



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 22, julio-diciembre, 2024, 293-317

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i22.825

El concepto de funcionario público en el derecho penal

The definition of a public official in criminal law

O conceito de funcionário público no direito penal

RAÚL BELEALDO PARIONA ARANA
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: rpariona@pucp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-8273-3627>

RESUMEN

El presente artículo aborda el tema del concepto de funcionario público en el derecho penal, cuyo contenido y alcance constituye uno de los temas centrales de las legislaciones contemporáneas. La dogmática penal moderna ha logrado el desarrollo de un concepto penal de funcionario público autónomo, el cual no se limita a los parámetros del derecho administrativo laboral y que, en el Perú, se ha plasmado en el artículo 425 del Código Penal. Dos son los componentes centrales del concepto de funcionario público a efectos penales: el título habilitante de incorporación a la Administración pública y el ejercicio del cargo público. Desde esta perspectiva doctrinaria, se aborda el problema de la determinación del momento en que se adquiere el estatus de funcionario público en los casos de funcionarios por elección popular. Finalmente, la presente investigación desarrolla con detalle la problemática del «funcionario de hecho o *de facto*», apoya la ilegitimidad del concepto

por no tener amparo legal y lo distingue del caso de la usurpación de funciones. Situación distinta es la del funcionario público con título irregular.

Palabras clave: derecho penal; funcionario público; funcionario de hecho; funcionario *de facto*; delitos funcionariales; usurpación de funciones.

Términos de indización: derecho penal; funcionario público; Administración pública; corrupción (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This article addresses the concept of a public official in criminal law, the content and scope of which constitutes one of the central topics of contemporary legislation. Modern criminal doctrine has developed an autonomous penal concept of public official, which is not limited to the parameters of labor administrative law and has been reflected in Article 425 of the Penal Code in Peru. Two central components define the concept of a public official for criminal purposes: the enabling title for incorporation into the public administration and the exercise of public office. From this doctrinal perspective, the article discusses the issue of determining the moment at which the status of public official is acquired in cases of officials elected by popular vote. Finally, this research details the problematic nature of the “*de facto* public official,” supporting the illegitimacy of the concept due to the lack of legal backing and distinguishing it from the case of usurpation of functions. The situation is different for public officials with irregular titles.

Key words: criminal law; public official; *de facto* official; official misconduct; usurpation of functions.

Indexing terms: criminal law; civil servant; public administration; corruption (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este artigo trata do conceito de funcionário público no direito penal, cujo conteúdo e escopo é uma das questões centrais da legislação

contemporánea. A dogmática penal moderna desarrolló un concepto penal de funcionario público autónomo, que no se limita a los parámetros del derecho administrativo del trabajo y que, en Perú, fue incorporado en el artículo 425 del Código Penal. Hay dos componentes centrales del concepto de funcionario público para fines penales: la calificación de incorporación a la administración pública y el ejercicio del cargo público. Desde esta perspectiva doctrinaria, se aborda el problema de determinar el momento en que el estatus de funcionario público es adquirido en el caso de funcionarios elegidos por el pueblo. Por último, esta investigación desarrolla en detalle el problema del “funcionario de hecho o agente *de facto*”, sostiene la ilegitimidad del concepto porque él no tiene protección legal y lo distingue del caso de usurpación de funciones. Una situación diferente es la de un funcionario público con un título irregular.

Palabras-clave: derecho penal; funcionario público; funcionario de hecho; agente de hecho; delitos contra el servicio público; usurpación de funciones.

Termos de indexación: derecho penal; funcionario público; administración pública; corrupción (Fuente: Unesco Thesaurus).

Recibido: 3/8/2023

Revisado: 14/8/2023

Aceptado: 8/8/2024

Publicado en línea: 28/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace mucho tiempo se presta especial atención a la actuación de los funcionarios públicos, debido al rol relevante que cumplen en la administración de los Estados, y, por esa misma razón, por los graves perjuicios que causa su actuación indebida. Debido a ello, en la regulación penal de los comportamientos ilícitos, se ha distinguido valorativamente el comportamiento del ciudadano común, de aquel comportamiento desplegado por un funcionario público, y se reprocha con mayor severidad el comportamiento delictivo de los funcionarios del Estado.

En la actualidad, el concepto de funcionario público juega un rol fundamental en las legislaciones penales de casi todos los Estados modernos. Quiénes deben ser considerados como tales y, en especial, si es posible un concepto penal de funcionario público, ha sido objeto de desarrollos importantes en la dogmática penal. En esta tarea, se ha buscado definir cuáles son los presupuestos o elementos fundamentales del concepto de funcionario público, de tal manera que se pueda identificar en cada caso si nos encontramos ante un funcionario público a efectos penales. Precisamente, en el Perú, se han evidenciado dos problemas vinculados a este concepto que han motivado una discusión en la doctrina y que, incluso, han merecido pronunciamientos importantes de la Corte Suprema de Justicia, a saber, el referido a la definición de la condición de funcionario público en los casos de los funcionarios por elección popular; y el referido al desarrollo jurisprudencial del concepto de «funcionario de hecho».

El presente artículo tiene por objeto identificar la estructura del concepto de funcionario público que contiene nuestro ordenamiento jurídico penal, sus alcances y los problemas dogmáticos que lo acompañan. Con este objetivo, en primer lugar, presentaremos el diseño legislativo que adopta nuestro derecho. En segundo lugar, fundamentaremos la autonomía del concepto de funcionario público en el derecho penal. En tercer lugar, desarrollaremos la estructura del concepto de funcionario público. Sobre esta base, en cuarto lugar, presentaremos nuestra propuesta de solución a los dos problemas más relevantes que se han evidenciado en la discusión jurisprudencial en nuestro país, esto es, el caso del funcionario por elección popular y el funcionario público de hecho.

Respecto al primer problema, el funcionario público por elección se plantea que no resulta necesaria la juramentación o asunción efectiva del cargo para ser considerado funcionario público en el ámbito penal, es exigible solamente la declaración de un órgano institucional que lo reconozca como ganador de la elección y que, en virtud de dicha condición, está en capacidad de poner en peligro el correcto funcionamiento de la Administración pública. En cuanto al funcionario de hecho, se fundamenta la ilegitimidad del ejercicio de la función pública *de facto* por ir en contra del principio de legalidad, y se propone en su lugar la

denominación de funcionarios públicos con títulos irregulares, para agrupar los casos donde un funcionario posee un defecto en el proceso de su nombramiento o designación.

2. EL DISEÑO LEGISLATIVO PERUANO

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de «funcionario público» a efectos penales se encuentra regulado en el artículo 425 del Código Penal (CP). El legislador peruano no ha optado por establecer un concepto genérico de funcionario público, sino más bien, mediante una fórmula casuística, enumera cada uno de los supuestos en los que nos encontramos ante uno. En efecto, el artículo 425 del CP contiene siete acápites que definen quiénes pueden ser considerados como funcionarios o servidores públicos para el derecho penal.

Los supuestos regulados en el artículo 425 del CP comprenden a distintos sujetos vinculados de diversas formas con la Administración pública. En el inciso 1, se señala que son funcionarios o servidores públicos todos los que se encuentran dentro de la carrera administrativa, se recoge así lo ya regulado por el derecho administrativo. En el inciso 2, se incluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza como funcionarios públicos, inclusive si su título emana de una elección popular. Esta mención es importante dado que, de conformidad con el artículo 40 de la Constitución, quienes posean estos cargos se encuentran excluidos de la carrera administrativa (inciso 1). El supuesto regulado en el inciso 3 permite abarcar a todos aquellos sujetos que tengan una relación con una entidad estatal, sin importar la naturaleza laboral o contractual del vínculo. En este grupo, se incluye como funcionarios y servidores públicos a los trabajadores de las empresas del Estado y de las sociedades de economía mixta que realicen actividad empresarial estatal, aunque la Constitución los excluya de la función pública para otros efectos. El inciso 4 hace mención de los administradores y los depositarios de bienes que se encuentran bajo la custodia del Estado, aunque los propietarios de dichos bienes sean particulares. En el inciso 5, la norma refiere que son considerados como funcionarios y servidores públicos los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En el inciso 6, se señala que son funcionarios públicos todos aquellos que han sido designados, elegidos o proclamados por la autoridad competente para realizar actividades vinculadas con el Estado. Finalmente, el inciso 7 contiene una cláusula general que extiende el concepto de funcionario público a los demás supuestos que se mencionan en la Constitución y la ley.

Un aspecto relevante de la regulación nacional del concepto de funcionario público es el referido a su ubicación sistemática y las consecuencias que esto conlleva. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 425 del CP configura una disposición común del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal que regula los delitos contra la Administración pública, por lo que resultaría aplicable únicamente a estos delitos. La ubicación sistemática que le asigna el legislador no es la más adecuada. Una regulación del concepto de funcionario público para un único grupo de delitos puede generar problemas de interpretación, dado que la referencia al funcionario público se encuentra también en otras disposiciones normativas de la parte general y la parte especial del Código Penal. Lo correcto es la regulación de un concepto normativo-penal de «funcionario público» en la Parte General que sea de aplicación a toda la legislación penal. De esta manera, se podrían satisfacer las exigencias de coherencia interna y seguridad jurídica propias del derecho penal de un Estado democrático de derecho. Así, por ejemplo, en las legislaciones de España (artículo 24 del Código Penal) y Alemania (StGB § 11, Abs. 1, Nr. 2 y 4) se regula el concepto de funcionario público en la parte general de sus códigos penales. Dadas las ventajas que ofrece esta opción legislativa, *de lege ferenda* convendría que, en una futura reforma del Código Penal, el concepto penal de «funcionario o servidor público» sea ubicado en la Parte General. De esta manera, se habilitaría su aplicación a todos los tipos penales de la Parte Especial y leyes especiales cuya configuración requiera la concurrencia de un «funcionario o servidor público».

3. AUTONOMÍA DEL CONCEPTO «PENAL» DE FUNCIONARIO PÚBLICO

El concepto de funcionario público ha sido desarrollado sobre todo en el ámbito administrativo laboral, que regula las condiciones de ingreso, sus competencias y su respectivo régimen legal. Sin embargo, debido a que la regulación en estos ámbitos está orientada a otros fines, el concepto de funcionario público de estos sectores no puede ser trasladado automáticamente al derecho penal. La regulación del ámbito administrativo y laboral no vincula al derecho penal, dado que el artículo 425 del CP no es una ley penal en blanco. El derecho penal desarrolla un concepto propio de funcionario público, basado en sus particulares fines y principios. Esta es precisamente la finalidad de la regulación del artículo 425 del Código Penal.

El artículo 425 del CP contiene un concepto propio de funcionario y servidor público para el derecho penal. Solo la ley penal puede definir quién puede ser catalogado como funcionario o servidor público para efectos penales. Los conceptos provenientes de otros ámbitos jurídicos no vinculan directamente y de forma automática (Faust, 2006, p. 68) al derecho penal, si es que no se han adecuado a su contenido y sentido. Se trata de la construcción autónoma de conceptos del derecho penal (Pariona, 2010, p. 82). Los contenidos originados en otros ámbitos (civil, administrativo, laboral, etc.) tienen significado para el derecho penal únicamente cuando son sometidos a una «adecuación» al concepto jurídico-penal. En síntesis, el tratamiento extrapenal del concepto de «funcionario» solo adquiere relevancia en la medida que son contenidos en las normas penales. Por tanto, la definición de funcionario público y su extensión solo pueden extraerse del tenor literal del artículo 425 del CP.

En la doctrina nacional, es mayoritaria la opinión que afirma la autonomía del concepto de funcionario y servidor público para el ámbito penal. Así, García (2021) sostiene que existe una necesidad de desvincular la interpretación de este elemento normativo del tipo de las regulaciones administrativas y laborales; en este marco, indica que el criterio que debe guiar la interpretación autónoma del concepto de

«funcionario público» debe ser el fundamento de incriminación de los delitos funcionariales (pp. 84-85). En el mismo sentido, Abanto (2003) señala que no tendría sentido que el intérprete restrinja el concepto penal de funcionario o servidor público, sujetándose a las definiciones administrativas o laborales (p. 36). También Peña Cabrera (2016) considera que el derecho punitivo debe construir sus propios conceptos «que sin resultar abiertamente contrarios a la esfera jurídica extra-penal, puedan cubrir los cometidos de la política criminal, en esa incansable tarea de proteger los bienes jurídicos» (p. 52). De otro lado, en la doctrina española, Mir (2000) considera que la definición del funcionario público a efectos penales se aparta de las exigencias formales del derecho administrativo (p. 24).

También la jurisprudencia ha subrayado el carácter propio del concepto de funcionario público. Así, la Corte Suprema de Justicia, en la Casación n.º 634-2015-Lima, ha reconocido la autonomía funcional del concepto penal de funcionario público, y ha afirmado su independencia respecto al derecho administrativo, laboral y constitucional. En esa medida, el Código Penal fija un concepto funcional autónomo y exclusivo para este elemento normativo (Revisión de Sentencia n.º 503-2017-Callao). La Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad n.º 1923-2012-Lima, destaca con razón que para la determinación del concepto penal de funcionario lo relevante es el deber que se deriva del ejercicio de la función pública y la posibilidad de lesión del bien jurídico protegido por el agente dada su cercanía.

4. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

El funcionario público es para el derecho penal la persona que se encuentra vinculada con la Administración pública y que, en virtud de esa relación, es titular de deberes legales especiales que lo obligan a salvaguardar su correcto funcionamiento. La determinación de este estatus de funcionario público debe darse según lo prescrito en el artículo 425 del Código Penal. De la interpretación sistemática de los distintos supuestos de la norma, se extrae que dos son los elementos esenciales del concepto jurídico-penal de funcionario público: (i) el título habilitante

y (ii) el ejercicio de la función pública. Mediante el primer elemento, la persona es incorporada formalmente a la administración estatal; y, en virtud del segundo elemento, el funcionario público ejerce efectivamente la función pública o está en la posibilidad real de hacerlo, en consecuencia, en la posibilidad de poner en peligro su buen funcionamiento. La conjunción de ambos elementos o presupuestos da contenido al concepto de funcionario en el derecho penal.

La doctrina nacional reconoce ampliamente la necesidad de concurrencia de estos dos presupuestos para validar la condición de funcionario público en el ámbito penal (Reyna, 2013, pp. 77-81). De la misma manera, en la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema de Justicia considera estos dos elementos para la construcción del concepto jurídico-penal de funcionario público. Así, en la Revisión de Sentencia n.º 503-2017-Callao, se señala que para ser considerado como funcionario o servidor público, el agente debe contar con un título de habilitación (por ley, elección, designación o nombramiento) que determine un vínculo con la administración estatal y, adicionalmente, se requiere de un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas. En España, Martínez (2007), siguiendo a la doctrina mayoritaria, señala que el concepto de funcionario público «aparece conformado por dos elementos esenciales: el título de incorporación y el ejercicio de funciones públicas» (p. 347).

4.1. El título habilitante

La calidad de funcionario público requiere, como primer presupuesto, que la persona se haya incorporado formalmente a la Administración pública. Esto se traduce en la exigencia denominada como el título habilitante o de habilitación. En virtud de este título, la persona pasa a incorporarse a la Administración pública, lo cual ocurre por mandato de la ley, por elección, por designación o por nombramiento de la autoridad competente. Estas formas de incorporación se materializan a través de nombramientos, concursos públicos, cargos de confianza, procesos electorales, vínculos contractuales u otras modalidades previstas en la ley.

Para que un sujeto sea incorporado a la Administración pública, es preciso que lo haga a través de las vías y los requisitos que la ley establece. En virtud de su incorporación, se genera una vinculación normativa entre el Estado y el sujeto, quien adquiere la calidad de funcionario público. Este vínculo normativo, en atención a los supuestos regulados en el artículo 425 del CP, puede ser de diversa índole. Por ejemplo, de conformidad con el inciso 3, un contrato laboral con una sociedad mixta para un alto cargo habilita a una persona a ejercer la función pública para efectos penales. Asimismo, son considerados funcionarios públicos los administradores y los depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente.

Existe consenso en la doctrina sobre la importancia de la incorporación y el título habilitante para la constitución de la calidad de funcionario público. Así, Montoya (2015, p. 40) sostiene que esta incorporación se realiza de forma heterónoma; es decir, la adquisición de este estatus se da en atención a un proceso ajeno a su persona, ya sea por elección del pueblo, por la norma o por selección o nombramiento de una autoridad distinta a él con poder suficiente. Por su parte, Abanto (2003) señala que todas estas formas de adquirir la calidad de funcionario público (nombramiento, elección, designación, etc.) se engloban en la referencia «por disposición de la ley», en la medida que la legislación regula todos esos procesos en sentido amplio (pp. 23-24).

4.2. El ejercicio de la función pública

El segundo elemento para la configuración del concepto jurídico-penal de funcionario público es el ejercicio de la función pública en sentido amplio, que también abarca a la posibilidad objetiva y real de ese ejercicio. Así, además de que el sujeto haya sido incorporado a la Administración pública mediante un título habilitante válido, este debe estar ejerciendo el cargo o debe poder ejercer efectivamente actividades vinculadas con la administración estatal. Se debe subrayar que no es necesario que el funcionario se encuentre ejerciendo efectivamente sus funciones, sino que bastará que se halle en la posibilidad material, objetiva y real de hacerlo.

Estar en la posibilidad de ejercer la función pública es determinante para el estatus de funcionario público en el derecho penal. Si bien un funcionario público puede ser reconocido como tal (título habilitante), solamente cuando esté en la posibilidad real de ejercer el cargo o en el ejercicio efectivo de sus competencias es que puede poner en peligro o lesionar los bienes jurídicos de la Administración pública. Por tal razón, a partir de ese momento es considerado como tal para el derecho penal, por ejemplo, cuando se encuentra llevando adelante un proceso de selección (delito de colusión) o también cuando ya se ha producido su nombramiento como miembro del comité especial, y ha realizado todas las acciones formales y materiales para asumir el cargo, solo que el ejercicio efectivo del cargo acontecerá transcurrido un cierto tiempo. Este funcionario materialmente ya se encuentra en la posibilidad de afectar el buen funcionamiento de la Administración pública, por ejemplo, si se compromete a favorecer indebidamente a un postor.

En la doctrina nacional, la relevancia de este elemento ha sido subrayada para la consolidación de la calidad de funcionario público. Así, Montoya (2015) señala que sería mejor referirnos a una posibilidad efectiva de ejercer la función pública, más que un ejercicio efectivo, dado que ya desde ese momento el sujeto se encuentra en una posición donde puede perjudicar los intereses de la Administración pública (p. 44). De modo similar, en la doctrina argentina, Donna (2008) señala que al ser el funcionario público un concepto funcional, deberá analizarse en cada caso en concreto si el sujeto en cuestión tenía la capacidad de poder lesionar el bien jurídico protegido, debido a lo cual en atención a esa relación directa se le exigirían deberes de cuidado de la administración estatal (pp. 48-49).

En suma, si tomamos en cuenta ambos elementos, no bastará para ser funcionario público en el ámbito penal el mero hecho de haber sido propuesto para desempeñar un cargo de confianza o, simplemente, quedar primero en un concurso de nombramiento. Es imperativo que, en primer lugar, la persona sea reconocida de forma legal y oficialmente por otro funcionario competente (título habilitante) y que, además, ejerza o cuente con la posibilidad real de ejercer la función pública. El cumplimiento de estos dos presupuestos será determinante para definir si en un

caso en concreto la persona puede o no responder por un delito especial en contra de la Administración pública.

5. EL CASO ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS POR ELECCIÓN POPULAR

Dado el modo en que se estructura nuestro sistema político de elección de autoridades, donde se puede identificar tres momentos distintos, con intervención de tres instituciones distintas, la determinación de los funcionarios públicos por elección ha sido siempre un punto problemático para el derecho penal. En este tipo específico de funcionarios, el problema radica en determinar el momento en que el sujeto adquiere la calidad de funcionario público para efectos penales y, por ende, puede ya ser sujeto activo de un delito funcional. El inciso 2 del artículo 425 aporta el dato de la elección popular como presupuesto, sin embargo, no define el momento. El problema tampoco ha sido resuelto por la reforma introducida por la Ley n.º 30124, que refiere en el inciso 6 del artículo 425 que se considera «funcionario público» a los *elegidos*, pues justamente es cuestión abierta cuándo se produce esta elección, es decir, desde cuándo se le puede considerar funcionario público.

En la particular configuración de nuestro sistema político, el proceso de definición del funcionario público por elección pasa por tres etapas, desde el proceso de elección hasta la asunción definitiva del cargo público. La primera etapa abarca todo el proceso de elección, desde la postulación, la definición de candidatura, hasta la elección propiamente dicha, que está a cargo de la institución que declara los resultados oficiales de la elección. La segunda etapa consiste en el reconocimiento y la entrega de las credenciales a los ganadores, a cargo de otra institución. Finalmente, en la tercera etapa, la persona elegida como autoridad, que ya cuenta con sus credenciales, juramenta para la asunción del cargo ante las autoridades legitimadas de la entidad a la que se incorpora como funcionario público.

En el caso especial de los congresistas, los presidentes regionales o los alcaldes, la primera etapa está a cargo de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), la segunda etapa a cargo del Jurado Nacional

de Elecciones (JNE) y la tercera etapa a cargo de las autoridades del Congreso de la República, el gobierno regional, el municipio, respectivamente.

En este marco, no será necesario que el funcionario elegido haya juramentado y asumido el cargo para poder ser considerado funcionario público a efectos penales y por tanto ser pasible de responsabilidad penal. Tampoco será exigible que el funcionario haya recibido las credenciales de parte del JNE. Bastará con que se tenga definida la elección con pronunciamiento oficial del órgano constitucional encargado de definir a los ganadores de un proceso de elección, por ejemplo, con la declaratoria oficial de la ONPE, que cumpla con todos los requisitos formales legalmente establecidos; y, además, claro está, que el funcionario elegido se encuentre en la posibilidad de poner en peligro el bien jurídico protegido específico. Ya desde ese momento este funcionario puede poner en peligro el buen funcionamiento de la Administración pública, por ejemplo, si recibe un soborno para favorecer intereses privados cuando asuma el cargo.

Anteriormente se había sostenido en la doctrina nacional que la condición de funcionario público, en los casos de funcionario por elección, se adquiría recién cuando se había transitado por las tres etapas, al asumirse plenamente el cargo y estar en la posibilidad de ejercerlo. Así, señalaba Castillo (2000, p. 38) que un ciudadano que no había cumplido todos los requisitos establecidos en la ley para ocupar un cargo público (por ejemplo, un congresista) no podía ser considerado como funcionario público, por lo que resultaba necesario que exista una declaración expresa del JNE, la entrega de credenciales y la juramentación, de modo que si en ausencia de alguno de estos requisitos el funcionario recibe un soborno, incurre en una tentativa inidónea por no ser sujeto activo cualificado. Sin embargo, en la actualidad se ha desarrollado un concepto más amplio. Así, en la doctrina, García (2021) señala que «el ejercicio de la función pública no debe ser siempre efectivo para poder afirmar la calidad de funcionario o servidor público, sino que puede bastar la habilitación para el ejercicio de la función pública» (p. 95).

6. EL FUNCIONARIO PÚBLICO DE HECHO

6.1. La ilegitimidad del «funcionario de hecho» en el derecho penal

El caso del «funcionario *de facto* o de hecho» es un tópico que ha generado controversia en la justicia penal de nuestro país, debido a que no tiene amparo legal. Pese a todo, la jurisprudencia ha utilizado esta figura en algunos casos de corrupción para considerar como funcionarios públicos a quienes según la ley penal (artículo 425 CP) no lo son.

La utilización de la figura jurídica del «funcionario *de facto*» contraviene el principio de legalidad, dado que asigna la condición de funcionario público a personas que no están comprendidas dentro de los alcances del artículo 425 del CP. Es incorrecto pretender legitimar esta situación de hecho, denominando funcionario *de facto* a quien no es funcionario público. Ya el mismo nombre de «funcionario *de facto*» revela una contradicción, una afirmación de ilegalidad, puesto que una persona es funcionaria pública para el derecho penal o no lo es, por lo que es inadmisibles que exista un funcionario público de derecho y otro al margen de la ley.

Para entender la figura de «funcionario de hecho o *de facto*» es necesario contraponerla al concepto de «funcionario *de iure*». El «funcionario *de iure*» es la persona que detenta un título habilitante válido que legitima su ejercicio de la función pública. La posesión de este título habilitante significa que la persona cumple con los requisitos legalmente exigidos para la posesión del cargo y que está vinculada a la Administración pública, de modo que puede ejercer legítimamente la función pública. En contraposición, el «funcionario público de hecho» es la persona que desempeña materialmente una función pública, pero sin contar con un título habilitante válido que la faculte a ejercer esa función pública específica.

Distinto es el caso de los «funcionarios públicos con títulos irregulares». En esta constelación de casos están las personas que han sido nombradas, designadas o electas para ejercer un cargo público de forma legítima, pero cuyo título habilitante posee una irregularidad. No se trata de personas que ejercen el cargo público por vías de hecho, sino

que han sido nombradas o designadas por la autoridad competente, no obstante, debido a diversas circunstancias, sus títulos son irregulares, pues son nulos o pueden ser anulados a causa de la ausencia de los requisitos legales que exige el cargo. Con relación a este tipo de funcionario existe una apariencia de legalidad respecto a su condición de funcionario hacia el exterior de la Administración pública, aunque al interior su situación sea irregular. En ese caso, la nulidad de su nombramiento podría acarrear consecuencias en el ámbito administrativo, civil o laboral; en cambio, en el derecho penal esta persona puede ser responsabilizada como autora de delitos funcionariales, al considerársele como funcionaria pública. En consecuencia, creo que no resulta acertado el nombre de funcionario de hecho o *de facto*, pues para condenar a una persona como autora de un delito funcional esta tiene que ser inevitablemente funcionaria o servidora pública, la ley no admite excepciones. Por ello, es mejor denominar esta constelación de casos como «funcionarios públicos con títulos irregulares».

En la doctrina nacional, Abanto (2023) acertadamente rechaza la distinción entre funcionario público de hecho y de derecho para el ámbito del derecho penal. A su criterio, dicha distinción solamente tiene asidero en el ámbito administrativo, dado que para el derecho penal se requiere siempre la presencia de un título habilitante, aunque este hubiera sido adquirido de forma indebida. Desde esa perspectiva, quien no tenga ninguna clase de título habilitante, no podrá ser catalogado como funcionario público, ni siquiera *de facto* (pp. 402-403). En la actualidad, la doctrina mayoritaria considera que el concepto de funcionario de hecho está referido únicamente a los casos de funcionarios públicos con títulos defectuosos y anulables. Así, García (2021) señala que es posible la sanción del funcionario *de facto* debido a que el ejercicio efectivo de la función pública con un título aparentemente válido genera una situación de confianza especial respecto a los ciudadanos, aunque dicho vínculo no genere efectos en el ámbito administrativo (p. 96). Asimismo, Rojas (2021) considera que la admisión de esta figura está sujeta a que concurren en el caso: (a) la ausencia de título válido, (b) el ejercicio de funciones con un título aparente, (c) la aceptación por parte de la Administración pública de este ejercicio fáctico (p. 187). Aspecto común de

estas posturas es que el agente, para ser calificado como funcionario público, siempre debe contar con un título habilitante, aunque este sea defectuoso o irregular. En ningún caso se admite como funcionario a quien carece de cualquier título habilitante y se irroga el ejercicio de la función pública. Por tanto, para la admisión del concepto restringido de funcionario de hecho, siempre resultará indispensable la verificación de un título habilitante, aunque tenga el defecto de nulidad de su nombramiento o designación.

En la doctrina extranjera no se ha aceptado una concepción amplia del funcionario de hecho, sino más bien un concepto muy restringido para casos donde el nombramiento es nulo, por ausencia de cumplimiento de los requisitos que exige el cargo (Molina, 2000, pp. 45-46). En la doctrina española, no se admite que cualquier particular que ejerce una función pública por cuenta propia o por vías de hecho sea considerado como funcionario, sino que es mayoritaria la postura de que «funcionario *de facto*» será aquel cuyo título habilitante adolezca de una irregularidad o sea nulo por falta de algún requisito de la ley. Al respecto, Roca (2013) precisa que mientras no se ponga fin a la situación anómala del nombramiento de dicho funcionario, este será considerado como funcionario público a efectos penales (pp. 78-79). Esta irregularidad en el nombramiento, apunta Martínez (2007), podrá desembocar en una responsabilidad administrativa o penal; no obstante, hasta que dicho nombramiento sea revocado por las formas previstas por ley, el agente será equiparado como un funcionario público para el derecho penal en virtud de la apariencia de legalidad de su designación (p. 353). Desde este mismo enfoque, Olaizola (1999) afirma que este funcionario con un nombramiento irregular podrá ser autor de delitos especiales contra la Administración pública; en cambio, un caso distinto es el del usurpador de funciones, que sucede cuando una persona sin título se atribuye a sí misma el ejercicio de la función pública (por ejemplo, irrogarse el cargo de policía para cobrar una multa) (p. 155).

En conclusión, bajo el *nomen iuris* de «funcionario de hecho» se contiene el supuesto de un funcionario público incorporado legítimamente a la Administración, pero cuyo título adolece de algún defecto o carece de un requisito legal. No se trata de un particular quien, por las

vías de hecho, en virtud de su propia voluntad, ejerce fácticamente la función pública, sino alguien que cuenta con un título, aunque sea irregular. Por tal motivo, no resulta correcta la denominación de «funcionario público de hecho», dado que no es el ejercicio fáctico de sus funciones lo que lo legitima, sino la apariencia de legalidad de su título. Estos casos es mejor denominarlos de «funcionarios públicos con títulos irregulares».

6.2. La usurpación de funciones y el funcionario de hecho

Según nuestro ordenamiento jurídico, un usurpador de funciones es aquella persona que ejerce de forma ilegítima, por vías de hecho y sin ninguna autorización legal un cargo dentro de la Administración pública, o ejerce funciones correspondientes a un cargo diferente del que tiene. La ley excluye *prima facie* que el mismo agente pueda ser a la vez un usurpador y un funcionario público, ni siquiera en los términos de un funcionario de hecho. La confusión en torno a ambos conceptos se debe a la formulación de una concepción amplia del funcionario de hecho. Debe quedar claro que un usurpador nunca puede ser un funcionario público legítimo, ni *de iure* ni *de facto*.

La condición distinta de estos supuestos frente a la Administración pública genera dos escenarios en concreto. En primer lugar, un funcionario cuyo título habilitante es irregular ejerce su cargo con apariencia de legalidad; en consecuencia, puede cometer delitos funcionariales y ser sancionado como autor. Por otro lado, el usurpador es quien ejerce ilegítimamente una función pública, nadie lo reconoce como el funcionario público competente, por tanto, no puede cometer delitos especiales contra la Administración pública, sino solamente ser responsabilizado por el delito de usurpación de funciones del artículo 361 CP y otros tipos penales en atención a los bienes jurídicos que afecte su conducta.

Con relación a esta discusión, García (2021) rechaza una concepción amplia del funcionario de hecho que asume como criterio la sola irrogación fáctica de la función pública. Desde esta perspectiva, se excluye del concepto de funcionario *de facto* al usurpador de funciones y al funcionario que asume funciones ajenas a su cargo sin un título habilitante (p. 98). La consecuencia práctica de esta restricción, según

Abanto (2003), será que el sujeto no podrá responder por un delito funcional, sino solamente por la usurpación de funciones u otros delitos en donde sea subsumible su conducta (pp. 28-29).

Al respecto, a la actualidad, la Corte Suprema de Justicia, asumiendo un criterio restrictivo, precisa que para afirmar la existencia de un funcionario de hecho se requiere de un acto de nombramiento previo para ejercer la función pública, aunque dicho nombramiento adolezca de irregularidades que le impidan ser un funcionario *de iure* (Casación n.º 442-2017-Ica). En consecuencia, la ausencia absoluta de un nombramiento impide la calificación como funcionario, por lo que solamente estaremos frente a un usurpador de funciones.

En la doctrina internacional, Molina (2000) advierte que la diferencia fundamental entre estos dos conceptos radica en que el funcionario de hecho posee un título, cuando menos, putativo (por ejemplo, un nombramiento irregular), que le brinda una apariencia de la condición de funcionario; en cambio, el usurpador no cuenta con ninguna clase de título (p. 46). Desde un enfoque similar, en la doctrina española, Olaizola (1999) menciona que un sujeto puede ser considerado como funcionario de hecho o usurpador respecto a la misma función pública, pero no ambos al mismo tiempo, debido a que estos términos son contradictorios entre sí (p. 155).

La controversia de la distinción entre un usurpador de funciones y el funcionario público con un título habilitante irregular es ocasionada por la adopción de un concepto amplio del denominado «funcionario de hecho». No cualquier ejercicio fáctico de funciones puede llevar a la conclusión de sostener que una persona es un funcionario público. Para ello, se exige dos presupuestos que han sido desarrollados ampliamente en la doctrina. El usurpador de funciones ejerce de forma ilegítima las funciones de un cargo público que no tiene o ejerce funciones correspondientes a un cargo diferente del que tiene, no es reconocido ni por los ciudadanos ni por otros funcionarios como tal; por ese motivo, no puede ser autor de un delito funcional. En cambio, un funcionario público sobre cuyo título se ha identificado una irregularidad o defecto tiene apariencia de legalidad en el cargo, es a efectos penales un

funcionario, hasta que su situación sea resuelta; en consecuencia, puede ser sancionado como autor por delitos especiales en contra de la Administración pública.

6.3. La ilegitimidad del «funcionario de hecho» en el derecho penal

La justicia de nuestro país ha aplicado y desarrollado el concepto de funcionario de hecho para justificar sentencias en casos de corrupción. Inicialmente, la aplicación de esta figura de manera amplia se justificó bajo la idea de evitar la impunidad en casos de corrupción y que el ordenamiento jurídico no se encontraba preparado para actos de corrupción de tal naturaleza. Posteriormente, la Corte Suprema ha restringido los alcances de esta figura, al rechazar un concepto amplio de funcionario de hecho y admitirlo de modo excepcional para los casos de funcionarios con títulos irregulares, este es el criterio jurisprudencial vigente.

6.3.1. Los primeros pronunciamientos

El uso de esta figura por la jurisprudencia nacional se remonta a los primeros años del 2000, contenido en decisiones de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima en el marco de los procesos anticorrupción seguidos contra funcionarios del régimen del expresidente Alberto Fujimori.

En un primer pronunciamiento del 29 de mayo de 2003, la sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima indicaba:

en el caso que es materia de examen [el acusado] tiene la condición de autor del delito por el cual se le juzgó, por cuanto, detentó la administración *de hecho* de fondos públicos, [...] y en dicha condición ejecutó el hecho punible. (Expediente n.º 10-2001, f. IV.B)

En este fallo se reconocía como funcionario público a quien únicamente tenía un control fáctico de los bienes del Estado, pese a que el delito de peculado, por el que se le juzgaba, exigía un vínculo funcional específico con el bien jurídico. En otro pronunciamiento del 8 de agosto

de 2006, la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima afirmaba en la sentencia:

[el] tipo penal de peculado no solo sanciona al administrador de iure sino también al *administrador de hecho o de facto*, entonces, basta que el agente actúe en cuanto integrante del sector público. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público; es decir, sobre deberes no solo formales, sino materiales como el propio del Derecho penal. (Expediente n.º 011-2001, f. 44)

Este concepto amplio de funcionario público fue convalidado por la Corte Suprema de Justicia de aquel entonces. En el Recurso de Nulidad n.º 1813-2003-Lima, el tribunal supremo señaló respecto al procesado:

al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado. (f. 2)

También el Tribunal Constitucional legitimó esta línea jurisprudencial sobre el funcionario de hecho. En el Expediente n.º 2758-2004-HC/TC, el tribunal coincidía con el criterio adoptado por el Poder Judicial, que afirmaba que un funcionario *de facto* podía cometer el delito de peculado, bajo el argumento de que

si bien es cierto que formalmente [...] ocupaba el cargo [...], en realidad, ejercía, de hecho, [otro] cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerarse sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal. (f. 10)

Como se desprende de los pronunciamientos citados, la jurisprudencia de ese entonces reconocía no solo al funcionario *de iure*, sino también al funcionario *de facto* que tenía control por las vías de hecho

de la disposición de los bienes públicos. Se adoptaba así una concepción *amplia* del concepto de funcionario de hecho, sin limitación alguna, que no tiene amparo legal en el artículo 425 del CP. La situación de ilegitimidad de esta ampliación del concepto del funcionario público se torna más flagrante debido a que se aplicó al delito de peculado, cuyo tipo penal exige como elemento fundante un vínculo funcional específico entre el funcionario y los bienes administrados, un deber especial que solo puede emanar de una norma jurídica y no de vías de hecho. Se trataba de un criterio jurisprudencial que carecía de amparo legal y que se impuso a fuerza de activismo en pro de la lucha contra la corrupción.

6.3.2. El nuevo criterio jurisprudencial: Casación n.º 442-2017-Ica y el establecimiento de límites al concepto de funcionario de hecho

Con la Casación n.º 442-2017-Ica, la Corte Suprema de Justicia ha establecido límites al concepto de funcionario de hecho, ha fundado así un nuevo criterio jurisprudencial, que entra en consonancia con la doctrina nacional e internacional más moderna. Se abandona de este modo un concepto amplio de funcionario de hecho y se adopta uno más restringido que contiene presupuestos claros de aplicación, todos ellos orientados a admitir esta figura únicamente en el caso de los funcionarios públicos con títulos irregulares. Este nuevo criterio de la Corte Suprema constituye un avance en la racionalización de la aplicación de este concepto.

En el caso que motivó el pronunciamiento de la Casación n.º 442-20017-Ica, un asistente administrativo de la Corte Superior de Justicia de Ica se apropió de dinero que le entregaron por concepto de pago de alquileres por la concesión del servicio de fotocopiado. El procesado, al momento de los hechos, había dejado el cargo de auxiliar de recaudación, ocupaba en su lugar un cargo distinto en la misma entidad. Sin embargo, aprovechó la confianza generada por su cargo anterior de recaudador para recibir el dinero por parte de la concesionaria, que luego no depositó en las cuentas de la entidad ni tampoco informó a sus superiores. En primera instancia fue condenado por el delito de peculado bajo el argumento de que ejerció como un funcionario de hecho, dicho fallo

fue confirmado por la Sala de Apelaciones y, finalmente, fue elevado a la Corte Suprema mediante recurso de casación.

En su ejecutoria, la Corte Suprema de Justicia señaló que no era posible la aplicación de una concepción amplia del funcionario de hecho, sino que debía optarse por un concepto restrictivo e indicó que deben cumplirse los siguientes presupuestos para la configuración de esta figura jurídica: (i) **existencia legal del cargo**, dado que si no es posible asumir un cargo *de iure*, tampoco podría existir un funcionario de hecho; (ii) **posesión del cargo**, lo que implica que la tenencia del cargo sea realizada de modo similar a la de un funcionario de derecho, esto es, de forma pública, pacífica, de buena fe y que se ejerza de manera continua; (iii) **apariencia de legitimidad del título o nombramiento**, que significa que debe existir un título aparentemente válido, aunque sea irregular o tenga defectos (Casación n.º 442-2017-Ica).

Con el establecimiento de este nuevo criterio jurisprudencial, más restrictivo, acertadamente el tribunal supremo sienta un precedente importante con la finalidad de establecer presupuestos que la judicatura debe evaluar para aplicar el concepto de funcionario de hecho. Con esta casación, se sientan las bases para una aplicación más racional del concepto de funcionario de hecho; ahora, ya no bastará la sola afirmación de que el agente en el supuesto fáctico fungía efectivamente como funcionario, sino que deberán verificarse los presupuestos («filtros») establecidos por la Corte Suprema para que sea considerado como funcionario de hecho. Ese avance resulta beneficioso, ya que contribuye a resolver la confusión entre el funcionario de hecho y el usurpador de funciones.

7. CONCLUSIONES

En el derecho penal moderno el concepto de funcionario público constituye uno de los componentes más importante de las legislaciones para definir la relevancia penal de los comportamientos por los delitos cuyos tipos penales exigen la calidad de funcionario público en el autor. Por ello, la dogmática penal se ha orientado a la definición de un concepto penal de funcionario público, que no se sujete a los contenidos de otros ámbitos del derecho, como el administrativo o el laboral. Para el derecho

penal será considerado funcionario público quien tenga un título habilitante de incorporación a la Administración pública y, además, esté en la posibilidad de ejercer el cargo público o lo esté ejerciendo efectivamente, todo ello en la medida que esté previsto en alguno de los supuestos del artículo 425 del Código Penal.

Bajo esta perspectiva, que se fundamenta en la necesidad de atender a los mandatos del principio de legalidad, propio de un Estado democrático de derecho, para el caso de los funcionarios públicos por elección popular, se ha definido el *acto del pronunciamiento oficial* de la entidad competente como el momento en que se adquiere la calidad de funcionario público, puesto que desde allí es posible poner en peligro el correcto funcionamiento de la Administración pública, y no es exigible la recepción de credenciales o el acto de juramentación al cargo. Asimismo, con relación a la admisibilidad del concepto de «funcionario de hecho» en el derecho penal, se ha fundamentado la ilegitimidad del concepto, por no encontrar amparo en la ley, se admite únicamente el caso de los funcionarios públicos con título irregular, por defectos formales que provocan su nulidad o son anulables.

REFERENCIAS

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. Palestra.
- Abanto, M. (2023). Funcionario público de facto: ¿sujeto inidóneo? En Abanto, M., *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración pública* (t. II, pp. 389-439). Instituto Pacífico.
- Castillo, J. (2000). El caso Kouri-Montesinos: algunas preguntas sin responder: ¿un candidato al Congreso es un funcionario público? ¿Existe la teoría del acuerdo previo? *Diálogo con la Jurisprudencia*, (26), 31-40.
- Donna, E. (2008). *Delitos contra la Administración pública*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Faust, J. (2006). *Zur möglichen Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Parteispenden*. Peter Lang.

- García, P. (2021). El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la Administración pública. *Actualidad Penal*, (86), 81-106.
- Martínez, A. (2007). Art. 24. En C. Conde-Pumpido (dir.), *Comentarios al Código Penal* (t. I, pp. 345-373). Bosch.
- Mir, C. (2000). *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*. J. M. Bosch Editor.
- Molina, C. (2000). *Delitos contra la Administración pública*. Leyer.
- Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. IDEHPUCP; Open Society Foundations.
- Olaizola, I. (1999). *El delito de cohecho*. Tirant lo Blanch.
- Pariona, R. (2010). *Täterschaft und Pflichtverletzung*. Nomos.
- Peña Cabrera, A. (2016). *Derecho penal. Parte especial* (3.^a ed., t. V). Idemsa.
- Reyna, L. (2013). El concepto penal de funcionario público. Desarrollos doctrinales y jurisprudenciales. En F. Heydegger y J. Atahumán (coords.), *Delitos contra la Administración pública* (pp. 73-93). Idemsa.
- Roca, L. (2013). Concepto de autoridad y funcionario público a efectos penales. En F. J. Álvarez (dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte Especial III. Delitos contra las administraciones públicas y de justicia* (pp. 55-89). Tirant lo Blanch.
- Rojas, F. (2021). *Delitos contra la Administración pública*. Gaceta Jurídica.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Casación n.º 634-2015-Lima (2016). Corte Suprema de Justicia de la República (28 de junio de 2016).
- Casación n.º 442-2017-Ica (2019). Corte Suprema de Justicia de la República (11 de diciembre de 2019).

Expediente n.º 10-2001 (2003). Corte Superior de Justicia de Lima (29 de mayo de 2003).

Expediente n.º 2758-2004-HC/TC (2004). Tribunal Constitucional (23 de noviembre de 2004).

Expediente n.º 011-2001 (2006). Corte Superior de Justicia de Lima (8 de agosto de 2006).

Recurso de Nulidad n.º 1813-2003-Lima (2003). Corte Suprema de Justicia de la República (14 de noviembre de 2003).

Recurso de Nulidad n.º 1923-2012-Lima (2013). Corte Suprema de Justicia de la República (15 de enero de 2013).

Revisión de Sentencia n.º 503-2017-Callao (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (5 de noviembre de 2018).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor ha redactado de forma íntegra el presente trabajo.

Biografía del autor

Raúl Pariona Arana nació en 1974 en la ciudad de Huancayo, en la región Junín (Perú). Obtuvo el título de abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el 2002. Se graduó como magíster en Leyes (LL. M.) en la Universidad de Múnich (Alemania) en el año 2006. Obtuvo el grado de doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania) en el año 2009. En la actualidad, es profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es autor de los libros *Täterschaft und Pflichtverletzung* (Autoría e infracción de deber) (2010), *El delito de lavado de activos* (2021) y *El delito de colusión* (2023). Asimismo, es autor de artículos y capítulos de libros en materias de derecho penal y derecho procesal penal.

Correspondencia

rpariona@pucp.edu.pe