

Sin embargo, alegar que el título nulo es suficiente para aceptar la existencia de un funcionario de hecho a efectos penales merece precisar si el título que nombra funcionario público a un determinado sujeto ha sido o no declarado nulo.

Es importante realizar esta aclaración, ello en la medida que el ordenamiento jurídico presume la existencia de un funcionario público siempre y cuando no haya sido declarado nulo el título emitido por el órgano que lo incorpora como tal. Por el contrario si se ha declarado la nulidad de dicho nombramiento, no podemos asumir que estamos ante un funcionario público pues en este supuesto el ordenamiento jurídico no validará un acto nulo. Por lo que, en este último supuesto, estaremos ante un caso de usurpación de funciones.

De una similar opinión, Roca Agapito señala que existen dos supuestos de funcionarios de hecho a efectos penales, por un lado, aquellos particulares que asumen de propia iniciativa, una función pública; y otros que, nombrados

legítimamente, no reúnen las condiciones exigidas por la ley para tal nombramiento<sup>175</sup>.

En el primero de los supuestos mencionados, Roca Agapito ha señalado que el particular que asume, de propia iniciativa, una función pública, al no tener el título habilitante no puede equipararse a funcionario público<sup>176</sup>. En el segundo supuesto, este autor señala que “(...) *mientras no se ponga término a la anómala situación, tienen, a los efectos penales, el carácter de acto realizado por un funcionario público (...)*”<sup>177</sup>. De este modo, concluye categóricamente que en este último caso, “(...) *más que funcionario de hecho, en este supuesto se puede hablar mejor de funcionario de derecho a efectos penales*”<sup>178</sup>.

Realizadas estas clasificaciones podemos señalar que la doctrina realiza dos grandes divisiones:

- Aquel que asume el cargo sin tener título alguno o que habiendo asumido el cargo es inhabilitado, renuncia o se termina el vencimiento de su contrato y continúa ejerciendo las funciones. Y aquel que asume un cargo que no le compete.
- Aquel que tiene un vicio en su nombramiento lo que conllevaría a la nulidad del título habilitante.

---

<sup>175</sup> ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Op.cit., p. 104.

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> Ibid., p 105.

<sup>178</sup> Ibid.



Tal y como he señalado, en el primero de los casos, nos hallamos ante supuestos de usurpador de funciones, mientras en la segunda de las hipótesis expuestas, coincidimos con Roca Agapito en que hasta que no se declare la nulidad, el ordenamiento jurídico presume la existencia de un funcionario público.

### **3. El funcionario de hecho en la jurisprudencia**

A continuación se procederá a analizar si el concepto de funcionario de hecho utilizado por la doctrina es el mismo que el tenido en cuenta por la jurisprudencia. A tal efecto, tomaremos como punto de referencia la jurisprudencia peruana y española.

#### **3.1. El funcionario de hecho en la jurisprudencia peruana**

Uno de los casos de mayor trascendencia en cuanto al uso de la teoría del funcionario de hecho en la jurisprudencia nacional es el de Vladimiro Montesinos. En efecto, los órganos jurisdiccionales penales utilizaron dicha teoría para fundamentar la condena de Vladimiro Montesinos Torres como autor del delito de peculado en el “Caso Bedoya de Vivanco” y en el “Caso de los dueños de los medios de comunicación”.

En ese sentido, me centraré en el análisis del Expediente N.º 010-2001, referente al “Caso Bedoya de Vivanco”. Sobre el particular, se debe señalar que la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la sentencia de fecha

23 de mayo de 2003, tras apreciar distintas resoluciones que incorporaban a Montesinos Torres a la Administración Pública, concluyó en el considerando cuarto, de la sección antecedentes, que dicho ciudadano desde el año 1992 laboraba en el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) y ejercía función pública.

Por lo expuesto, Montesinos Torres tenía la calidad de funcionario público. De este modo, se aprecia el cumplimiento del primer nivel de mi análisis, establecido en el capítulo segundo de la presente tesis. De tal modo, tras verificar el título y la participación en la función pública, la Corte Superior de Justicia de Lima concluye que existe un funcionario público.

Entonces, la existencia del llamado funcionario administrador de hecho se aprecia en el segundo nivel de análisis, es decir, en la aptitud de este funcionario para llegar a ser autor del delito de peculado doloso.

De este modo, la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima centra su análisis en determinar si el artículo 387° del Código Penal admite bajo su configuración legal que el sujeto activo - funcionario público pueda ser un administrador “de iure” y también un administrador “de facto”<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> Montesinos Torres tuvo la función pública de administrar los fondos públicos asignados al SIN a través de las partidas presupuestales denominadas Reserva I y II, el cual fuera ordenado por el ex presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori. De este modo, existía una designación, que fue calificada como nula, a través del cual el presidente ordenó al jefe del SIN que el Jefe de la Oficina Técnica de Administración le entregue el dinero de las Reservas I y II.

Entonces, el elemento a analizar en el delito de peculado es el que se refiere a la expresión “(...) *por razón del cargo*”, contenida en el tenor literal del artículo 387° del Código Penal. Dicha locución es, a mi juicio, un elemento central del tipo, pues se trata, en palabras de Rojas Vargas de un “(...) *elemento de significación de la vinculación funcional que deba poseer todo sujeto especial que sea imputado a título de autor o coautor por delito de peculado*”<sup>180</sup>.

De tal modo, en el caso de Vladimiro Montesinos se analizó la aptitud de este funcionario para llegar a ser autor del delito de peculado, ya que, “de facto”, tenía bajo su custodia y administración bienes estatales. En efecto, la Sala concluyó que Montesinos era apto para ser sujeto activo del delito de peculado, ello en base al dominio fáctico que ejercía sobre los caudales públicos. En consecuencia, se admitió la figura del “administrador de hecho”.

Así también, el Tribunal Constitucional, por mayoría, señala en el considerando diez de la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2004 (correspondiente al Expediente N.º 2758-HC/TC) que:

*“Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí 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 SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de***

<sup>180</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Op.cit., p. 159.

**fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal**<sup>181</sup>.

Así entonces, del fundamento jurídico citado se advierte que el Tribunal Constitucional atiende a la posibilidad que tiene Montesinos Torres de ser sujeto activo del delito, ello en base al manejo fáctico de los bienes puestos a su disposición.

Sobre el particular, en mi opinión no se analiza detenidamente el hecho de que Montesinos Torres asumió el cargo de Jefe de la Oficina Técnica de Administración del Servicio de Inteligencia Nacional (cargo que le permitía la administración de los fondos públicos asignados mediante las partidas de presupuesto denominadas Reserva I y Reserva II)<sup>182</sup> en base a un título nulo que fue conferido por Fujimori Fujimori.

Conforme lo he señalado en el anterior acápite, de existir un título nulo entonces estamos ante un administrador de *iure*, no siendo necesario recurrir a la teoría del funcionario administrador de hecho. Cabe señalar que esta tesis fue sostenida por el Cuarto Juzgado Anticorrupción (Caso de los dueños de medios de

---

<sup>181</sup> Para verificar el contenido íntegro de la sentencia, revisar: Tribunal Constitucional del Perú. Sección Jurisprudencia, en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02758-2004-HC.html>. Consultado el 20 de noviembre de 2012.

<sup>182</sup> Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior (29/05/03). Considerando quinto: “El Reglamento de Organización y Funciones del Servicio de Inteligencia Nacional...precisar que la Oficina Técnica de Administración es el órgano encargado de conducir los sistema administrativos, de abastecimiento, mantenimiento, contabilidad y tesorería, teniendo a su cargo la ejecución presupuestal”. Extraído de: NAKAZAKI SERVIGON, César Augusto. «Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú”, Op.cit. , p. 783.

comunicación), en mérito a que se sustentó la imputación de peculado contra Montesinos, al establecer que se trataba de un administrador de “iure” y donde el título de habilitación era la designación de Fujimori Fujimori<sup>183</sup>.

Ahora bien en este supuesto tenía que establecerse que este título nulo le permitía a Montesinos Torres administrar los fondos de la Reserva I y II. De este modo, era necesario verificar el alcance de dicha habilitación.

Esta idea es esbozada de algún modo en el Acuerdo Plenario 1- 2010 emitido por el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de República del Perú (referente a la prescripción en los delitos contra la Administración Pública). Así en el considerando 15, literal c, se establece la posibilidad de admitir un título que puede ser nulo, al establecer que:

*“Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta(d) funcional una orden administrativa, y por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia de bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía”<sup>184</sup>.*

---

<sup>183</sup> Pie de página número 25, citado por NAKAZAKI SERVIGON, César Augusto. «Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú», Op.cit. , p. 785.

<sup>184</sup> A fin de verificar el contenido del Acuerdo Plenario, se sugiere revisar en: Poder Judicial del Perú, en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/43131d004075b678b539f599ab657107/ACUERDO\\_PLENARIO\\_P](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/43131d004075b678b539f599ab657107/ACUERDO_PLENARIO_P)

Ahora bien, si Montesinos Torres, sin título alguno, hubiera ocupado una competencia que no le corresponde o si existiendo este título, el mismo resultaba insuficiente para manejar los fondos públicos de la Reserva I y II, entonces, no podría llegar a ser el funcionario con aptitud para ser sujeto activo en el delito de peculado. Por lo que, al asumir una competencia que no le correspondía, estaríamos ante un supuesto de usurpador de funciones, conforme lo analizamos en el acápite anterior.

### **3.2. El funcionario de hecho en la jurisprudencia española**

A diferencia de lo que sucede en la jurisprudencia peruana, la cual pone énfasis en la aptitud del funcionario para llegar a ser sujeto activo (segundo nivel de análisis), la jurisprudencia española no se centra en este segundo nivel, si no en el primero, esto es, la concurrencia del título habilitante y la participación en la función pública.

Respecto a estos dos elementos, para el Tribunal Supremo español, a fin de determinar la existencia de un funcionario, tan solo será necesaria su participación en las funciones públicas, dejando de lado el elemento del título habilitante. Así

---

[ENAL\\_01-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=43131d004075b678b539f599ab657107](#) . Consultado el 20 de abril de 2015.



entonces, en su Sentencia N° 166/2014<sup>185</sup>, de fecha 28 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo del país ibérico señala que:

*“(…) el concepto de funcionario público a efectos penales se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo (…). Es en fin, un concepto marcadamente funcional”*

Prosigue dicha sentencia del Tribunal Supremo español añadiendo que:

*“(…) no puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado “levantamiento del velo”: estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una “huida del Derecho Penal”, sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano*

---

<sup>185</sup> Fundamento de Derecho Noveno, sentencia extraída de RAMON RIBAS, Eduardo. «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 Código Penal (Concepto de funcionario público)». Op.cit., p.179.



*de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material<sup>186</sup>”*

Cabe señalar que este concepto de funcionario público se reitera en la jurisprudencia española. A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo de esta nación señala en su Sentencia N.º 1590/2003, del 22 de abril de 2014 en la que se destaca que *“(…) el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación, ni de permanencia, sino fundamentalmente “la participación de la función pública”<sup>187</sup>.*

De este modo, el Tribunal Supremo español no analiza la aptitud del funcionario público para llegar a ser sujeto activo, como si lo hace la jurisprudencia peruana, sino que se centra en el análisis de los elementos constitutivos del concepto funcionario público, estableciendo que el elemento de mayor importancia es su participación en la función pública. En palabras de este tribunal, *“Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado”<sup>188</sup>.*

---

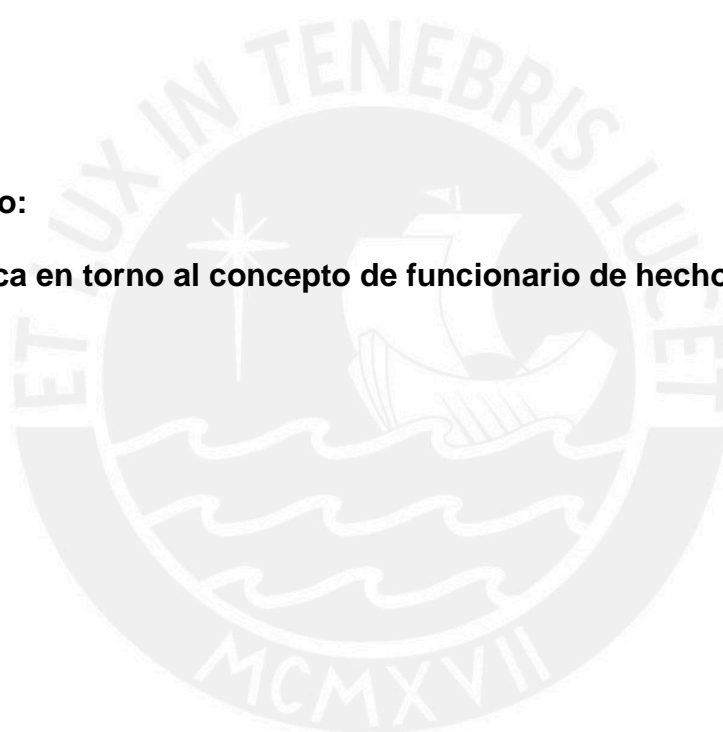
<sup>186</sup> Ibid.

<sup>187</sup> Fundamento de Derecho Décimo Tercero, sentencia extraída de RAMON RIBAS, Eduardo. «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 Código Penal (Concepto de funcionario público)». Op.cit., p.180.

<sup>188</sup> Fundamento de Derecho Noveno, Sentencia del Tribunal Supremo Español N.º 166/2014, de 28 de febrero de 2014, resolución citada por Ibid., p.179.

**Cuarto capítulo:**

**La problemática en torno al concepto de funcionario de hecho**



He señalado que los supuestos adoptados por el Derecho Administrativo como ejemplos de funcionarios de hecho se adecúan a las conductas tipificadas por el delito de usurpación de funciones. Asimismo, si bien la doctrina ha indicado que, a efectos penales, el funcionario de hecho es aquel que cuenta con un título nulo, se ha indicado que mientras no se declare la nulidad de dicho título, el ciudadano seguirá siendo considerado como funcionario público. De este modo, se concluye que bajo estos parámetros conceptuales el funcionario de hecho no podría existir a efectos penales.

El problema surge con la interpretación jurisprudencial del concepto de funcionario de hecho. Por un lado, los tribunales peruanos acogen esta definición al interpretar un tipo penal en concreto, a saber, el de peculado. Por otro lado, el Tribunal Supremo español, si bien no acuña el concepto de funcionario de hecho, concluye que, independientemente del título habilitante, un ciudadano al participar de las funciones públicas, ya es funcionario público, definición que desnaturaliza el concepto de funcionario analizado en el segundo capítulo de la presente tesis.

Hechas las anteriores consideraciones, a continuación se planteará la problemática que, a mi juicio, se presenta con las acepciones jurisprudenciales de funcionario expuestas.

## 1. Concepto que atenta contra el Estado Constitucional de Derecho

En el segundo capítulo señalé que el concepto de funcionario público sería analizado desde la perspectiva de un Estado Constitucional de Derecho. Sobre el mismo, Donna afirma que el Estado de Derecho se funda en la dignidad humana, la limitación del poder, el sometimiento de los gobernantes y de los gobernados a la ley y a la tolerancia que “(...) *no son otras cosas que los elementos centrales de la cultura jurídica y política de la modernidad*”<sup>189</sup>.

El fenómeno del funcionario de hecho es el resultado de una “(...) *grave anomalía estructural o de etiología política*”<sup>190</sup>, como lo demuestra la realidad peruana, pues justamente dicho fenómeno se produjo durante el gobierno autoritario presidido por Fujimori Fujimori. Entonces, no puede ser coherente admitir que dentro de un sistema basado en la Constitución surjan personajes que, no teniendo las cualidades de sujetos públicos desde la perspectiva penal, dirijan o controlen la administración pública.

Así entonces, a mi juicio, cuando, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho se reconoce legalmente (o se pretende regular de algún modo) la categoría del funcionario de hecho, este Estado estará reconociendo la posibilidad de que exista una grave anomalía en su ordenamiento jurídico, la cual se pretende cubrir con el velo de la legalidad, reconociendo una situación “*per se*” atípica.

---

<sup>189</sup> DONNA, Edgardo Alberto. «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal». Op.cit., pp 153- 154.

<sup>190</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Cuarta edición. Op.cit., p. 165.

Sobre el particular, Rojas Vargas destaca que “[admitir el concepto de funcionario de hecho] *nos coloca en la certidumbre de admitir que en el futuro el sistema político administrativo podría verse nuevamente afectado por estas irregularidades*”<sup>191</sup>.

Asimismo, considero que este reconocimiento jurisprudencial del funcionario de hecho vulnera el principio de división de poderes. En efecto, si bien se respeta que exista coordinación entre los poderes que integran el Estado, ello no significa que el Poder Judicial desnaturalice el concepto de funcionario público, el mismo que puede desprenderse de los instrumentos internacionales y legales.

## **2. La necesidad de un título habilitante para ser funcionario público a efectos penales**

Existen teorías que establecen que el concepto de funcionario público es un concepto funcional. Dichas hipótesis señalan que “(...) *la mera cualidad jurídica formalmente legitimadora (como puede ser en el Derecho administrativo la simple incorporación o en el Derecho Penal el título) no es suficiente, sino que se precisa una real participación en el ejercicio de la funciones públicas*”<sup>192</sup>.

Otra teoría que ha sido objeto de utilización es el denominado concepto material – real, o si se prefiere funcional - sustantivo, en el cual se destaca que este

---

<sup>191</sup> Ibid. p. 165.

<sup>192</sup> ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Op.cit., p. 90.

funcionario público debe poseer una relación directa con los bienes jurídicos a su cargo<sup>193</sup>.

Ciertamente, la jurisprudencia privilegia la participación en la función pública, dejando de lado el título que habilita al ciudadano para la participación en dicha función. Sin embargo, juzgo necesario que se considere la existencia del título habilitante, y que este requisito no es óbice para tener en cuenta la participación en la función pública, si no que se trata de un requisito codependiente.

Para ilustrar lo señalado, colocaremos un ejemplo que fue utilizado por García Caveró: *“Si alguien se pone fácticamente en la posición de un padre, esta asunción fáctica no le vincula institucionalmente como tal frente al menor acogido, mientras no se siga un proceso formal de adopción”*<sup>194</sup>.

De esta manera, así como no es suficiente que un ciudadano se arroge la titularidad de padre de un niño para que pueda ejercerse la patria potestad, así tampoco será suficiente la posibilidad fáctica del ciudadano de ejercer un cargo público para ser considerado como tal, pues citando de nuevo a García Caveró *“(…) no toda asunción fáctica de funciones de administración resulta socialmente atendible y, por tanto, penalmente relevante. Si el Derecho Penal no quiere saltar*

---

<sup>193</sup> Donna, Edgardo Alberto. «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú». Op.cit., p. 272.

<sup>194</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho; una cuestión general y otra particular, en < [http://www.indret.com/pdf/362\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/362_es.pdf) > .Consultado el 15 de octubre de 2013. Este ejemplo es utilizado por el profesor García Caveró en un análisis respecto al concepto de administrador de hecho, concepto que es utilizado en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica y de sus administradores, sin embargo, consideré pertinente realizar su cita.

*por encima de una sociedad, no puede desconocer estos datos de la configuración social*<sup>195</sup>.

Ciertamente, existe una tendencia, no solo es el caso del Perú, sino también de otros ordenamientos como el español, de dar un mayor peso a la participación de las funciones públicas, situación que ha sido advertida por autores como Valeije Alvarez, Cobo del Rosal y Ramón Ribas. Sin embargo, como ya ha sido puesto de relieve por dichos autores, el problema no reside en la extensión del concepto de función pública, sino en soslayar el requisito del título habilitante<sup>196</sup>.

Al verificar la necesidad del título habilitante no pretendo equipar el concepto penal de funcionario público con el concepto administrativo, pues en este último, la necesidad del título es crucial en mérito a la estructura de la Administración Pública. Entonces, si bien no puedo negar la autonomía del concepto penal de funcionario público, tampoco puedo señalar, como ya lo ha hecho notar Cobo del Rosal, que el Derecho Penal sea totalmente ajeno al Derecho Administrativo *“(…) en la medida en que el Derecho Administrativo regula las formas en que el funcionario público puede adquirir dicha condición bien por disposición inmediata de la ley, elección, nombramiento*<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> Ibid., p. 7.

<sup>196</sup> RAMON RIBAS, Eduardo. «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 Código Penal (Concepto de funcionario público)». Op.cit. p.183.

<sup>197</sup> Ibid. p.176.



Estos títulos habilitantes de corte administrativo han sido acogidos no solo por el derecho comparado, sino por convenios internacionales de los cuales el Perú es parte. De esta manera, para entender el concepto de funcionario público, es necesario atender no solo a la participación en el ejercicio de las funciones públicas, sino en el título que habilita al funcionario correspondiente para la participación de las mismas.

Finalmente, cabe señalar que afirmar la necesidad de contar con el título habilitante no implica negar la posibilidad de que el funcionario público tenga una cercanía con el bien jurídico, y por ende sea susceptible de afectar a la Administración Pública,<sup>198</sup> sino en sostener que es necesaria la existencia de una relación jurídica entre el sujeto y la Administración que permitirá diferenciar a un funcionario público a efectos penales de un sujeto que desempeña funciones públicas<sup>199</sup>. De esta manera será necesario que en este concepto funcional exista la presencia del título habilitante.

---

<sup>198</sup> MONTROYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Op.cit., p.39.

<sup>199</sup> RAMON RIBAS, Eduardo.«La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 Código Penal (Concepto de funcionario público)». Op.cit. p.192.

### 3. Vulneración del principio de legalidad

#### 3.1. El concepto de funcionario de hecho y el mandato de determinación

Un primer problema que se presenta al concordar la redacción de los tipos penales con el principio de legalidad es el de la ley estricta. En efecto, una cuestión a analizarse es si los tipos penales deben de regular una conducta de tal modo que el operador jurídico no tenga dudas sobre los conceptos utilizados por el legislador. Un concepto que puede ayudar a responder a esta interrogante es el “mandato de determinación” el cual exige, siguiendo a Mir Puig, “(...) *que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear*”<sup>200</sup>.

Entonces, lo que se pretende con este mandato de determinación es evitar la burla del significado de seguridad y garantía del principio de legalidad.

Sin embargo, también es cierto que la exigencia de determinación no puede entenderse como una exigencia de claridad y precisión absoluta en la formulación de conceptos legales<sup>201</sup>. De modo que, si bien se permite cierto margen de

---

<sup>200</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal - Parte General. Buenos Aires: Reppertor. 2008. p. 68-69.

<sup>201</sup> Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional peruano que en el Expediente N.º 00010-2002/PI/TC en el que se señala en el fundamento 46 que “(...) *la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un*

indeterminación, por la razón antes expuesta, también es cierto que un cierto grado de indeterminación será inadmisibles cuando el ciudadano no pueda conocer a quién va dirigida la norma<sup>202</sup>. En ese entender, sí existe la posibilidad de que existan tipos abiertos, no obstante, es necesario que su concreción sea razonablemente factible.

Ahora bien, se entiende que cuando se analiza el elemento “funcionario público”, hay un proceso de valoración y determinación de este concepto.

En los capítulos primero y segundo hemos señalado que al analizar el concepto de funcionario público debemos de verificar el título habilitante, así como la participación en la función pública, ello para posteriormente determinar la aptitud de este funcionario público para llegar a ser sujeto activo en los delitos contra la Administración Pública; análisis que, en la presente tesis, se ha puesto en práctica en los delitos de peculado y colusión.

---

ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que “en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje” (CURY URZUA: Enrique: *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá, 1988, p. 69)” Para revisar el contenido de la citada resolución, revisar: Tribunal Constitucional. Sección Jurisprudencia, en : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>. Consultado el 20 de marzo de 2013.

<sup>202</sup> “En esta línea el Tribunal Constitucional Español sostiene que la “lexcerta” no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (STC 69/1989)”. Para revisar el contenido de la citada resolución, revisar el fundamento 48 de la Resolución emitida en el Expediente N.º 00010-2002/PI/TC, en: Tribunal Constitucional. Sección Jurisprudencia, en : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>. Consultado el 20 de marzo de 2013.

Sobre los tipos señalados, en ambos casos se ha llegado a concluir que el funcionario público tiene una relación con la Administración, en la que el título habilitante lo faculta para participar de funciones públicas y en todo caso, en mérito a este título se configura un cargo, lo cual lo hace apto para llegar a ser el sujeto activo del tipo penal en concreto. Este es pues, la valoración que se realiza al momento de conceptuar al funcionario público en cada tipo penal y el mandato de determinación al cual hacemos referencia.

En ese sentido, la introducción jurisprudencial de funcionario de hecho realizada por el Tribunal Supremo de España, en la cual se desconoce el elemento relativo al título habilitante, omite el proceso de valoración señalado. Ello en la medida en la que dicho proceso requiere que el ciudadano sea incorporado a la Administración Pública por medio de una habilitación.

El segundo supuesto planteado se refiere al denominado “administrador de hecho” introducido por la jurisprudencia peruana (caso Montesinos). Sobre el particular considero que, al haber sido implementado dicho supuesto para un caso de peculado, no se puede obviar que existe un proceso de valoración en los elementos que integran el tipo penal de peculado, a lo cual ya me he referido. De este modo, ya que la concepción de “administrador de hecho” vulnera el proceso de valoración señalado, considero que esta última acepción es contraria al principio de legalidad.

### 3.2. El concepto de funcionario de hecho es una analogía “*in malam partem*”

Después de concluir cuál es el proceso de valoración que se sigue en los delitos contra la Administración Pública, en los que el sujeto activo es un funcionario público, se analizará si el funcionario de hecho es una interpretación válida que se desprende del concepto funcionario público o si acaso nos encontramos ante una analogía.

En tal sentido, si bien se considera lícita aquella aplicación de la ley penal que no desborda los límites que tolera la aplicación de su tenor literal, se debe diferenciar una interpretación de una analogía.

La interpretación está permitida porque se busca la razonabilidad dentro del texto legal. De esta manera “(...) *toda comprensión de un conjunto de casos que se ajuste al sentido literal posible del texto de la norma penal será una interpretación; mientras que si uno o varios supuestos no pueden ser comprendidos dentro del sentido literal posible, al no hallarse previstos, o por desbordar su tenor literal, e ir más allá del alcance jurídico – social de los términos, desemboca siempre en una analogía*”<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup>URQUIZO OLAECHEA, José. «La prohibición de analogía in malam partem». «La prohibición de analogía in malam partem», en Estudios Penales: Libro Homenaje a Luis Bramont Arias, Lima: San Marcos, 2003, p. 376.

Además, debemos diferenciar entre un supuesto de razonamiento analógico (que se encuentra permitido, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional)<sup>204</sup> a partir del cual el juzgador utiliza supuestos que se encuentran dentro de los parámetros que ha establecido el legislador. De esta manera, el operador jurídico puede, en el marco de una norma, delimitar su alcance. Por el contrario, una analogía (en sentido genérico) supone la aplicación de la ley penal “(...) *en un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal*”<sup>205</sup>.

De la regulación de la analogía en el ordenamiento jurídico peruano<sup>206</sup>, se puede concluir que una norma jurídica no puede aplicarse a un caso no regulado si se restringe derechos, lo cual implica incurrir en una analogía “*in malam partem*”.

---

<sup>204</sup> El concepto de razonamiento analógico es puntualizado en la sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC en la que el Tribunal Constitucional en el considerando 69 realiza observaciones en relación a las “cláusulas de interpretación o de extensión analógica”, que son conceptualizadas, “(...) *como aquellas que dejan abierta la posibilidad de que el juzgador complete el tipo aplicando un razonamiento analógico*”. Así, el supremo intérprete distingue dos supuestos diferentes: “i) los casos de integración normativa, en los que, frente a un vacío normativo, el juzgador, utilizando la analogía con otras normas similares, crea una norma jurídica; y, ii) aquellos casos de interpretación jurídica en los que existe una norma, cuyo sentido literal posible regula el caso concreto, y el juzgador se limita a delimitar su alcance a través de un razonamiento analógico”. Para revisar el contenido de la citada resolución, revisar: Tribunal Constitucional. Sección Jurisprudencia, en : <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>. Consultado el 20 de marzo de 2013.

En ese sentido, el primer tipo se encontrará proscrito, en mérito del artículo 139 inciso 9 de la Constitución. Sin embargo, será posible reconocer el razonamiento analógico, al respecto César San Martín señala el razonamiento analógico no se vulnera la garantía de *lex certa* cuando “(...) el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos” (San Martín Castro, pág. 163). En esta línea Hurtado Pozo y Bacigalupo reconocen con las cláusulas de interpretación analógica son legítimas y no atentan contra la *lex certa*.

<sup>205</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal - Parte General. Op.cit. p. 75.

<sup>206</sup> La utilización de analogía se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico peruano, así la Constitución Política del Perú en su artículo 139 inciso 9 consagra el principio de “inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos”, el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que “la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”, asimismo el Código Penal señala que “no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que corresponde



De este modo, como señala el profesor Urquizo Olaechea, la analogía está permitida en dos supuestos “(...) a. cuando se favorece o beneficia concediendo algún derecho a quien no tiene regulado su caso en una norma específica y, b. cuando la aplicación de la analogía no reporte ningún perjuicio, ni un beneficio, sino sólo la declaración de derecho o la eliminación con ello de una incertidumbre jurídica (campo no contencioso)”<sup>207</sup>. En ese entender, se distingue entre una analogía que perjudica al reo o analogía “*in malam partem*” y una analogía que beneficia al imputado o analogía “*in bonam partem*”.

De lo antes expuesto se puede colegir que la introducción del concepto de funcionario de hecho supone en los casos mencionados anteriormente, una clara analogía ‘*in malam partem*.’ Esta afirmación no es compartida por algunos autores, para quienes el funcionario de hecho es una interpretación<sup>208</sup>.

Sobre este punto, se debe entender que toda comprensión de un conjunto de casos que se ajuste al sentido literal posible del texto de la norma penal será una interpretación; mientras que si uno o varios supuestos no pueden ser comprendidos dentro del sentido literal posible, al no hallarse previstos, o por desbordar su tenor literal, e ir más allá del alcance jurídico social de los términos, desemboca siempre en una analogía.

---

<sup>207</sup> URQUIZO OLAECHEA, José. «La prohibición de analogía *in malam partem*», en Op.cit., pp. 370-373

<sup>208</sup> MONTROYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Op.cit., p 40.



En ese sentido, se concluye que el concepto de funcionario de hecho no puede ser considerado como una interpretación, pues no se ajusta al sentido interpretativo de la norma. Ello en mérito a que solo los funcionarios públicos, los cuales se encuentran premunidos de un título habilitante, se hallan facultados, por la configuración de su cargo, a realizar la acción típica consagrada en el ilícito penal.

Del párrafo anterior se desprende que considerar como funcionario público a aquel que no ha sido considerado por el tipo penal como tal constituye una clara analogía *“in malam partem”*, la misma que se encuentra proscrita por el Derecho Penal, ello porque se le asigna a un sujeto la categoría de funcionario público y se le impone la consecuencia punitiva del ilícito penal.

#### **4. Vulneración al fundamento del delito de peculado, entendido como delito de infracción de deber**

El concepto de funcionario de hecho desnaturalizaría la razón de ser del delito de peculado, analizado en el capítulo primero de esta tesis. Ello en la medida en que nos hallamos ante un delito de infracción de deber y, como lo hemos resaltado en la primera parte de esta tesis, este tipo penal se dirige a una determinada persona que posee ciertas peculiaridades.

Al respecto, como lo señalé en el primer capítulo, considero que el deber de un funcionario se desprende del tipo penal en concreto. En efecto, si nos detenemos

en el análisis del delito de peculado se puede arribar a esta conclusión, pues como lo resalta Alcocer Povis:

*“El fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales, como el peculado, se basa en el ejercicio de una función específica que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función (...)”<sup>209</sup>.*

Esta conclusión se desprende de la lectura del tipo penal de peculado, pues el tenor literal de dicho delito sanciona al funcionario que se apropia o utiliza “(...) los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados **por razón de su cargo**”. De esta manera, el tipo penal requiere, a mi juicio, una vinculación o “relación funcional” entre los bienes estatales y el funcionario público.

Esta lectura corrobora mi propuesta de que será necesario identificar, en primer lugar, a un sujeto como funcionario público a través del título y la participación en la función pública. Ello para luego corroborar si el sujeto previamente identificado como funcionario posee la aptitud necesaria para llegar a ser autor de un determinado delito contra la Administración Pública, en concreto del delito de peculado.

---

<sup>209</sup> ALCO CER POVIS, Eduardo. Estudio de la autoría y participación en el delito de peculado a partir del caso Montesinos- Bedoya. Fecha: 2 de noviembre de 2008, en [HTTP://WWW.INCIPP.ORG.PE/MEDIA/UPLOADS/DOCUMENTOS/PECULADOALCO CER.PDF](http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/peculadoalco cer.pdf) . Consultado el 5 de enero de 2013, p. 5.

Pese a la lectura realizada, la jurisprudencia peruana introduce el concepto de “*administrador de hecho*” a través del cual no será necesario el quebrantamiento del deber de un determinado funcionario público, sino que basta la asunción fáctica para llegar a ser autor del delito de peculado.

Si bien el concepto de “administrador de hecho” ha sido adoptado del Derecho Penal Económico,<sup>210</sup> considero que este término no es posible asimilarlo a la lectura del delito de peculado.

Sobre el particular considero que es factible señalar que el administrador de hecho puede ser autor en un delito de dominio, sin embargo, esta conclusión no se traslada a los delitos de infracción de deber. Sobre el particular García Caveró ha señalado que:

*“En la medida que la responsabilidad penal del administrador de una empresa en los delitos de infracción de deber se estructura a partir de la relación de representación, es evidente que se cierra, en principio, la puerta de una responsabilidad penal también del administrador de hecho”<sup>211</sup>.*

---

<sup>210</sup> En Derecho Penal Empresarial este concepto supone una “(...) escisión entre la titularidad de la empresa y gobierno de la misma por una divergencia entre la situación formal y la situación real. Lo fundamental en esta cuestión no es la calificación formal o jurídica que se le otorga al sujeto activo sino la posibilidad fáctica que ostenta para poder concretar el delito”. ALCOCER POVIS, Eduardo. Estudio de la autoría y participación en el delito de peculado a partir del caso Montesinos- Bedoya. Op.cit., p. 8.

<sup>211</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular. Op.cit., p.7.

En efecto, en el caso de los ilícitos empresariales, que tienen la categoría de infracción de deber, la responsabilidad penal del administrador se sustenta en la relación de representación. De modo similar, los delitos funcionariales se sustentan en la configuración del cargo del funcionario público.

Sobre el particular Alcocer Povis ha señalado que:

*“(...) entre el administrador de hecho y los caudales o fondos públicos no existe alguna relación jurídica o vínculo funcional de administración, precisamente porque la función del primero se basa no en un nombramiento formal, sino en un poder de actuación material, por lo tanto no le será exigible – por no contemplarlo el ordenamiento jurídico-(...)”<sup>212</sup>*

En consecuencia, señalar que es posible hablar de un concepto de funcionario de hecho, en el marco de estos tipos penales (conforme lo ha destacado la jurisprudencia peruana), implica desconocer los deberes consagrados por la configuración típica en estos ilícitos.

---

<sup>212</sup> ALCOCER POVIS, Eduardo. Estudio de la autoría y participación en el delito de peculado a partir del caso Montesinos- Bedoya. Op.cit., pp. 9-10.

#### IV. Conclusiones generales

1. En el planteamiento del problema cuestioné qué debía entenderse por funcionario público a efectos penales. Con la finalidad de abordar esta pregunta, en el primer capítulo se brindó una visión global del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública. Sobre el particular, se llegó a la conclusión de que el bien jurídico objeto de tutela por parte de esta tipología de delitos es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, el cual tiene como contenido esencial principios y garantías constitucionales. Asimismo, se estableció que, si bien es importante tomar en cuenta los deberes de los funcionarios públicos, éstos no constituyen el objeto de tutela a efectos penales, sino que se configuran como instrumentos que ayudan a la protección del referido bien jurídico.
2. Habiendo formulado las anteriores premisas, se planteó que los delitos contra la Administración Pública (se estudiaron con mayor detalle los delitos de peculado y colusión), en los que el sujeto activo es un funcionario público, pueden considerarse como delitos de infracción de deber. Sin embargo, este deber no debe conceptualizarse bajo fórmulas vagas ni alusivas a la fidelidad del funcionario para con el Estado, como tampoco en lo dispuesto por el Código de Ética de la Función Pública. En efecto, señalamos que no nos encontramos ante deberes de carácter administrativo, pues si bien el incumplimiento de estos últimos genera sanciones administrativas o disciplinarias, la inobservancia de los deberes

descritos no implica “*per se*” que un funcionario incurra en responsabilidad penal. Ésta será pues una diferencia sustancial que nos permite distinguir el concepto de funcionario en el ámbito administrativo con el mismo concepto en el ámbito penal.

3. En esta línea, concluimos que los deberes tenían que desprenderse del tipo penal concreto. Esta concretización del deber quedó verificada en el análisis de los delitos de peculado y colusión. En efecto, la estructura típica de ambos tipos penales permite señalar que el sujeto activo de los mismos será un funcionario público que tenga una determinada relación funcional.
4. En el segundo capítulo abordamos el concepto de funcionario público. Para dichos efectos, describimos el desarrollo de este concepto en la legislación peruana. Tras un análisis de los dispositivos que regulan el concepto de funcionario público (a saber, la Ley Marco del Empleo Público, la Ley de bases de la Carrera Administrativa, y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República) destacamos la definición que ofrece la Ley del Servicio Civil. Dicha ley es de capital importancia en la medida que pretende englobar, en un único texto, todos los regímenes laborales propios de la función pública en el Perú. Asimismo, denomina a todos los empleados, servidores, funcionarios y autoridades públicas bajo la nomenclatura común de “servidores civiles”. En el mismo sentido, se destacó al Código de Ética de Función Pública el cual define de manera amplia al servidor público, pues lo califica como tal

independientemente de su vínculo jurídico - laboral con la Administración. Con ello concluimos que no se puede asimilar el concepto de funcionario público al de la carrera administrativa pues existe una tendencia de las leyes pertinentes a ampliar el concepto de funcionario público.

5. Así también se procedió al desarrollo de la idea de funcionario público a efectos penales, destacando los dos elementos que integran dicho concepto, a saber, título de habilitación y participación de la función pública, elementos que se pueden desprender del artículo 425° del Código Penal y de los instrumentos internacionales en materia de lucha contra la corrupción ratificados por el Perú, los cuales son la Convención Interamericana de la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Se destaca que ambos requisitos deben concurrir de manera conjunta para determinar la existencia de un funcionario público a efectos penales.
6. Posteriormente, se destacaron las diferencias entre las técnicas legislativas de derecho comparado y las convenciones internacionales que conceptúan al funcionario público. En tal sentido, se llegó a la conclusión de que es necesario que el Código Penal peruano recoja un único término que englobe todas las modalidades de funcionario público a efectos penales. De este modo, se criticó que el Código Penal diferencie entre las categorías de servidor, funcionario y autoridad pública, en vez de usar un único término.



7. Bajo esta línea, realizamos un análisis del artículo 425° del Código Penal, el cual ofrece un listado descriptivo de funcionarios públicos. Asimismo, que si bien la mayoría de los incisos que integran dicho artículo son supuestos ya regulados por el Derecho administrativo como funcionarios públicos, existen dos supuestos que nos permiten concluir la autonomía del concepto de funcionario público, a saber los incisos 3 y 4. Sin embargo, manifesté mi preocupación por esta técnica descriptiva, pues los supuestos han ido en aumento de tres supuestos desde el Código Penal de 1924 hasta 10 supuestos regulados en el proyecto de ley del nuevo Código Penal. Por lo que a mi juicio, esta técnica resulta ineficiente, pues los supuestos seguirán en aumento.
8. Tras el análisis de estos conceptos es posible dar con una respuesta a la pregunta inicial, es decir, qué debe entenderse por funcionario público a efectos penales. En efecto, se debe buscar un concepto penal de funcionario público que sea autónomo al brindado por el Derecho Administrativo. Sin embargo, ello no implica desconocer elementos que permiten a un ciudadano cualquiera convertirse en un funcionario público, a saber, el título habilitante y la participación en la función pública. En conclusión, el descrito será el funcionario público a efectos penales. No obstante, ello no implica que este funcionario público sea, “*per se*”, un potencial autor de todos los delitos contra la Administración Pública. En efecto, para ello será necesario analizar la configuración del cargo del

funcionario a efectos penales para poder concluir que éste podrá llegar a ser sujeto activo de un ilícito en concreto.

9. Establecida mi posición acerca del concepto de funcionario público a efectos penales, fue necesario abordar uno de los casos problemáticos respecto a este concepto, me refiero a la cuestión del funcionario de hecho. A fin de abordar esta problemática, en el tercer capítulo, señalamos que el funcionario de hecho tiene sus raíces en el Derecho Administrativo. Así se arribó a la conclusión de que los supuestos de funcionario de hecho que son propios del Derecho Administrativo coinciden con los supuestos establecidos en el artículo 361° del Código Penal, referente al delito de usurpación de funciones. De tal modo, en este punto se concluyó que el Derecho Penal brinda una solución para la cuestión del funcionario de hecho a nivel administrativo.
10. Sobre el concepto de funcionario de hecho a efectos penales, se advirtió que la doctrina señala que dicho sujeto será aquel que cuente con un título nulo. Sin embargo, con la ayuda de Barbario Filipo, logramos establecer que mientras no se declare la nulidad del nombramiento, estamos ante un funcionario público “*de iure*”, ello en base a que, hasta que dicha nulidad no sea declarada, el ordenamiento presume la validez de su nombramiento. En resumen, hasta que no se declare la nulidad del nombramiento, se estará ante un funcionario de derecho.

11. Una vez puesta de manifiesto esta posición doctrinal, analizamos la introducción del concepto de funcionario de hecho por parte de la jurisprudencia peruana y española. Así por un lado, la jurisprudencia nacional utiliza el término “administrador de hecho” y lo introduce en el ámbito del delito de peculado. Por otro lado, en la jurisprudencia española, se omite uno de los elementos propios del concepto de funcionario público, a saber, la concurrencia del título habilitante. En consecuencia, el Tribunal Supremo de España enfatiza que lo relevante para determinar la presencia de un funcionario público a efectos penales es la nota de participación en la función pública, sin que sea necesaria la concurrencia de un título habilitante. De esta manera, la jurisprudencia del país ibérico utiliza el concepto doctrinal conocido como “levantamiento del velo”.
12. Sobre la base de lo señalado en la conclusión anterior, fue posible insertar el capítulo cuarto de la tesis, el cual tiene por finalidad responder a la segunda hipótesis, según la cual, la introducción jurisprudencial del funcionario de hecho es un problema para el derecho penal. Dicha hipótesis quedó corroborada en mérito a las razones que fueron expuestas en el presente trabajo de investigación, y que a continuación procedemos a resumir.
13. Por un lado, se estableció que este concepto atenta contra el Estado Constitucional de Derecho, ello porque considero que la presencia del funcionario de hecho se origina debido a la existencia de una anomalía

estructural en el ordenamiento jurídico. Entonces, no puede ser coherente admitir que dentro de un Estado Constitucional de Derecho, sometido al imperio de la ley y la Constitución, surjan personajes que, no reuniendo las cualidades de sujetos públicos desde la perspectiva penal, dirijan o controlen la Administración Pública. Asimismo, en concordancia con esto último se considera que admitir de cualquier modo al funcionario de hecho vulnera un principio tan elemental como es la división de poderes.

14. Asimismo, establecimos que este concepto atenta contra el principio de legalidad, ello porque al analizar el mandato de determinación, propio de este principio, se estableció que, en cada tipo penal, existe un proceso de valoración de la noción de funcionario público. En efecto, se concluyó que no basta que un ciudadano ostente el cargo de funcionario público (para lo cual se requiere el título habilitante y la participación de la función pública), sino que, además, debe contar con la aptitud para ser sujeto activo en cada delito contra la Administración Pública en específico. Consecuentemente, el concepto de funcionario de hecho omite el proceso de valoración referido, lo cual es, a todas luces, contrario al principio de legalidad.

15. En añadidura, señalamos que introducir el concepto de funcionario de hecho no consiste en una interpretación del concepto “funcionario o servidor público”. Ello es así dado que el concepto de funcionario de hecho no se ajusta al sentido literal posible del texto de la norma penal, por lo que se trata de una analogía “*in malam partem*”. En tal sentido, reconocer dicho

concepto desborda el tenor literal o alcance jurídico de la noción de funcionario público, estudiado en el capítulo segundo de la presente tesis. Ello pues se asigna una consecuencia penal a un elemento no considerado por el legislador.

16. Por otro lado, si conceptuamos a los delitos contra la Administración Pública como delitos de infracción de deber, el concepto de funcionario de hecho atentaría contra dicha definición. Ello porque, en esta clase de delitos, la figura central del evento es quien lesiona el deber establecido en un tipo penal. Entonces, siendo el rasgo distintivo de esta categoría de ilícitos la naturaleza del deber especial, el cual se verifica en los tipos penales en concreto, un ciudadano que no ostente dicho deber especial no puede ser autor de delitos funcionariales aun cuando domine efectivamente el hecho.

17. A modo de conclusión final de la presente tesis, debo señalar que no debemos de perder de vista que actualmente nos encontramos ante una nueva era en la lucha contra la corrupción, la cual debe ser combatida desde la prevención. Ello porque a mi juicio, este fenómeno debe enfrentarse desde un momento anterior a la materialización del hecho delictivo, es decir, mediante la definición de un concepto que es la piedra angular en los delitos contra la Administración Pública, a saber, la noción de funcionario público. En tal orden de ideas, resulta necesario trabajar en la capacitación de los operadores jurídicos a fin de que, a través del ejercicio

práctico propuesto en este trabajo de investigación, puedan definir el concepto de funcionario público, ello con la finalidad de evitar la introducción de figuras problemáticas como la del funcionario de hecho.



## V. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL

*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Segunda edición.* Lima: Palestra, 2003.

ALCOCER POVIS, EDUARDO

*Estudio de la autoría y participación en el delito de peculado a partir del caso Montesinos- Bedoya.* Fecha: 2 de noviembre de 2008, en: [HTTP://WWW.INCIPP.ORG.PE/MEDIA/UPLOADS/DOCUMENTOS/PECULADOALCOCER.PDF](http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/peculadoalcoacer.pdf) . Consultado el 5 de enero de 2013.

ANECHIARICO, FRANK

«La corrupción y el control de la corrupción como impedimentos para la competitividad económica», en: *Gestión y Política Pública*. Volumen XIX, Número II. México: CIDE, pp. 239-261.

ARGANDOÑA, ANTONIO

*La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales.* Documentos de Investigación. D. I. N.º 656. Octubre, 2006. Navarra: Universidad de Navarra, IESE: Business School.



ARROYO ZAPATERO, LUIS

NIETO MARTÍN, ADÁN

*Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2006.

ASUA BATARRITA, ADELA

*Delitos contra la administración pública.* Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

BREGAGLIO LAZARTE, RENATA

«La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el Derecho Penal », en: *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de democracia y derechos humanos, pp. 165-183.

BENITO SÁNCHEZ, DEMELSA

*El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.* Salamanca: Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, IUSTEL.

CARO JOHN, JOSÉ ANTONIO

«Algunas Consideraciones sobre los delitos de infracción de deber»,  
en:

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_06.p](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.p)

[df](#). Consultado el 20 de junio de 2014.

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO

«El funcionario público ante el Derecho Penal». En Catálogo de la  
Biblioteca Nacional de España, en:

<http://catalogo.bne.es/uhtbin/cgisirsi/0/x/0/05?searchdata1=^A109630>.

Consultado el 20 de junio de 2014.

DONNA, EDGARDO ALBERTO

«El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal  
del Perú», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Año VII- VIII.  
Edición Especial N.º 11. Lima: IDEMSA, pp. 261-273.

DONNA, EDGARDO ALBERTO

«El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal»,  
en *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año II, número 4, julio-  
diciembre de 2005, pp. 153- 173.

ECHEVESTI, CARLOS

*Responsabilidad de los funcionarios públicos.* Buenos Aires:  
Hammurabi, 2003.

FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO

RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS

*La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar.*  
Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2004.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES

*La prevaricación judicial.* Madrid: Tecnos, 1990.

GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DELCARMEN

II Curso semipresencial de Derecho Penal (Parte general y parte especial) Aplicado a los delitos de corrupción de funcionarios. Del 5 de setiembre al 5 de octubre de 2011. Organizado por Instituto de Ciencia Procesal Penal.

GARCÍA CAVERO, PERCY

«Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal», en:  
Castillo Alva, José Luis y García Caveró, Percy. *El delito de colusión.*  
Lima, Grijley, pp. 15- 58.

GARCÍA CAVERO, PERCY

*El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal.* Lima: ARA, 2003.

GARCÍA CAVERO, PERCY

*Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho; una cuestión general y otra particular, en <  
[http://www.indret.com/pdf/362\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/362_es.pdf)> .Consultado el 15 de octubre de 2013.*

JAVATO MARTÍN, ANTONIO MARÍA

«El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», en *Revista jurídica de Castilla y León N.º 23.* Enero 2011, pp. 145-172.

HUAMÁN CASTELLARES, DANIEL

*Los Delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y los acuerdos plenarios. Extractos Sustantivos y Procesales.* Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Max –Planck- Institut fuer auslandischesund internacionales Strafrecht. Lima: ARA Editores, 2014.

HURTADO POZO, JOSÉ

*Manual de Derecho Penal. Parte General.* Lima: Grijley, 2005.

MARIENHOFF, MIGUEL

*Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III: Contratos Administrativos. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1966.

MEINI MENDEZ, IVÁN.

«Temas de autoría y participación en delitos contra la administración pública». Ponencia presentada en el taller de capacitación en delitos contra la administración pública, en *Boletín Proyecto Anticorrupción* N.º 13. Lima: IDEHPUCP, 2012, p.4. Disponible en: [HTTP://IDEHPUCP.PUCP.EDU.PE/WP-CONTENT/UPLOADS/2012/07/JUNIO\\_2012\\_N13.PDF](HTTP://IDEHPUCP.PUCP.EDU.PE/WP-CONTENT/UPLOADS/2012/07/JUNIO_2012_N13.PDF). Consultado 19 de marzo de 2015.

MINISTERIO DE JUSTICIA

Microcorrupción en el Poder Judicial: El caso de los depositarios judiciales, en [http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/INFORME-DJ\\_final.pdf](http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/INFORME-DJ_final.pdf). Consultado el 20 de noviembre de 2014.

MIR PUIG, Santiago

*Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Reppertor, 2008.

MONTOYA VIVANCO, YVAN Y OTROS

Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/publicaciones/manual-de-capacitacion-para-operadores-de-justicia-en-delitos-contra-la-administracion-publica/>. Consultado el 15 de octubre de 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco

GARCÍA ARAN, Mercedes

*Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

NAKAZAKI SERVIGÓN, CÉSAR AUGUSTO

«El funcionario administrador de hecho como autor del delito de peculado : análisis de la doctrina judicial del sistema de justicia anticorrupción». *Grijley*, [videograbación], 2006.

NAKAZAKI SERVIGÓN, CÉSAR AUGUSTO

«La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por la falta de Modificación en la legislación penal interna», en *Advocatus*, Época 2, Número 9, 2003, pp. 267-277.

NAKAZAKI SERVIGÓN, CÉSAR AUGUSTO

«Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú», en *El Derecho Penal Contemporáneo: Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Lima: ARA Editores, Tomo I, 2006, pp. 774-793.

NAVAS RONDÓN, CARLOS

*Deberes y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos civiles. Reglamento y Ley del Servicio Civil. Responsabilidad Administrativa Funcional*. Lima: Adrus Editores, 2014.

NIETO MARTÍN, ADÁN

«El concepto de funcionario público (artículo 1)», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán. *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2006, pp. 89-101.

OLAIZOLA NOGALES, INÉS

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL

«La responsabilidad penal de los funcionarios públicos. El código penal de 1995 », en *Auditoría pública* , pp. 39-52.



OLAIZOLA NOGALES, INÉS

«Concepto de funcionario público a efectos penales», en Asua Batarrita, Adela. *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pp. 77-93.

ORÉ SOSA, EDUARDO

«El depositario judicial en los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión. Comentario al precedente vinculante de la Corte Suprema de la República», en *Revista de Derecho: Universidad de Piura. Volumen 13*, pp. 273-281.

PARIONA ARANA, RAÚL

«La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias», en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 19, Enero 2011, pp. 69-83.

RAIGORODSKY, NICOLÁS

*Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global*. 2da edición. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y derechos humanos, Oficina Anticorrupción, 2007.

REAÑO PESCHIERA, JOSÉ

«Los delitos de corrupción de funcionarios. Una visión crítica a partir del caso Montesinos. Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe», en *Ius et Veritas*, Año XII, Número 23, 2001, pp. 283- 298.

REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL (DIRECTOR)

*Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores, 2009.

ROCA AGAPITO, LUIS

*El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.

ROJAS VARGAS, FIDEL

*Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley, 2007.

ROJAS VARGAS, FIDEL

«A propósito del concepto jurisprudencial peruano de funcionario público: Apuntes sobre los conceptos administrativo, penal y anticipado de funcionario público », en *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 27, diciembre, 2000 . pp. 41 -48.

ROJAS VARGAS, FIDEL

«La interpretación teleológica: A propósito del artículo 40 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 425 del Código Penal vigente (La calidad imputable de los funcionarios y servidores públicos de las empresas del Estado)», en *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 20, mayo, 2000 . pp. 69 - 77.

SALINAS SICCHA, RAMIRO

*Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2011.

SALINAS SICCHA, RAMIRO

*Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Grijley, 2010.

SAYAGUES LAZO, ENRIQUE

*Tratado de Derecho Administrativo*. Cuarta edición. Montevideo, 1974.

RAMÓN RIBAS, EDUARDO

«La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (Concepto de funcionario público)», en *Estudios Penales y Criminológicos* volumen XXXIV, Galicia: Universidad Santiago de Compostela, 2014.

SUAREZ SÁNCHEZ, ALBERTO

«El sujeto activo en los delitos contra la administración pública».  
Conferencia dictada en el curso de las XXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal celebradas en la Universidad Externado de Colombia en agosto de 2000.

URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ

«La prohibición de analogía in malam partem», en *Estudios Penales: Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*, Lima: San Marcos, 2003, pp. 368-379.

VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE

*Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.