



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La figura del funcionario de hecho y el delito de usurpación
de funciones en la Administración Pública**

Tesis para optar el Grado de
Máster en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal

Snayber Augusto Airton Lozada Yamunaqué

Asesor(es):
Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán

Piura, enero de 2025

Aprobación

La tesis titulada “La figura del funcionario de hecho y el delito de usurpación de funciones en la Administración Pública”, presentada por el abogado Snayber Augusto Airton Lozada Yamunaqué en cumplimiento para optar el Grado de Master en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal, fue aprobada por el director Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán.



Director de tesis





Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Snayber Augusto Airton Lozada Yamunaqué, egresado del **Programa de Posgrado** de Maestría en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con **DNI: 73138747**, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“La figura del funcionario de hecho y el delito de usurpación de funciones en la Administración Pública”

El mismo que presento bajo la modalidad de **Tesis** para optar el Grado de Maestro en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dr. Ronadl Henry Vélchez Chinchayán, identificado con DNI: 44287102
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 16/12/2024.



.....
*Firma del autor*¹



.....
*Firma del asesor*¹

.....
*Firma del co-asesor*¹

¹ Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

A mis padres, Augusto y Griselda, por su apoyo incondicional en el transcurso de mi vida.

A mi hermano, Marlon -estudiante de derecho- que es mi motivo para esforzarme cada día, y darle un buen ejemplo dentro de la profesión.



Agradecimientos

Agradecer a Dios por bendecirme en toda mi vida, y por haberme permitido disfrutar de muchos logros junto a mi familia y amigos.

A mi asesor Dr. Ronald Henry Vélchez Chichayán, quien con su dedicación me guiaron con sus enseñanzas para la elaboración de la presente tesis.



Resumen

La investigación titulada “La figura del funcionario de hecho y el delito de usurpación de funciones en la Administración Pública” planteó como objetivo general determinar si es necesario utilizar penalmente la figura del funcionario de *facto* o es suficiente con emplear el artículo 361 del Código Penal sobre la usurpación de la función pública. En ese orden, el presente estudio se abordaron aspectos conceptuales fundamentales para desarrollar la problemática que descansa sobre el funcionario de *facto*. Para ello, se discernió acerca del funcionario público desde la esfera del derecho administrativo y desde la óptica del ámbito penal, en aras de esclarecer de qué forma es aplicada la terminología y en qué contexto, además de ahondar acerca del delito de usurpación de funciones. Seguidamente se resaltó acerca del funcionario de *facto* y la vulneración del principio de legalidad; para finalmente concluir en el tercer capítulo con el análisis crítico de la figura en cuestión que permitió concluir que transgrede la esencia del Estado Constitucional de Derecho, la división de poderes, el principio de legalidad, siendo su implementación en el caso de Vladimiro Montesinos, producto de la aplicación de la analogía *in malam parte*.

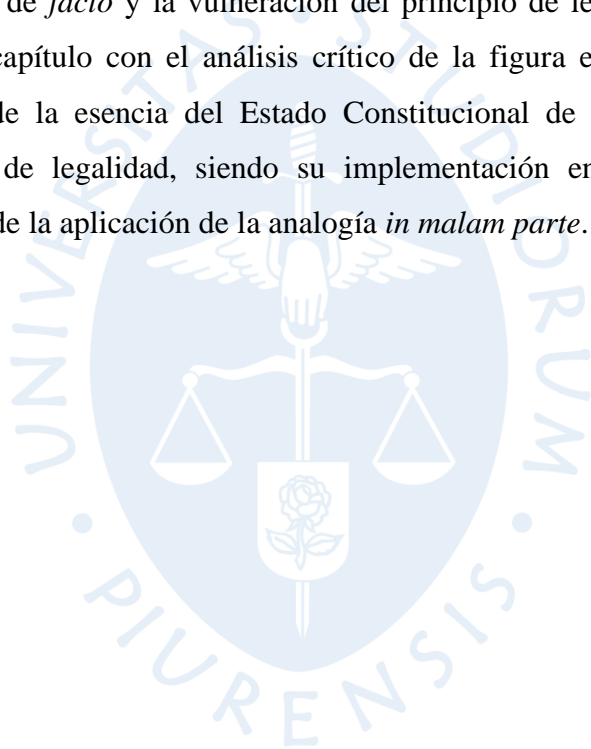


Tabla de contenido

Introducción.....	8
Capítulo 1 Conceptos generales del funcionario público y usurpador de funciones	10
1.1 Acepciones del concepto de administración pública	10
1.2 Caracterización de índole personal de la Administración Pública	11
1.3 El funcionario público	11
1.3.1 En el ámbito administrativo	12
1.3.2 En el ámbito penal	14
1.4 Delito de usurpación de funciones.....	18
1.4.1 Bien jurídico.....	19
1.4.2 Contexto de actuación del sujeto activo.....	20
1.4.3 Conducta típica	21
1.4.4 Ejercicio ilegítimo de la función pública	21
1.4.5 En atención al artículo 361 del Código penal peruano	23
Capítulo 2 El funcionario público de <i>facto</i> y el principio de legalidad.....	27
2.1 El funcionario de hecho atenta contra el principio de legalidad.....	27
2.2 El funcionario de hecho en el derecho penal	29
2.3 Una Reseña del Caso: Montesinos (Expediente N°041-2001-SPE/CSJL).....	31
2.3.1 Diferencia entre el peculado y el delito de hurto	40
2.3.2 Características del objeto sobre el que recae la acción	40
2.3.3 El administrador de hecho o de <i>facto</i> : Exigencias para la configuración del concepto de autor	40
2.3.4 Principio de primacía de la realidad.....	41
2.3.5 Determinación de la pena.....	42
2.3.6 Resolución.....	43
Capítulo 3 Análisis crítico de la figura de funcionario <i>facto</i> como una anomalía en el sistema jurídico peruano	44
3.1 El funcionario de <i>facto</i> un concepto que incompatible con un Estado Constitucional de Derecho.....	46
3.2 La prohibición de aplicar la analogía <i>in malam parte</i>	47
3.3 Lesiona el principio de legalidad	49
Conclusiones	51
Referencias	52

Introducción

La corrupción de funcionarios es un fenómeno execrable que ha enfrentado la justicia penal con mayor presencia en los últimos años. Las principales causas que promueven esta realidad problemática se deben a una ausencia de políticas criminales efectivas, que sancionen adecuadamente a las autoridades que defraudan al Estado. Esta situación se agudizó durante la presidencia de Alberto Fujimori Fujimori, precisamente cuando logró revelarse las conductas lesivas que realizaba en cooperación con su asesor político Vladimiro Montesinos. El caso en concreto es analizado con mayor detalle durante el desarrollo de la investigación; no obstante, una problemática en particular se resalta cuando este último es sancionado por el delito de peculado doloso, a pesar de no disponer de la investidura de funcionario público, término sobre el cual también existen apuntes interesantes que desarrollar.

Respecto a este escenario es que se desarrolla el estudio titulado “La figura del funcionario de hecho y el delito de usurpación de funciones en la Administración Pública” donde se abordará aspectos doctrinarios y dogmáticos fundamentales para estudiar la figura del funcionario de *facto*, como el término de funcionario público y sus distintas concepciones a través de la rama del derecho administrativo y penal; por consiguiente, se definieron los contornos del delito de usurpación de funciones, para finalmente concluir con la exposición de un análisis crítico sobre el fenómeno.

En ese sentido, la pregunta salta a la luz; ¿es necesario utilizar penalmente la figura del funcionario de *facto* o es suficiente con emplear el artículo 361 del Código Penal sobre usurpación de funciones? Seguidamente del objetivo principal que consistió en determinar si es necesario utilizar penalmente la figura del funcionario de *facto* o es suficiente con emplear el artículo 361 del Código Penal sobre la usurpación de la función pública. Además, se formularon como objetivos específicos: Determinar lo que se considera como funcionario público para efectos del Derecho penal, analizar la figura de la usurpación de funciones pública en el Código penal e identificar lo que es un funcionario de hecho en el Derecho penal.

Por último, en la investigación se desarrollarán tres capítulos que serán abordados de la siguiente forma. En el capítulo I se ofrecerán definiciones conceptuales, aportes doctrinarios acerca del funcionario público y el usurpador de funciones, siendo necesario enfatizar en la dogmática penal que rige en el ordenamiento jurídico peruano. Posteriormente, el segundo capítulo consiste en un estudio acerca del funcionario público de *facto* y el principio de legalidad, de modo que pueda esclarecerse de qué manera la vigencia e

implementación de este término en el sistema penal peruano termina por lesionar el principio incoado.

En el último capítulo se enuncia un análisis crítico que se integra de apartados imprescindibles, que permiten conocer con mayor precisión, cuáles son las vulneraciones que se engendran como parte de la aceptación del término de funcionario de *facto*, esencialmente se aborda la trasgresión que se efectúa hacia un Estado Constitucional de Derecho, el principio de legalidad y la división de poderes, donde en este caso el Poder Judicial, rompe con la autonomía que posee el Poder Legislativo para elaborar normativas y redactar los tipos penales; sin más también se desarrolla como es un concepto producto de una analogía *in malam parte*, que se encuentra proscrita en la legislación nacional.



Capítulo 1

Conceptos generales del funcionario público y usurpador de funciones

Antes de adentrarnos en el estudio del funcionario público, es necesario brindar una aproximación a lo que se debe considerar como administración pública, lo cual tiene su fundamento en que la ésta última comprende todo el sistema público en el cual se encuentran los denominados funcionarios públicos

1.1 Apepciones del concepto de administración pública

Según comentan Garbich e Infante (2023) la administración pública tiene por significado organizar, gobernar y servir en un determinado territorio. En virtud de ello, es necesario establecer como punto de partida dicha referencia con la finalidad de determinar un concepto correcto respecto de Administración Pública. Para que ello sea posible, debemos analizar nuestro modelo de Estado, el cual corresponde al de un Estado social y democrático de Derecho. La característica de nuestro modelo radica en que los poderes públicos llegan a asumir la responsabilidad de otorgar a los ciudadanos las prestaciones públicas acorde y que les permita solventar sus necesidades. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostiene que la calidad de Estado socio democrático, reúne determinadas características que aseguran la oportunidad de otorgar una vida digna y promover dichas condiciones por parte de los poderes públicos.

Sumado a ello, Rodas (2022) comenta que la Administración Pública debe ser entendida desde dos perspectivas: la estructural y la funcional. Respecto a la primera, denominada subjetiva, se le considera como aquel conjunto de instrumentos que actúan con potestades públicas, siendo estas últimas impartidas por el Estado para que pueda dar cumplimiento a sus finalidades; en cuanto al segundo, denominado como aspecto objetivo o dinámico, entiende a la Administración Pública como una totalidad de actividades que se realizan por los sujetos públicos, llegándose a plasmar en la función estatal. En otras palabras, será considerada como función pública aquella actividad que efectúan los funcionarios y servidores públicos para poner en marcha el funcionamiento del Estado y puedan cumplirse sus fines.

En palabras de Salinas (2018) es un concepto que permanece vinculado con el servicio al Estado y el cumplimiento irrestricto de la función encomendada, orientándolo hacia un bienestar común. A su vez, sostiene que deberá ejecutarse respetando el nivel jerárquico, la entidad pública, el cargo u oficio; en otras palabras, independientemente de la función consignada, la autoridad deberá ceñirse a lo dispuesto en la organización pública.

De lo antes expresado se puede precisar que, de las dos acepciones esbozadas, las cuales son las más empleadas por la doctrina, la primordial es la acepción formal u objetiva, debido a la importancia y utilidad que esta concepción dispone.

1.2 Caracterización de índole personal de la Administración Pública

Desde la perspectiva de Méndez y Mejía (2019) la caracterización de índole personal que posee la Administración Pública se verifica en que las personas ya sean naturales o jurídicas, se encuentran dentro del mundo social pues son portadores de un determinado rol, en base a dicho rol el sujeto administrará un determinado segmento de la realidad. A su vez, el rol es determinado por el papel que juega cada persona en la sociedad, la función o el fin que cada uno desarrolla y se distingue por poseer un doble aspecto que es el formal y el material. Respecto al primero, desde el punto de vista formal, el rol corresponde a aquella apariencia externa del derecho, es decir funciona como una máscara; en cuanto al segundo, hace referencia al contenido del rol, el cual se encuentra conformado por un conjunto de deberes y derechos.

En esa línea, es necesario establecer que si una persona, ya sea natural o jurídica, efectúa la adecuación de su comportamiento a su rol, va a significar el cumplimiento de las expectativas sociales que se han depositado en él, por lo tanto, podrá disfrutar de sus derechos y cumplirá con todos sus deberes u obligaciones, y brindará su aporte o contribución con su comportamiento personal al funcionamiento del mundo; caso contrario sucedería si, la persona natural o jurídica, efectúa su distanciamiento de su rol, defraudando la expectativa social y quebranta su deber, incurriendo en una sanción penal o administrativa dependiendo del caso en concreto.

En esa línea, Guevara (2022) mediante la caracterización de índole personal de la AP, reconoce el rol que posee el funcionario público, como su principal actor, refiriéndose que su función se encuentra asociado al acceso que tiene a determinadas prerrogativas, siempre que sean ejercidas en el marco de la ley y atendiendo a la naturaleza de su cargo, por lo tanto, significa que es un personaje que se encuentra revestido de derechos y deberes que definen su campo de acción y determinan su responsabilidad.

1.3 El funcionario público

En principio, cabría preguntarnos si todo sujeto que brinda un servicio a favor del Estado dispone de la calidad de funcionario público, ello al momento no tiene una respuesta, puesto que nos encontramos en un panorama doctrinario donde las posturas dispares abundan. Si bien es cierto, en el derecho penal peruano, prima un concepto sobre funcionario público,

pese a que ahondan las múltiples definiciones; no es una definición consentida por distintos autores pero que, aun con todo, consta en el Código Penal vigente.

En el derecho penal y administrativo, la definición de funcionario público es divergente y contrario; en el primero, según comenta Vignolo (2022) es un sujeto que voluntariamente ingresa al servicio de la Administración Pública, de manera fija, desempeñando un cargo o puesto que consta en planilla y, por el cual, percibe haberes con cargo al presupuesto de la Administración que corresponda. El mismo autor, citando a García Cavero, expone que, es importante desconectar la noción jurídica penal de la administrativa, puesto que, de lo contrario, dificultará que se identifique el elemento típico; menciona que la doctrina en su mayoría postula que, el concepto de funcionario público está asociado con su intervención en la función pública y, por lo tanto, su incorporación en la actividad pública, que en la rama penal es conocida con título habilitante.

1.3.1 En el ámbito administrativo

Desde el punto de vista de Encina (2022) sobre la regulación administrativa que se le brinda al concepto de funcionario público, se verifica que se han regulado diversas definiciones de funcionario o servidor público, pero en la actualidad dichas definiciones llegan a estar sujetos sobre las normativas de carácter administrativo, de tal modo, se sustenta la ausencia de unificación doctrinaria sobre la terminología. Sumado a ello, se puede verificar que en el Decreto Legislativo N° 276 (2013) Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público se establece que no se encuentran comprendidos como parte de la carrera administrativa aquellos servidores públicos que se encuentren contratados ni los funcionarios que se encuentren desarrollando cargos políticos o de confianza, pero si se consideran para efectos de las disposiciones de la ley en mención y para todo lo que les sea aplicable.

En adición, el Decreto Supremo N° 005-90-PCM (1990) Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa estipula una concepción formal a través de su artículo 4° designándolo como una autoridad que posee una competencia reconocida en el plano de la administración de conformidad con el ordenamiento jurídico, para desempeñar cargos de alto nivel en el poder público y organismos que gozan de autonomía. Sobre lo expuesto, una interpretación literal de la referida norma implicaría que, una condición para ser categorizado como funcionario público es la designación por un funcionario competente.

Paralelamente, la Ley N° 28175 (2004) establece a través de distintos articulados que el funcionario público no podrá confundirse con cualquier otro trabajador que posee de un cargo administrativo. En consecuencia, podrá acceder al cargo de funcionario público a causa

de: a) Una elección popular directa y universal o confianza política originaria; b) Por nombramiento y remoción regulada. c) De libre nombramiento y remoción.

Finalmente, la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil define por medio del articulado 3°, que un funcionario público tiene calidad de representante político o que ocupa un cargo público representativo, cuyo ejercicio funcional se efectúa en una organización pública. Participa en la dirección de una institución del Derecho Público. A tenor de lo descrito, la Administración Pública reconoce al funcionario público como una autoridad que desempeña un cargo en el fuero estatal, cuya importancia funcional está basada en la dirección de una entidad pública y el necesario planteamiento de políticas públicas, juntamente con normativas.

Respecto a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, los colaboradores de las instituciones estatales, independientemente de su forma jurídica, no están incluidos en la carrera administrativa. Lo antes mencionado según Garbich e Infante (2023), tiene especial concordancia con el artículo 40° de la Constitución Política del Perú, pues establece que la ley es la encargada de establecer el ingreso a la carrera administrativa, así como los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. También indica que no se encuentran dentro de dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos de índole político o de confianza, sumado a ello tampoco se encuentran comprendidos los colaboradores de instituciones que poseen una naturaleza económica mixta.

En conclusión, la definición de funcionario público no incluye a personas que ostentan un cargo de confianza o de investidura política como es el caso de los congresistas o ministros; sumado a ello, tampoco se incluyen a aquellos trabajadores que se encuentren bajo algún régimen administrativo-laboral especial como es el caso de los contratos administrativos de servicio o denominados CAS ni aquellos que laboren para empresas del Estado como es el caso de Petro Perú, Banco de la Nación, entre otros.

En la misma línea del pensamiento, agrega Collazos (2022) que según el Reglamento del Decreto Legislativo N° 276 efectúa una distinción entre las figuras de funcionario y servidor en el derecho público, que se debe entender al servidor público como aquel ciudadano que ejerce o brinda un servicio a entidades de la Administración Pública, a causa de un nombramiento o contrato vigente. Por otro lado, respecto al funcionario público, se verifica que es aquel ciudadano seleccionado o asignado por una autoridad, de conformidad con el sistema jurídico, para la ocupación de un cargo de alto rango que implicaría un poder público.

En conclusión, el mencionado reglamento para brindar el concepto de servidor público hace una exclusión de los funcionarios que prestan servicios de forma ad honorem, también de aquellos que no ejercen sus funciones o aquellos que presentan defectos en la forma bajo la cual se les designo o en su contratación inicial. En virtud de ello, se excluyen a los denominado funcionarios de *facto* o, de hecho. Ahora bien, en cuanto a los funcionarios públicos, el mismo reglamento excluyéndose a los colaboradores que realizan una función bajo un rango intermedio a bajo.

Finalmente, en cuanto al derecho administrativo es preciso mencionar las grandes aristas que se deben cumplir, resultando importante para la investigación que se precisen los conceptos de cada colaborador estatal, así como la delimitación que diferencia entre un delito y otro.

1.3.2 En el ámbito penal

Uno de los temas más controversiales en el panorama dogmático penal y político criminal es aquel que versa en el fenómeno estudiado, según Chanjan (2020) constituye una problemática que recae en la denominación del “funcionario público”. Definir el concepto de funcionario público requiere de una apreciación doctrinal y un análisis desde el derecho penal. Bajo la óptica de Meini (2018), determinar el concepto de funcionario público es considerado un gran problema pues no sólo genera consecuencias en la línea de delitos de la referida naturaleza, sino que, por el contrario, según la definición bajo el cual se decida brindar tratamiento a esta figura, conceptos que pueden ser de forma amplia o restrictiva, se podrá imponer o no una pena acorde al delito que haya cometido dicho funcionario. Por lo expuesto, se iniciará proporcionando antecedentes de la regulación del funcionario público en la norma penal peruana, de modo que logre vislumbrarse las modificaciones realizadas hasta culminar con la regulación vigente.

A partir de la Ley N° 30124 (2013) se modificó el artículo 425° del código penal, donde se estableció, se considera como funcionario público o servidor público a:

- a) Sujetos que desempeñan sus funciones en las entidades del Estado o que sean sociedades de economía mixta que integren la actividad de empresa de la Administración Pública.
- b) Los que por designación, elección, proclamación, por una autoridad competente, en el desempeño de funciones, en nombre o por servicio de la Administración Pública o sus organizaciones.

Con posterioridad, se propuso en el proyecto de ley N° 1774-2017-MP (2017) la modificación del artículo 425° del mismo cuerpo normativo a efectos de disponer como funcionario o servidor público:

- a) Integran la carrera administrativa;
- b) Desempeñan un cargo político o de confianza, inclusive si proviene producto de una elección popular;
- c) Todo sujeto que, indistintamente del régimen laboral en el que se sitúen, conservan un lazo laboral o contractual de cualquier naturaleza con organizaciones u organismos estatales, que incluyan a las instituciones del Estado o sociedades de economía mixta, que integren la actividad de empresa del mismo, y por ende, ejerzan funciones en ellas;
- d) Que tengan calidad de administradores y depositarios de caudales embargados o por depósito de autoridad competente, aun cuando sean de particulares;
- e) Los colaboradores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;
- f) Los que, por designación, elección, proclamación, por una autoridad que goce de competencia, para el desempeño de funciones a nombre o en servicio de la Administración Pública o sus organizaciones;
- g) Los demás que estén consignados en la carta magna y la ley;

Finalmente se configura en el artículo 425° del Código Penal que, para efectos del presente código, serán considerados como funcionario o servidor público aquellos que:

- a) Integran la carrera administrativa;
- b) desempeñan cargos políticos o de confianza, inclusive si emergen a causa de una elección;
- c) sujetos que, indistintamente del régimen laboral, conservan una relación laboral con un órgano u organismo estatal;
- d) administradores y depositarios de caudales embargados;
- e) integrantes de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- f) reciben una designación por una autoridad competente para desarrollar una función asociada con el poder estatal y
- g) regulados por la carta magna.

La normativa en mención posee siete numerales, en los cuales no se expresa de forma explícita el concepto de funcionario público, no es sino por el contrario se torna en una definición bastante abstracta, pese a ello se puede resaltar que serán considerados como funcionarios públicos a aquellas personas que se encuentran comprendida en la carrera administrativa, ejemplo de ello son los que desarrollan cargos políticos o de confianza, sin hacer especial distinción por el régimen laboral o contractual que ostente, sumado a ello, también se consideran funcionarios públicos a los pertenecientes a instituciones públicas o empresas de naturaleza mixta. Se concluye que, el término de funcionario está asociado con personal electo o proclamado.

Según Quispe (2022) se puede precisar que el artículo en mención del Código Penal presenta algunos ejemplos de aquellas personas a las cuales se les considera como funcionario público, todo ello con la finalidad de evitar dudas en cuanto a la inclusión o exclusión de alguna persona. Por otro lado, el numeral siete del mismo artículo en mención, se puede considerar como una carta abierta para los demás que no se llegan a enlistar, pues contribuye con la incorporación de otros supuestos que no se encuentren regulados de forma expresa, lo cual puede indicar que la legislación penal peruana opta por una regulación de *numerus apertus* para la definición de funcionario público en el ámbito penal¹.

En ese orden, acota Monzón (2020) el funcionario público está integrado por dos características principales, en principio, la participación de la autoridad en la función pública y, como segundo punto, que el sujeto sea incorporado de forma heterónoma a la actividad pública; esto implica que, la conceptualización en el derecho penal, el funcionario público tenga una cercanía material con la función pública, esto comprende al fondo o bienes públicos. Además, apunta que doctrinariamente predomina la tesis teleológica, implica comprender a la FP como una autoridad que desempeña funciones que están adscritas al régimen de sociedades o concesionarios privados que se rigen al cumplimiento de delimitados servicios públicos de carácter especial.

Ahora, a nivel jurisprudencial en la STC N° 503-2017-Callao se establece mediante el fundamento quinto que, en el derecho penal para adquirir el reconocimiento de funcionario público o servidor público se requiere de en primer término, un **elemento referido a la participación en el ejercicio funciones públicas**, en segundo lugar un **título habilitante de dicha participación** que contempla tres vertientes, lo establecido en la ley, por medio de elecciones y a causa de un nombramiento expreso que implique una relación el Estado o una entidad, que puede comprender a una empresa pública o una de naturaleza económica mixta.

Acerca de lo expuesto y, a comparación de la legislación española que no expresa específicamente el concepto del título habilitante, en el ordenamiento jurídico peruano, un **título habilitante** constituye un elemento relacionado a un acto lícito que integra a un individuo a la administración pública o le atribuye el desempeño de una función pública. En ese orden de ideas, la norma está reconocida como el primer título habilitante, donde mediante una resolución expresa, los funcionarios públicos son nombrados en cargo o función

¹ Encina, E. (2022), subraya la trascendencia de la STC N° 503-2017-Callao que advierte que el concepto de funcionario público presenta una raíz jurídico-política y con notas de un enfoque político-criminal, donde la propia esencia del derecho penal implica la atribución de la cualidad de funcionario público en determinadas circunstancias. Adicionalmente, acota en su narrativa que en la legislación española predomina un concepto amplio de funcionario público que no está sujeto a lo dispuesto en la rama administrativa.

pública. Por otro lado, la elección es utilizada mediante una votación para el acceso al título propiamente dicho y el nombramiento que proviene de una autoridad con competencia para designación. (García, 2022)

Asimismo, una cuarta clasificación es ocupada por la selección, que se suscita cuando una autoridad elige a un individuo entre varios y por último, el negocio jurídico según lo estipulado en el artículo 425° del Código Penal. Por lo que, concluimos que en doctrina peruana, un título habilitante será considerado como una integración heterónoma de un individuo a la Administración Pública.

La esfera penal, por su lado, se inclina por adoptar una noción extensa referente al precepto de funcionario público, evidenciándose ello en el artículo 425 del C.P., mismo que al no realizar distinción sobre sus *numerus apertus* para los conceptos de funcionario y servidor público (diferentes en cuanto a su delimitación en campo administrativo se trata), pareciera que señalara cierta semejanza. No obstante, para entender adecuadamente su contenido y ejecución, es necesario remitirse a las disposiciones de condición extrapenal.

Asimismo, en materia de efectos penales, deben considerarse como servidores o funcionarios públicos a quienes: ejerzan alguna función de confianza o política, inclusive si derivan de comicios; estén comprendidos dentro de la carrera administrativa; sean administradores y depositarios de caudales embargados o almacenados por la respectiva autoridad pese a ser parte de terceros; toda aquella persona que sostenga relación jornal o contractual de cualquier esencia con organismos e instituciones del Estado, más allá del régimen laboral en el cual se sitúe; los integrantes de las fuerzas del orden nacional; los escogidos, seleccionados o declarados solemnemente por la autoridad respectiva para realizar funciones o labores en nombre del país o de sus organismos; otros individuos señalados en la carta magna o la normativa (Bohorquez y Trujillo, 2023).

Respecto a la delimitación extensa sobre el servidor y funcionario, la Corte Suprema de Justicia, por medio de la revisión de sentencia 503-2017/Callao, ha justificado aquella bajo lo siguiente: “Engloba un precepto vasto por nociones funcionales de índole político-jurídica y respetando específicamente el lineamiento político-criminal que demanda asignar la característica de funcionario según ciertas actividades y finalidades mismas del Derecho Penal, no siempre concordantes con la rama administrativa” (Chanjan, 2020).

Es menester precisar que aquella extensa delimitación no es originaria del derecho penal peruano. Para ejemplificar mejor, el Código Penal Español a través de su artículo número 24 brinda una idea sobre que individuo debe ser catalogado como funcionario público, siendo todo ello elaborado por el Tribunal Supremo de aquel país, donde se establece

además que este precepto debe tener mayor extensión, por lo que no puede subyugarse al campo administrativo.

De igual manera, la jurisprudencia en mención hace referencia, según el autor Mir Puig, citado por Paredes (2017), que se demanda en torno a la consideración de funcionario o servidor público en el área penal: un componente alusivo a la intervención en el cumplimiento de las actividades públicas; y un certificado de autorización de dicha intervención que puede ser triple: libre decisión, ordenamiento de Ley o asignación o nominación por la autoridad respectiva- concluyente de una relación con el país o sus instituciones, incorporadas las compañías públicas o de mixta economía. Siendo así, sin perjuicio de que estas condiciones se hallen aplicadas y direccionadas al ordenamiento español, es ejecutable en lo que pueda para el ordenamiento peruano.

Sumado a ello, a nivel internacional al se puede evidenciar bajo dos instrumentos el termino de funcionario público: El primero, que versa sobre la Convención Interamericana contra la Corrupción, por medio de su primer artículo establece al funcionario como cualquier individuo que trabaja para alguna entidad estatal, incluidos aquellos que fueron escogidos, asignados o votados para realizar labores en nombre o a servicio del Estado, para todos sus grados jerárquicos”. Como segundo instrumento se sitúa el literal a del segundo artículo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que incrementa el contenido del precepto, refiriendo a los funcionarios como aquellas personas que realicen función pública en base a la definición interna de cada Estado miembro (Álvarez, 2019).

Se infiere entonces que para definir a un individuo como funcionario público, se debe tener en cuenta que dentro del área penal debe extenderse el precepto administrativo relativo a esta figura, basándose en la dificultad de su organización y composición de la administración pública, toda vez que se halla revestida de distintas relaciones con personas que pueden producir efectos en su habitual funcionamiento, resultando equivoco no otorgarle responsabilidad penal para quienes obtengan responsabilidades funcionariales en el Estado (así aquellas sean temporalmente). Por ello, al encontrar distintas cualidades que engloban el precepto de funcionario público, se debe elaborar la figura de quien sea conocido como uno de hecho, independientemente del entendimiento en herramientas internacionales o jurisprudencia que aquel pueda ostentar.

1.4 Delito de usurpación de funciones

La característica básica del delito de usurpación es la existencia de una función pública, lo cual viene a ser un presupuesto básico para la configuración del tipo penal. Por lo tanto, no se podría hablar de una usurpación de funciones, cuando alguien se encuentra

ostentando un cargo que no existe, ejemplo de ello puede ser que alguien indique ser jefe de una comisión liquidadora del Estado, cuando dicha comisión y cargo no existen; en ese ejemplo no existe una idoneidad del objeto, situación que se requiere para que se hable de una tentativa. Sumado a ello, la función pública que se encuentre usurpando deberá estar vigente. (Silva, 2018)².

Acota Picón (2018) que un ejemplo de ello se produce cuando en alguna zona alejada del país y que es difícil acceder, existe un juez encargado de impartir justicia y ejecutar las penas, este se retira del puesto y en su lugar debe llegar otro juez, pero se demora en llegar pues la zona es un poco complicada. En ese sentido, una persona de otro pueblo se hace pasar por el Juez, de modo que, con ello estaría configurándose su comportamiento en la tipicidad del delito de usurpación de funciones jurisdiccionales.

Expuesto esos puntos de forma preliminar, en la doctrina es un delito contra la Administración Pública que es infringido por un particular, determinado por el ejercicio indebido de actos propios de la competencia y funciones de un determinado perfil y categoría de funcionario o servidor público de ser el caso. En ese orden, el agente deberá de carecer de tal condición o, en caso de haberla poseído, se encuentra bajo suspensión o cesación de funciones del cargo público³.

1.4.1 Bien jurídico

Reátegui (2021) corresponde al correcto funcionamiento que deberá observarse en la Administración Pública, donde los funcionarios o servidores públicos deberán de cumplir con las funciones que les han sido designados, sujetándose especialmente a las competencias definidas en la norma respectiva. Por lo tanto, se entiende que la protección que se pretende garantizar en el tipo penal está dirigida a la legalidad de la función pública, teniendo como base la autoridad del Estado para brindar facultades de decisión o ejecución a personas en concreto, de modo que logre identificarse la esfera que engloba a la competencia de cada funcionario⁴.

² La conducta constitutiva de este delito en su modalidad de usurpación de cargo diferente se configura cuando el funcionario o el servidor público, de ser el caso, efectúa un ejercicio doloso de su función en el marco de la Administración Pública, usurpando un cargo que es distinto al suyo y que se encuentra atribuido a un agente público diferente (Sala Penal Transitoria, Casación N° 956-2016-Áncash) (2016).

³ Se produce cuando un agente, sin título o nombramiento, usurpa una función de carácter público, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que, encontrándose en destitución de su cargo, cesado, en estado de suspensión o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el desarrolla funciones que corresponden a un cargo distinto al suyo, siendo reprimido con una pena [..]

⁴ De conformidad con la sentencia casatoria N° 956-2016-Áncash se expone que, el bien jurídico en el delito de usurpación de funciones consisten en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, consolidándose en el cumplimiento de funciones por los agentes públicos que bien podrán ser los funcionarios o los servidores públicos, con sujeción a las competencias delimitadas a nivel de la norma. Cabe

Adicionalmente, Andrades (2022) comenta que es necesario que la función pública que se encuentre usurpando debe ser orientada a funciones nacionales, pues el tipo penal no se orienta en la protección de funciones públicas correspondientes a Estados extranjeros u organizaciones internacionales.

1.4.2 Contexto de actuación del sujeto activo

En cuanto a la actuación del sujeto activo, de acuerdo al Código Penal, podría tratarse de cualquier persona, en función a su calidad de delito común, usualmente se trata de un individuo que no tiene calidad de funcionario público, por no cumplir con alguno de las condiciones exigidas a través de la norma, sin embargo, ello no impide que un funcionario no califique como un posible sujeto activo del delito de usurpación de funciones en tanto que existe un supuesto que sanciona a aquel sujeto activo que trata de asumir otro cargo para el que carece de título o nombramiento.

Bajo lo expuesto, se comenta que el sujeto activo deberá usurpar una función de la cual no se encuentra investido pero que ello no impedirá que se la atribuya con carácter oficial. Ahora, en el marco de los supuestos que se abordarán en la presente investigación, versa sobre el contenido del tercer supuesto del tipo penal que sanciona a aquel sujeto que encontrándose destituido, cesado, suspendido o subrogado del cargo, no se trata sino de un sujeto particular, puesto que la investidura de la función pública se ha visto interrumpida, de modo que no produce los efectos jurídicos buscados. Asimismo, en cuanto al último supuesto, se sanciona a aquel funcionario público que asume el ejercicio de un cargo que no ha sido designado legalmente, de modo que, extiende o invade de forma ilícita una función pública ajena.

De conformidad a algunos autores, el último supuesto se configura como un abuso a la autoridad, puesto que se trata de un exceso del marco jurídico de su competencia funcional. Por su parte, otros doctrinarios postulan que, corresponde a una cuestión de falta de competencias funcionales, de lo contrario, estaríamos ante un concurso de delitos⁵.

mencionar que el objeto de protección consiste en garantizar la exclusividad de la titularidad, así como el ejercicio de la función pública a los órganos además de los agentes del Estado. La protección del interés está encaminada a la protección de la legalidad de la función pública, fundamentándose en la autoridad del Estado para conferir facultades de decisión o ejecución a determinados sujetos y diferencias las esferas de competencia entre los agentes públicos; es esa autoridad la que se perjudica cuando aquel que no tiene la calidad de funcionario público o cuando lo hace un funcionario que no goza de una competencia plena para su ejercicio. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016)

⁵ Respecto de los elementos objetivos del tipo penal, el sujeto activo podrá ser cualquier agente, sin la necesidad de cumplir con una cualidad específica, tanto que podrá tratarse de un intraneus pudiendo encontrarse entre ellos un funcionario o un servidor público que gozando del título de agente público, no se encuentra plenamente legitimado para ejercer la competencia, así como un *extraneus*, que se encuentra ajeno para el ejercicio de la función pública por encontrarse fuera de ella y lesionar bienes jurídicos, ameritando de

1.4.3 *Conducta típica*

De conformidad a Pacheco (2019) la conducta típica en el delito de usurpación de funciones consiste en que un funcionario o servidor público ejerza, de manera dolosa, una función que no le corresponde dentro de la Administración Pública y usurpa un cargo diferente al suyo, que en la realidad es atribuido a otro servidor o funcionario público. Esto es concordante con lo estipulado en el artículo 361° del Código Penal donde manifiesta “El que sin título o nombramiento, usurpa una función pública o la facultad de dar órdenes militares o, el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado del cargo continúa asumiendo el ejercicio, o el que ejerce una función correspondiente a un cargo diferente al que posee, deberá ser sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, asimismo deberá responder con inhabilitación a los hechos producidos, por un periodo de uno o dos años de conformidad al artículo 36° inciso 1 y 2”.

De tal modo que, se advierte en el marco del tipo penal, se encuadran distintos supuestos de hechos cuyo estudio es necesario, para ello es fundamental discriminar entre aquellos que resultan idóneos para el contexto en el que nos situamos que no es sino “el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciendo o, el que ejerce funciones que le corresponden a otro” puesto que calzan para un contraste con el funcionario de *facto*, donde la situación anómala descansa en la conducta de un sujeto que no cumple con los requisitos o uno de ellos para ser considerado como funcionario de *facto* pero que, independientemente de tal circunstancia, de *facto* se desempeña como si gozará de tal título.

1.4.4 *Ejercicio ilegítimo de la función pública*

Bajo la óptica de Condori (2019) un elemento negativo respecto al tipo penal de usurpación corresponde al de la ilegitimidad o arbitrariedad en la asunción o el desarrollo de la función, en otras palabras, el supuesto funcionario no posee un título o un nombramiento para el desarrollo de su función. En lo referente a la esencia antijurídica del delito en cuestión, se presenta como la ausencia de la calidad legal en el desempeño del cargo por parte del agente, la carencia de un acto que le permita legitimar sus actos.

del cargo por parte del agente, la carencia de un acto que le permita legitimar sus actos.

una sanción. De otro lado, el sujeto pasivo es el Estado, considerando que el acto que configura el usurpador lesiona el funcionamiento correcto de los órganos de éste, al invadir esferas y competencias previamente determinadas.

a) Sin nombramiento

En el desarrollo de la comisión delictiva, el agente ejerce la actividad funcional sin sustento de justificación legal. Para que las personas logren acceder a un puesto o cargo público en el ámbito de la Administración Pública, deberán incorporarse al procedimiento previo, estatuido o perfilado, en primer lugar, por la primera norma, denominada carta magna y, toda la comunidad y el propio Estado debería respetar. De tal modo que, en el artículo 425° la norma penal, mediante el inciso primero, se consigna que, serán considerados como funcionarios o servidores públicos, aquellos que se encuentran comprendidos en la carrera administrativa. Dicho de otro modo, se reconocen los requisitos que deberá cumplir todo postulante al cargo público y dependerá de cada institución pública, donde ningún sujeto podrá usar dicho nombramiento o cargo público.

En ese orden de ideas, el procedimiento previo se encuentra comprendido en la segunda acepción, según lo estipulado en la norma penal mediante su artículo 425° inciso segundo, donde se menciona que serán catalogados como funcionarios o servidores, aquellos sujetos que desempeñan cargos políticos o de confianza, inclusive si provienen de la elección popular. Siendo en este caso, que podría entrar a tallar el diploma que es expedido por una autoridad con competencia, que puede ser el rector de una Universidad Nacional o particular.

Ante dicho ejercicio de la función pública de forma ilegítima, se han establecido por parte de la Ley penal, ciertas clases de ilegitimidad que guardan relación con lo expresado.

En cuando al desarrollo de las funciones sin nombramiento o designación, según Machi y Machi (2017) para que una persona pueda llegar a acceder a un puesto o cargo al interior de la Administración pública, debe pasar por un procedimiento previo, en ese sentido el artículo 425° del Código penal, precisa que se pueden considerar como funcionarios o servidores públicos a aquellas personas que se encuentran en el desempeño de la carrera administrativa; en otras palabras, el artículo en mención establece los requisitos para aquellas personas que se pueden considerar como funcionario público, además señala ciertas condiciones o presupuestos que debe cumplir toda aquella persona que pretenda acceder a un cargo público, una vez elegido el funcionario público no es posible que otra persona desempeñe su cargo y de realizarlo estaría incurriendo en el delito de usurpación de funciones.

Por su parte, Ríos (2018) comenta entonces que según el artículo en mención en su inciso dos, expresa que se considerará funcionario o servidor público a aquella persona que desempeñe cargos políticos o de confianza, incluso si provienen de la elección del pueblo. Ejemplo de ello podría ser, cuando una persona termina la carrera policial y recibe de manos

del director de la Policía Nacional un diploma que certifica dicha instrucción, con ello se estaría acreditando el hecho de desempeñarse como un policía y podría ejercerlo de forma idónea.

También existe otro supuesto que bien precisa Gutiérrez (2021), versa sobre la situación en la cual la investidura no sea otorgada por la misma administración pública, sino que se encuentra en la potestad del pueblo como es el caso de la elección de los representantes políticos mediante las elecciones, hablamos en ese supuesto del puesto de Presidente de la República, Alcaldes, Congresistas, entre otros que acceden al puesto por elección popular y serán la Autoridad Electoral la encargada de brindarle el otorgamiento pertinente en atención al resultado de la contienda electoral respectiva; en otras palabras, la Autoridad Electoral no es aquella que designa sino la encargada de proclamar al funcionario público.

b) Sin título

Es un componente normativo del tipo, que resulta discutible. Para poder enfrentarnos a la tipicidad penal en análisis, debe ser un título que carezca de todo viso de legalidad, es decir deberá ser materialmente ineficaz y, cuando este es falsificado, el autor deberá responsabilizarse por el ilícito penal del ejercicio ilegal de profesión, salvo que ejecute concretamente la actividad funcional.

1.4.5 En atención al artículo 361 del Código penal peruano

El artículo 361 del Código penal peruano establece lo referente al delito de usurpación de la función pública, en donde forma expresa establece los siguiente:

Artículo 361: Usurpación de función pública

El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36°, incisos 1° y 2°.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrente a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años⁶.

⁶ Se precisan tres modalidades para la configuración del usurpador de funcionarios, encontrándose en un primer término, usurpar una función que pertenece a la Administración Pública o la facultad de dar órdenes de carácter militar o policial; de otro lado está la continuación del ejercicio del cargo, pese a que se encuentra cesado, suspendido, subrogado o destituido y, por último, se encuentra el ejercicio de funciones que corresponden a un cargo distintos al que se posee.

En atención a lo precisado por el artículo en mención, se tienen diversos supuestos y hasta una agravante de cuando se debe considerar a una persona como usurpadora de las funciones públicas, en ese sentido procederemos a estructurar un análisis que nos permita determinar cada supuesto regulado en el artículo en mención. En cuanto a lo precisado como primer supuesto, tenemos que se considerará como usurpador de funciones públicas a aquella persona que sin título o nombramiento ejerza funciones que no le competen, en ese sentido Aragonés (2017) comenta que nos encontramos frente a un elemento normativo del tipo, para poder encontrarnos frente a este supuesto es necesario que el título sea carente de todo vicio de legalidad, en otras palabras, debe ser materialmente ineficaz y, en el supuesto en que el autor haya decidido falsificar el título en cuestión pues deberá responder por el delito correspondiente.

Para el supuesto en mención, según Rodríguez (2020) la doctrina ha planteado dos sentidos: Respecto al primero, debe existir un medio idóneo que permita la acreditación para ejercer la función, ello se considera como un requisito formal; en el presente caso este supuesto podría caer en confusión respecto a otros supuestos que hacen referencia de manera expresa a este tipo de títulos, como es el caso de los artículos 362 y 363. En cuanto al segundo, la investidura a la función pública va a depender también de la convergencia de otros elementos, ejemplo de ello son las elecciones. Pese a ello, el autor considera adecuada la interpretación que se realiza a la definición bajo estos dos sentidos. Finalmente, podemos precisar que se va a entender el título como aquella fuente legal producto de una autoridad competente o de la voluntad del pueblo mediante las elecciones.

Anotan Rodríguez y Morón (2016) que no resulta preciso hablar sobre una usurpación de la función que desempeña un funcionario, sino de desarrollar funciones públicas y ellas pueden ser cumplidas, en ciertos casos por particulares. En ese sentido es que la ley no sólo hace referencia al caso de falta de nombramiento, sino que también a la falta del título. Bajo ese pensamiento, es que el autor indica la necesidad de enmarcar un concepto amplio de título, el mismo que puede englobar a un documento o acto que brinda un funcionario o servidor público en pleno ejercicio de sus funciones para habilitar, en este caso, a otra persona para que pueda asumir un cargo o función determinada de la Administración pública. En ese orden de ideas, el artículo 425° del Código penal, en su inciso tercero precisa aquellas personas que deben ser consideradas como funcionarios públicos.

De conformidad al segundo supuesto, Benítez (2021) comenta que esta se denomina como “cuando el agente, sin título o nombramiento, usurpa la función de dar órdenes militares o policiales”, esta corresponde a una sub-modalidad pues es un caso de usurpación de

autoridad, pues la norma penal brinda especial énfasis en la palabra facultad, en otras palabras, en la potestad o prerrogativa de establecer órdenes. En este supuesto, no tiene importancia la naturaleza de las órdenes; es decir, no merece especial interés la jerarquía de la persona que emite la orden, pues ello no va a aumentar o disminuir el injusto penal. Lo que sí es verdaderamente importante es que la persona brinda la orden inmiscuyéndose en potestades que no posee o de las que no goza, pues no tiene título o nombramiento de forma oficial.

En cuanto a lo precisado como tercer supuesto, tenemos que se considera como usurpador aquella persona que habiendo sido destituida, cesada, suspendida o subrogada de su cargo continúe ejerciéndolo. Según Caballero (2022), para este supuesto se requiere de un sujeto activo, el cual debe cumplir con requisitos como encontrarse destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo, en virtud de ello es que se genera una disyuntiva en la doctrina pues algunos autores consideran que se podría tratar de una persona particular, desde el momento en que su calidad como funcionario público ha quedado sin efecto legal. En consecuencia, el autor precisa que este supuesto puede ser vulnerado por un empleado público de hecho o por un particular que es el caso del exfuncionario.

En lo que respecta al cuarto supuesto, este menciona que será considerado como un usurpador de funciones a aquella persona que ejerza funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene. En ese sentido, Morales (2019) precisa que en este supuesto el sujeto activo será un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; es decir, aquella persona que ha asumido un cargo público de forma legítima, para que se llegue a configurar el tipo penal, el funcionario público en mención debe extender o invadir de forma ilícita las funciones públicas ajenas o que no le competen.

Por su parte Silva (2023), comenta que el ilícito que comenta la norma hace alusión a aquel funcionario público que ejerce de forma legítima su cargo, pero sumado a ello se sobre limita y realiza otros cargos que no le competen, pues no posee título alguno que no faculte ni nombre; esta situación es sumamente relevante según el autor en mención pues considera que es el determinante para poder distinguir esta figura de la usurpación de autoridad con la de abusos de autoridad. Finalmente, en cuanto a la circunstancia agravante regulada en el segundo párrafo del artículo en mención, tenemos que considera como un agravante de la figura de usurpación de la función pública a aquella persona que, en virtud de penetrar la comisión del delito, el agente emplea resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden, en este supuesto la pena será privativa de la libertad y estará entre los cinco y ocho años. Al respecto Vilela (2022), sostiene que la resistencia y el enfrentamiento a las fuerzas del orden, para

poder llegar a concretar el delito, representan una mayor peligrosidad pues supone un mayor riesgo para el bien jurídico protegido que en este caso es la Administración pública.



Capítulo 2

El funcionario público de *facto* y el principio de legalidad

2.1 El funcionario de hecho atenta contra el principio de legalidad

Rodríguez (2017) anuncia en un primer término la importancia de abordar la redacción de los tipos penales en función al principio de legalidad, según la ley estricta e implica que en la formulación de un tipo penal deberá priorizarse lo expuesto, de tal modo que, en el legislador no quede duda sobre los términos jurídicos empleados. Acota que, el mandato de determinación comprende que en la norma se deberá establecer de manera suficiente y diferenciada los comportamientos susceptibles de ser sancionados y los castigos a recibir.

Recalcando el autor que, primordialmente el mandato de determinación está enfocado en evitar burlar el significado impreso en el principio de legalidad, debiendo prevalecer su seguridad y garantía en el marco de un ordenamiento jurídico. No obstante, cabe mencionar que este precepto no excluye la indeterminación, pero sí dispone límites, pues no podrá impactar negativamente en el ciudadano, confundiéndolo a tal punto de enredar a qué sujeto (s) va dirigida la normativa.

En base a lo comentado, debemos reflexionar lo siguiente, ha podido quedar claro el nexo que existe entre la Administración Pública y el funcionario público, en virtud de que este último desempeña un rol que está encaminado a salvaguardarlo y a velar por su protección, así como su cumplimiento. Sobre esto existe un panorama, aunque con distintas posturas, entendible; *contrario sensu* es la figura jurídica del funcionario de *facto* que, con el caso de Vladimiro Montesinos se acuñó en el Perú, sin si quiera pensar que supondría una vulneración al principio de legalidad.

Ahora, respecto a la conceptualización del citado principio desde el seno del derecho penal, se precisa lo siguiente a juicio de Cristóbal (2020) es un pilar fundamental que supone un límite para el *ius puniendi* del Estado, encontrándose basado principalmente en la ley estricta, la ley previa, las cuales deberán de conservarse y verificarse en todo delito y falta prescripta en la ley penal.

En ese marco de ideas, se busca comprobar si el funcionario de hecho cumple con los criterios para la aplicación de la analogía; para ello expone Coca (2020) que la interpretación jurídica se produce cuando existiendo una normativa aplicable, su sentido normativo no resulta ser claro, pudiendo deberse a una falta de claridad en el texto normativo, a causa de una dificultad para la aplicación del supuesto de la norma al hecho que se suscita en la realidad. Sin embargo, el autor considera que, en realidad la interpretación debe ser una ley para el operador jurídico, pues siempre deberá desentrañar el significado que el legislador le

otorgó, interpretando el sentido de los hechos que se desarrollan en la norma. A su vez, deberá entenderse que la analogía debe su aplicación a dos supuestos, siendo uno de ellos que, el beneficio que proporciona al sujeto en la medida que concede un derecho a quien en una norma específica no lo tiene, o cuando la aplicación de esa analogía no desencadena un perjuicio o un beneficio sino solo la declaración de un derecho o la erradicación de una inquietud jurídica. De tal modo que, logra distinguirse la analogía *in bonam partem* así como la *in malam partem*.

Ante esto, en doctrina argentina, según Prunotto (2020) define a la analogía *in malam partem* como una excluida en el campo del derecho considerando que es en perjuicio del imputado, no admitiéndose en el sistema jurídico por tratarse de una expresa vulneración al principio de legalidad y de reserva. En ese orden, trasladándonos al panorama del Tribunal Constitucional (2005) menciona que, una sentencia será declarada como inconstitucional cuando el juzgador aplique la analogía *in malam parte*, teniendo como principal propósito la lesión de los derechos del procesado, considerando que esto le causará un perjuicio directo, pues solo podrá hablarse de persecución penal en el caso de la analogía cuando se cumpla con uno de los supuestos.

En el Derecho Penal peruano está prohibida la aplicación de analogía *in malam parte*; por lo tanto, al catalogar como funcionario de hecho a un sujeto, a pesar de no contar con tal regulación, implicaría una vulneración de derechos. En el caso de Vladimiro Montesinos está lesión terminó por relucir, al evidenciarse la infracción del principio de legalidad e infracción del deber. Esto último porque, la exigencia para su configuración es que aquel agente haya tenido, a causa de sus cualidades, un rol o un deber que en efecto no puede eludir, siendo ilógico imputarle una infracción del deber, a quien no lo posee.

Seguidamente, mediante el siguiente apartado, se expondrá la figura del funcionario de hecho en la rama del Derecho Administrativo y Derecho Penal:

Según Moreno (2021) el concepto correspondiente a funcionario público de hecho o de *facto*, fue acuñado por el Derecho Administrativo y para poder establecer su definición es necesario contraponernos al concepto de funcionario o empleado de *iure*, lo cual corresponde a aquella persona que ingresa a la Administración Pública respetando para ello todos los requisitos que se establecen por el derecho objetivo. En atención a ello, si los mencionados requisitos o alguno de estos no son respetados por la persona que pretende ingresar a la función pública, entonces nos encontraremos ante un supuesto de un funcionario de hecho.

Según Encina (2022) para tener una aproximación legal a la concepción del funcionario de hecho desde la perspectiva del Derecho Administrativo, es necesario acudir al

numeral 1 del artículo 4 de la Ley N° 28175, denominada Ley Marco del Empleo Público, en la cual se precisa que se considerará funcionario público a aquella persona que desarrolla funciones de preeminencia política, la cual se encuentra reconocida mediante la norma de manera expresa, sumado a ello representan al Estado o a un sector de la población, adicionalmente desarrollan políticas del Estado y dirigen organismos o entidades públicas. La misma ley establece como funcionario público a aquella persona designada por elección popular directa y universal, aquella designada como persona de confianza, de libre nombramiento y remoción.

De la definición esbozada por la Ley en mención, se puede deducir que el concepto que estructura sobre funcionario público es restringido, no abarca la totalidad de las relaciones que pueden existir entre el Estado y el ciudadano al cual se le ha otorgado la facultad de actuación.

Por su parte Cordero (2019), define al funcionario de hecho como aquella persona que no posee un título o en su defecto el título que posee lo adquirió de manera irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario. Se debe aclarar que aquello que caracteriza a un funcionario de hecho es la irregularidad en el acceso a su puesto o función, pero ello no quiere decir que toda persona será considerada funcionario de *facto* si posee alguna falla en su investidura, como se advirtió en la figura el usurpador de funciones.

Finalmente, según el Derecho Administrativo, se considera como funcionario de hecho o de *facto*: Aquella persona que accede a un puesto o función pública y que posterior a su designación sea inhabilitado y a pesar de ello continúe ejerciéndolo; al funcionario que presenta su renuncia y se le acepta pero en la realidad continúa ejerciendo sus funciones; al funcionario que continúa desarrollando sus funciones pese a que ya venció el plazo por el cual se le nombro o continúa en sus funciones pese a haberse anulado su designación; finalmente, aquel funcionario que contrae responsabilidades que no le competen. De manera resumida, las posibilidades antes mencionadas son aquellas por las cuales se le puede llegar a considerar como funcionario de hecho según el Derecho Administrativo, se debe dejar en claro que estos supuestos ya han sido recogidos por el Derecho Penal mediante el delito de usurpación de funciones.

2.2 El funcionario de hecho en el derecho penal

Partiendo de la idea que el C.P. peruano no instaura aún la clasificación de funcionario de hecho pese a que se indique ello en los artículos 382° y 392° de la presente normativa, esta figura resulta amplia y se direcciona a los individuos que no son considerados como funcionarios públicos empero si pudieran ser autores de específicos actos delictivos por

intervenir en la actividad pública como sucede en diferentes situaciones. Mientras que, bajo la noción de hecho se designa la condición de funcionario a quien en la realidad no cuenta con dicha cualidad.

Ciertas instituciones intercontinentales que han firmado múltiples acuerdos con el Estado peruano mantienen una postura contraria respecto a acoger el presente precepto. Ello se evidencia, por ejemplo, cuando el Perú propuso la delimitación de funcionario de hecho en la reunión preparatoria oficiosa del comité especial encargado de negociar la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, siendo aquella rechazada en tanto la hipótesis aprobada para el debate, al resultar tan extensa es falta de restricciones. Acerca del funcionario de hecho en la rama penal, la doctrina ha delimitado distintas particularidades y condiciones. Por un lado, Rojas Vargas, citado por Rojas (2021), indica que es indispensable la presencia de las siguientes disposiciones de manera indesligable, siendo ellas:

- Falta de título.
- Aplicación de funciones o manejo de estas.
- Aceptación o reconocimiento del funcionario por parte del gobierno.

En la misma dirección, el autor Nakazaki, citado por Rojas (2021), señala que en el Derecho Penal se diferencian dos presupuestos acerca del funcionario de hecho:

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

De aquello se entiende que el autor Nakazaki solo infiere una definición limitada para el funcionario de hecho donde resulta solo la persona que realiza las actividades públicas a pesar de que es nulo su designación como funcionario, por lo que se ubica en la categoría de hecho. Del mismo modo, relativo a las cualidades del funcionario de hecho, son varias las que se componen como por ejemplo la nula designación, existencia de la función, posesión pacífica pública de buena fe del cargo y supuesta legitimidad frente a la comunidad.

También conviene señalar, dentro de este acápite, que al examinar esta figura debe hallarse un cargo como tal para así evitar referencias equivocadas sobre nombramientos de funcionarios para cargos fantasmas o inexistentes. No obstante, resultaría innecesario igualmente, que se añadan otros componentes antes mencionados (posesión pacífica del cargo, finalidad lícita del ejercicio de la función), siendo necesario solo el certificado nulo. No debe hacerse depender el cargo de funcionario a la participación lícita del mismo. De afirmar lo contrario, se puede inferir de manera ilógica que no sería posible comenzar un procedimiento penal por un acto delictivo contra la administración pública a quien no obró

legalmente en su función, conclusión que no facultaría procesar penalmente a funcionario público alguno.

No obstante, afirmar que el certificado o título nulo es suficiente para afirmar la existencia de un funcionario de hecho a consecuencias penales necesitar detallar si el título que lo asigna funcionario público a una persona en específico fue o no declarado nulo.

Es de suma importancia efectuar la aclaración brindada por Chanjan (2020), pues el ordenamiento jurídico se jacta de la existencia de un funcionario público, salvo que este no haya sido declarado nulo el título por el cual se le ha brindado la incorporación a la administración pública. En el supuesto en el cual se declare la nulidad del nombramiento del funcionario público, no podemos indicar que nos encontramos aún frente a la figura de un funcionario público pues en este supuesto el ordenamiento jurídico no validará un acto nulo. Por ende, en este último supuesto nos encontraremos ante un caso de usurpación de funciones.

De igual forma, Abello y Arévalo (2022) comentan que existen dos supuestos respecto a los funcionarios de hecho a efectos penales; el primero, refiere que son aquellas personas particulares que contraen bajo iniciativa propia una función pública; la segunda, sostiene que aquellas personas que son nombradas legítimamente, pero no reúnen las condiciones exigidas por la ley para tal nombramiento.

Para culminar, Monroy (2018) establece que será considerada como un funcionario de hecho, aquella persona que a título particular asume mediante una iniciativa propia una función de índole pública, pues no cuenta con título habilitante que pueda equiparar a la investidura que posee un funcionario público. Sumando a ello, si no se pone término a dicha anomalía en la designación del funcionario, ello acarrea efectos penales que dependerán del tipo de función que se encuentre desempeñando y bajo que delito del código penal se encuentre.

2.3 Una Reseña del Caso: Montesinos (Expediente N°041-2001-SPE/CSJL)

Por otro lado, en lo referente a la sentencia del expediente N°041-2001-SPE/CSJL, en el cual se procesa a Vladimiro Montesinos Torres y otros sobre el delito de peculado contra la administración pública. Se considera a Vladimiro Montesinos Torres como el autor del delito mencionado en agravio del Estado, asimismo, se consideran a otras personas más como cómplices del mencionado delito.

Según la denuncia presentada por la fiscalía el 9 de julio de 2001, documentada en las páginas uno a once, y formulada por la fiscal de la primera fiscalía provincial especializada en delitos del libro segundo, título XVIII y relacionados, el Sexto Juzgado Penal Especial de Lima inició una investigación por orden judicial emitida el 31 de julio de 2001, detallada en

las páginas doce a veintisiete, contra Vladimiro Montesinos Torres por el delito de peculado en perjuicio del Estado, y contra otros individuos como sus cómplices. Como resultado, se emitió una orden de detención contra Vladimiro Lenin Montesinos Torres.

Después, el 13 de agosto de 2001, se acepta la apelación presentada por el Procurador Público contra la decisión del Tribunal de permitir la comparecencia restringida para ciertos cómplices de Vladimiro Montesinos, excluyendo al propio Montesinos de esta medida. Además, mediante el dictamen fiscal número setenta y siete del 17 de agosto de 2002, registrado en las páginas dos mil seiscientos veintitrés a dos mil seiscientos veinticinco, la fiscal provincial solicita que se declare el proceso como complejo y se amplíe el plazo de instrucción extraordinariamente hasta por ocho meses. Por consiguiente, mediante un auto del 2 de septiembre de 2002, contenido en las páginas dos mil seiscientos veintiséis a dos mil seiscientos veintisiete, el tribunal decide declarar la instrucción como un Proceso Complejo y extender el período de instrucción por sesenta días.

Después, mediante un auto del 30 de octubre de 2002, registrado en las páginas tres mil trescientos sesenta y tres a tres mil trescientos sesenta y cinco, el Juez Penal del Sexto Juzgado Penal Especial decide extender el plazo de la instrucción por otros noventa días. Posteriormente, mediante una resolución del 30 de enero de 2003, documentada en las páginas tres mil setecientos noventa y dos, el Juez Penal determina duplicar el período de detención del acusado, Vladimiro Montesinos Torres, en prisión, por un período adicional de dieciocho meses a partir del veinte de febrero de 2003.

Entre las páginas siete mil doscientos veintiséis y siete mil doscientos sesenta y tres se encuentra el Dictamen final del fiscal provincial, con el número trece dos mil cuatro, fechado el dieciséis de febrero de 2004, lo que provoca la emisión del auto del veinte de febrero de 2004, documentado en las páginas siete mil doscientos sesenta y cuatro, donde el Juez Penal decide extender el período de instrucción de este caso por treinta días más. Posteriormente, entre las páginas siete mil seiscientos setenta y cuatro y siete mil seiscientos ochenta y cinco, se encuentra el dictamen número veintitrés dos mil cuatro, en el que el fiscal emite su opinión sobre el cumplimiento de los plazos procesales.

El Ministerio Público, en el dictamen N° 2404 del cinco de octubre de 2004, solicita una extensión de quince días, según se indica en el folio ocho mil ciento veintitrés. Esta solicitud es concedida por la Sala Penal Especial, como se observa en el folio ocho mil cuatrocientos uno, donde se amplía el plazo por quince días más y se ordena remitir los documentos al Juzgado respectivo. Siguiendo esta instrucción, el Juez Penal, en los folios ocho mil cuatrocientos treinta y cinco a ocho mil cuatrocientos treinta y siete, extiende el

plazo de instrucción por quince días adicionales. Una vez vencido este nuevo plazo, los documentos son nuevamente remitidos a la Sala, como se evidencia en los folios ocho mil seiscientos noventa y nueve a ocho mil setecientos cinco. Después de remitir los actos al Ministerio Público para su evaluación correspondiente, emite un dictamen acusatorio en los folios ocho mil ochocientos sesenta y ocho a ocho mil novecientos cincuenta, solicitando que se declare procedente pasar a juicio oral contra Vladimiro Montesinos Torres, acusado del delito de peculado contra la administración pública en perjuicio del Estado.

Por decisión del veintidós de febrero del dos mil cinco, registrado en los folios nueve mil ciento treinta y seis a nueve mil ciento treinta y ocho, se establece la fecha para la audiencia de la causa el trece de julio del mismo año. Posteriormente, se emite el auto superior de enjuiciamiento con fecha veintinueve de abril del dos mil cinco, documentado en los folios nueve mil trescientos veintisiete a nueve mil trescientos treinta y dos, en el que se declara procedente pasar a juicio oral contra Vladimiro Montesinos Torres, quien se encuentra detenido, como presunto autor del delito de peculado contra la administración pública en detrimento del Estado.

Luego de escuchar la acusación verbal por parte de la fiscalía superior y los argumentos de los abogados defensores, así como de revisar y evaluar las conclusiones escritas que constan en pliegos separados, y tras debatir y votar sobre los asuntos de hecho conforme al artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, ha llegado el momento procesal de emitir la sentencia, tomando en consideración los siguientes puntos

La sentencia, formalmente, representa la conclusión del proceso judicial, abordando una evaluación exhaustiva de todas las pruebas legales pertinentes que se han presentado durante el procedimiento. Su propósito es establecer los hechos probados o no, seguidos de una conclusión que, si es favorable, resultará en una condena, y si es desfavorable, en la absolución del acusado. Dado el contexto actual, donde hay varios acusados enfrentando cargos por distintas conductas y delitos, así como niveles de implicación diversos, es esencial que la sentencia sea estructurada de manera ordenada. En este sentido, proponemos que la evaluación se centre en cada uno de los acusados de forma individual, permitiendo así distinguir claramente la imputación específica, las circunstancias individuales de cada acusado y, finalmente, determinar su situación legal. Una vez completada esta evaluación, procederemos a analizar cada caso para determinar si se ha establecido o no la responsabilidad penal y el grado de participación en los delitos imputados a cada procesado.

Con respecto a Vladimiro Montesinos Torres, se le acusa de ser el autor del delito contra la administración pública, específicamente de peculado en perjuicio del Estado. Esto se debe a que, en su capacidad como asesor de la alta dirección del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), se habría atribuido indebidamente la autoridad para gestionar fondos públicos, aprovechándose de esta posición para adquirir una variedad de bienes muebles e inmuebles a través de Oscar López Meneses, procesado en el caso, y otras personas de confianza vinculadas a él. Se afirma que incluso se habrían creado entidades jurídicas *offshore*, como Arentel y Monte Cavallo Di Roma S.A., para canalizar estas inversiones, como se detalla en las páginas 8868 y siguientes del cuaderno "O".

Ante esta acusación, inicialmente, el acusado opta por mantener silencio. Sin embargo, posteriormente, en los folios 3243 y siguientes del cuaderno "G", declara que conoció a su coacusado López Meneses en 1992, a través del general Luis Pérez Documet, quien en ese entonces era el jefe de las fuerzas especiales del ejército. Afirma que no tuvo ningún contacto con López Meneses desde entonces hasta el año 2000, cuando se enteró de que había sido designado como coordinador de la Alianza Electoral Perú 2000 por la presidente del Congreso, Martha Hildebrant, y también supo que trabajó con el congresista Jorge Polack Merel en la comisión de relaciones exteriores. Niega haber tenido participación en esa designación o haber adquirido bienes a través de su coacusado. Además, afirma no haber entregado ningún dispositivo telefónico encriptado y declara no conocer a los otros coacusados.

Durante la fase del Juicio Oral, esta versión ha sido reafirmada, mostrando un interés particular por parte de Montesinos Torres en defender a López Meneses. Afirma que nunca le proporcionó dinero para ninguna compra y que no mantuvo ninguna relación comercial ni de amistad con él, a pesar de su asistencia a las reuniones del grupo parlamentario en el SIN en tres ocasiones. En este proceso también revela que fue él quien contactó telefónicamente a López después de 8 años sin tener noticias suyas, solicitándole que le presentara al congresista electo Polack Merel, con quien era amigo, con el objetivo de que se uniera a las filas de la agrupación política Perú 2000. El acusado menciona que cuando llamó por teléfono y se identificó como Montesinos Torres, López Meneses inicialmente pensó que era una broma, pero al darse cuenta de que era cierto, acudió de inmediato al SIN para hablar sobre el contacto con Polack Merel, lo cual fue aceptado. Posteriormente, por iniciativa de este congresista, López fue designado coordinador del grupo parlamentario, función que lo llevó a asistir al SIN en repetidas ocasiones. Finalmente, también aclara que la conversación entre Montesinos Torres y Kouri Bumachar, que se hizo pública y menciona a alguien llamado

"Osquitar", no se refiere a López Meneses, sino a Oscar Dufour Cataneo, como consta en las actas de la audiencia del 1 de agosto del presente año.

Según el principio de inmediación, se percibe una defensa particularmente cerrada por parte de Montesinos Torres en favor de López Meneses, destacando un énfasis y una firmeza especiales en sus declaraciones, con el objetivo de desvincular por completo a su coacusado de cualquier conexión con el SIN. A pesar de que en sus declaraciones previas mencionó haberse encontrado con López en varios lugares y ocasiones, siempre hace hincapié en que fue en compañía de otras personas, nunca a solas. Aunque esta precisión no parece relevante, la recalca incluso cuando no se le pregunta al respecto. Además, en consonancia con el principio de inmediación, durante las sesiones de audiencia se observan momentos en los que ambos acusados conversan de manera amigable, como si tuvieran una relación antigua y estrecha, a pesar de que en sus testimonios judiciales intentan dar la impresión de que su relación es meramente ocasional y circunstancial. Aunque esta observación no constituye una prueba concluyente, se menciona como una indicación de la amistad que parece existir entre ellos.

Durante el juicio oral, Montesinos Torres afirmó categóricamente que nunca proporcionó dinero a López Meneses y que desconocía cualquier propiedad que este pudiera haber adquirido, así como las actividades en las que estuviera involucrado, a pesar de admitir que López asistía a reuniones en el SIN con congresistas y también participaba en diversas reuniones sociales en domicilios de estos últimos. Es evidente que estas reuniones, tanto las laborales como las sociales, estaban rodeadas de un alto nivel de seguridad y confidencialidad, ya que se trataba de discusiones sobre asuntos nacionales y posiblemente acciones parlamentarias conjuntas, que requerían mantenerse en estricto secreto. Del mismo modo, las reuniones sociales, aunque siempre son privadas, en este caso, dado que los asistentes eran congresistas y altos funcionarios del gobierno, exigían un nivel de discreción aún mayor.

En este contexto, la relación entre López Meneses y Montesinos Torres debía ser estrecha, dado que López se movía en este círculo selecto. Como asesor del gobierno en temas de inteligencia, Montesinos Torres debía estar plenamente informado sobre las actividades, tanto públicas como privadas, de López Meneses para que este fuera aceptado en dicho círculo. Esto concuerda con la afirmación de Montesinos Torres sobre su eficiencia como miembro de seguridad e inteligencia. En estas circunstancias, resulta poco creíble que Montesinos Torres no estuviera al tanto de todas las actividades de López Meneses. Es más plausible pensar que él estaba completamente informado debido a la confianza y amistad que

existía entre ambos, como lo ha descrito la testigo Matilde Pinchi Pinchi en su testimonio del 8 de agosto del presente año.

La declaración de Hilda Valladares Alarcón, durante su interrogatorio en el Congreso de la República, coincide y es respaldada por el testimonio que figura en las páginas 3699 a 3753 del expediente. En dicho testimonio, la investigada confirma que López Meneses mantenía una estrecha amistad con Montesinos Torres, quien incluso recomendaba a favor de Mufarech Nemi en virtud de esa amistad, que no solo perduraba, sino que además se exhibía abiertamente. Cuando Mufarech Nemi declara como testigo en este caso, confirma su relación de amistad con López Meneses y admite que Montesinos Torres había mencionado a López Meneses como alguien que hablaba bien de él. Esto sugiere que las afirmaciones de López Meneses tenían peso en la consideración de Montesinos Torres, lo cual se refleja en la precisión con la que recuerda esos detalles en momentos específicos.

A pesar de las contundentes y significativas versiones sobre la presencia de López Meneses en la esfera de Montesinos Torres, ambos intentan negar cualquier vínculo estrecho entre ellos. En cambio, Montesinos Torres busca presentar una visión completamente diferente, tratando de distanciar lo más posible a López Meneses de su círculo. Sin embargo, la realidad es que existían fuertes lazos entre estas dos personas, que resultaron en una amistad tan estrecha que López Meneses acudía al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) con la confianza de ser recibido por su amigo. Luego, en el año 2000, frente al proyecto político que se estaba perfilando en ese momento, López Meneses decide involucrarse formalmente en la actividad política, apareciendo como el coordinador de la agrupación política "Perú 2000", que se preparaba para un periodo parlamentario intenso.

Es importante destacar que López Meneses carecía de conocimientos técnicos sobre asuntos parlamentarios, como él mismo ha explicado, y afirmaba que eso se aprendería con el tiempo. No había demostrado una formación ideológica clara ni un conocimiento profundo de los problemas nacionales. Según su versión, estaba inmerso en su actividad profesional y económicamente le iba bien, entonces ¿cuál era la necesidad o el interés de incursionar en la esfera pública y asumir un rol tan complicado como coordinar una agrupación política que respaldaría al ejecutivo en ese momento?

Solo alguien estrechamente relacionado con el presidente de la República, el asesor del SIN o algún congresista de esa agrupación, y además con vínculos políticos reconocidos, habría asumido ese rol, no un recién llegado. López Meneses trata de demostrar esta última condición, cuando en realidad fue su conexión con Montesinos Torres lo que lo llevó a

desempeñar esa función. Aunque ambos intenten negar esta realidad, los actos, la coyuntura y las circunstancias descritas en los documentos demuestran lo contrario.

La última versión contrasta con la presentada por López Meneses, ya que en su última declaración muestra coincidencias, incluso en algunos detalles. Esto no sucede en las primeras declaraciones de ambos, donde, aunque en su mayoría son similares, existen notables diferencias, como hemos explicado anteriormente. Sin embargo, esto nos permite concluir que existe una coordinación adecuada entre ambos acusados para mejorar su defensa, lo cual es legítimo. No obstante, la evaluación no se limita solo a estas declaraciones, sino que también considera otros medios de prueba, que se han analizado detalladamente para obtener una comprensión completa de lo sucedido y para investigar aquellos puntos que las partes no han aclarado suficientemente, ya sea por conveniencia o por falta de interés.

Entonces, es evidente que López Meneses ha utilizado un argumento de defensa para demostrar que no estaba vinculado a Montesinos Torres. Sin embargo, este argumento carece de relevancia frente a otras pruebas e indicios presentados a lo largo de esta evaluación. Dichas pruebas sugieren una estrecha amistad entre ambos acusados, lo que nos lleva a inferir que esta amistad es la razón detrás del interés de protección, incluso en circunstancias adversas, especialmente por parte de Montesinos Torres. Este hecho revela la cercanía entre ellos, lo cual no es ilegal per se, pero debe considerarse en el contexto de otras actividades que llevaron a cabo.

Según el documento oficial del Expediente N° 14-2001, fechado el primero de julio de 2002 y disponible en copias certificadas en los folios 5038 a 5058 del cuaderno "J", se confirma que Montesinos Torres ejerció funciones de manera indebida en el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN). Se evidencia que, en su rol de asesor de inteligencia, tenía un control absoluto sobre los fondos destinados a acciones reservadas del SIN, los cuales utilizaba según su propio criterio y en beneficio del gobierno y de sus intereses personales. La información presentada por José Abel Villalobos Candela, jefe de la oficina de administración del SIN, detalla un incremento anual significativo en los ingresos del SIN, alcanzando un total de S/ 458'131,187.00 nuevos soles, de los cuales S/ 351'072,049.00 nuevos soles fueron utilizados en operaciones especiales, sin una justificación válida y bajo el amparo de las acciones reservadas. El jefe de administración del SIN distribuía mensualmente los fondos provenientes de instituciones estatales relacionadas con el interior y la defensa, así como de las Fuerzas Armadas, designados como reserva uno y reserva dos, lo que le permitía disponer de los fondos sin control y justificarlos posteriormente mediante normas administrativas de carácter secreto.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, el acusado tenía la capacidad de manejar fondos prácticamente sin supervisión y sin justificación más allá de la clasificación de gastos de inteligencia y la complicidad del jefe del ejecutivo. Su modus operandi incluía la entrega de diversas sumas de dinero a individuos específicos, de quienes esperaba obtener algún beneficio o atención especial, lo que constituye un uso inapropiado de fondos públicos, según lo establecido en el artículo 387 del Código Penal. Esta situación se confirma con los testimonios de Maruja Arce Guerrero y Matilde Pinchi Pinchi, así como con las declaraciones de los secretarios Ruiz Agüero y Ramos Viera, quienes coinciden en afirmar que Montesinos Torres entregaba sobres con dinero a diferentes personas.

En este contexto, se evidencia una estrecha relación entre Montesinos Torres y López Meneses, donde López Meneses tenía una presencia frecuente en el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), ya sea visitándolo o comunicándose por teléfono, y además recomendaba personas cuyas recomendaciones Montesinos no ignoraba. Según el testimonio de Matilde Pinchi Pinchi, en más de una ocasión, López Meneses recogió sobres con dinero provenientes de Montesinos, quien disponía de fondos del Estado para sus actividades ilícitas, en lugar de utilizar sus propios recursos. Por lo tanto, es cierta la complicidad de Oscar López Meneses en el mal uso de fondos públicos por parte de su coprocesado, ambos involucrados en el delito de peculado, uno como autor y el otro como cómplice.

Hasta este punto de la investigación, se han confirmado tres situaciones claramente definidas y probadas: la relación de amistad entre López Meneses y Montesinos Torres, el mal uso que Montesinos Torres hacía de fondos públicos y la falta de justificación del patrimonio de López Meneses y su pareja. Considerando este contexto y lo establecido hasta ahora, es suficiente para concluir que Montesinos Torres cometió el delito de peculado al desviar fondos públicos para beneficio personal o de terceros, siendo él quien asumía la administración de estos fondos de manera efectiva.

Además, Montesinos Torres no ha negado su implicación en la gestión de los fondos reservados del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), destinados a gastos confidenciales. Es evidente que parte de estos fondos los distribuía entre quienes trabajaban en el SIN a cambio de favores o compensaciones específicas. Esta conducta ha sido confirmada en varios procesos legales, reflejando el patrón de comportamiento que Montesinos solía emplear durante su tiempo en la asesoría del SIN. Aunque su posición en el SIN parecía carecer de importancia formal, le otorgaba un amplio control sobre asuntos de interés nacional y personal. Utilizaba estos fondos para influir en decisiones y obtener favores de personas poco escrupulosas. Muchas de estas acciones han sido procesadas, pero otras han quedado sin

descubrir, siendo solo conocidas por el acusado. Es crucial determinar si estas acciones constituyen el delito que se le imputa en este caso particular, lo cual se evaluará en la sentencia, al igual que la situación de los demás acusados.

La defensa de este acusado argumenta que Montesinos Torres está siendo procesado repetidamente por el delito de peculado, incluso habiendo sido condenado previamente por ese mismo delito. Esto se debe a que se le acusa de haberse apropiado en su beneficio personal o en el de terceros de fondos de las reservas uno y dos destinados a actividades confidenciales del SIN. La defensa sostiene que, dado que el delito de peculado es instantáneo y se consume en el momento en que se apropia o utiliza fondos del Estado, un mismo funcionario puede cometer múltiples delitos de peculado al aprovecharse en diferentes ocasiones de estos fondos. Cada acto delictivo constituye un hecho independiente, en función de las distintas circunstancias y contextos involucrados, por lo que el enjuiciamiento debe considerarse en relación con cada acción delictiva imputada. En este caso particular, se le acusa de haber desviado fondos del SIN para entregárselos a su cómplice López Meneses, quien habría adquirido diversos bienes. Este acto es singular, autónomo y diferente de los otros por los cuales ha sido condenado y está siendo juzgado.

La defensa de este acusado también argumenta que su cliente ha admitido otros delitos de peculado, pero no esté en particular. Según la defensa, si Montesinos Torres hubiera entregado dinero a López Meneses, lo habría reconocido, especialmente considerando que ya ha sido condenado por peculado y asociación para delinquir. Por lo tanto, la defensa sugiere que no habría ningún inconveniente en que reconociera este acto delictivo. Sin embargo, lo que la defensa no menciona es que, al reconocer su propia actividad delictiva, también estaría implicando la complicidad de su coacusado López Meneses. Como hemos observado anteriormente, Montesinos Torres ha mostrado un cuidado especial para no implicar a López Meneses en el delito. Aunque las razones detrás de esto no se han especificado, es innegable que la defensa que ha presentado en favor de su coacusado es especialmente significativa.

En cuanto a la evaluación jurídica, es importante señalar que el delito por el cual se acusa a los procesados es el peculado, siendo Montesinos Torres considerado como autor y los demás como cómplices. Por lo tanto, es necesario determinar jurídicamente si son responsables o no de la comisión del delito que se les imputa, así como establecer su grado de participación en cada caso. Esto se hace con el fin de determinar la medida punitiva que se debe imponer, teniendo en cuenta la doctrina penal y procesal, así como las normas legales aplicables. En caso de que no sean encontrados responsables, se deberá absolverlos de la acusación fiscal.

2.3.1 Diferencia entre el peculado y el delito de hurto

El peculado y el hurto comparten similitudes como delitos, pero se diferencian en que el peculado requiere que el perpetrador tenga una condición especial y que los bienes involucrados sean propiedad del Estado. Mientras que el hurto se clasifica como un delito contra el patrimonio en nuestro sistema legal, el peculado se considera un delito contra la administración pública. Esto se debe a que, además de afectar el patrimonio estatal, el peculado afecta el funcionamiento adecuado de la administración pública, lo que lo hace más grave que un simple hurto. En el presente caso, consideramos que el fundamento fáctico se podría encuadrar en el delito de hurto –debería ser materia de análisis-, y no en un delito funcional, en atención que Vladimiro Montesinos no es un funcionario público como tal.

2.3.2 Características del objeto sobre el que recae la acción

La teoría legal afirma que los fondos públicos involucrados en el delito de peculado deben estar bajo la percepción, administración o custodia del funcionario público debido a su posición oficial. Esto ha sido argumentado por la defensa de los acusados López Meneses y Montesinos Torres, quienes sostienen que el exasesor no estaba encargado de ninguna de esas responsabilidades, por lo que se le está atribuyendo erróneamente el delito de peculado. Además, señalan que la condena de Montesinos Torres por usurpación de funciones pone en duda su condición como funcionario público. Es un hecho establecido que Montesinos Torres efectivamente asumió de *facto* la gestión de fondos provenientes de varios organismos estatales para gastos reservados del SIN, bajo las designaciones de Reserva uno y Reserva dos. Por lo tanto, debemos analizar si la conducta de Montesinos Torres, en su capacidad en ese momento como funcionario público, constituye o no el delito de peculado

2.3.3 El administrador de hecho o de facto: Exigencias para la configuración del concepto de autor

El Colegiado y la Suprema Corte de la República han dejado claro que la posición de *facto* asumida por Montesinos Torres como custodio y administrador de los fondos públicos se ajusta plenamente al tipo penal establecido en el artículo 387 del Código Penal. Esto se debe a que el requisito legal no se limita a una competencia formal y legal como administrador o custodio, sino que se refiere de manera amplia a la posibilidad real y concreta de disponibilidad que tenga un funcionario sobre los bienes públicos. En otras palabras, la responsabilidad no depende exclusivamente de la atribución legal formal del funcionario, sino que se refiere al funcionario que, debido al cargo que ocupa, tiene esa capacidad de disposición. La normativa penal no hace distinciones explícitas al respecto, por lo que, al

interpretarla, no es adecuado hacer distinciones donde la ley no las hace. Por lo tanto, esta conexión abarca incluso la relación de hecho entre el funcionario y el patrimonio estatal.

Por tanto, se deduce que el perpetrador del delito de peculado debe ser un funcionario público, responsable de la custodia o administración de los fondos estatales. Esta afirmación se fundamenta en una comprensión adecuada del bien jurídico protegido por dicho delito, que se relaciona con la confianza que el Estado deposita en un individuo para el manejo adecuado de los fondos públicos. Cuando esta confianza se traiciona, se produce un abuso que resulta en un uso indebido del dinero público.

2.3.4 Principio de primacía de la realidad

La regulación se refiere al servidor público al que se le asignen, debido a su posición, la gestión, manejo o resguardo de los fondos o bienes pertenecientes al erario público. En el caso de Montesinos Torres, debido al cargo de *facto* que ocupaba, tenía la responsabilidad de administrar los fondos del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), una realidad que todos en el SIN reconocían como establecida. Por lo tanto, creemos que se viola el principio delineado en el artículo III del título preliminar del Código Penal. Según lo establecido en el artículo 425° del Código Penal, es crucial para la normativa que el individuo en cuestión sea un funcionario público, categoría en la que Montesinos Torres se encuentra. Aunque es cierto que formalmente este acusado no tenía asignada la gestión, custodia o manejo de los fondos estatales, tampoco estaba autorizado para dirigir el SIN, ya que su nombramiento era de asesor. Sin embargo, es innegable que ejerció el liderazgo del SIN como parte de sus responsabilidades laborales, y en esa capacidad, tuvo a su cargo la gestión, manejo y resguardo del dinero destinado a los gastos reservados del servicio de inteligencia nacional. Esto no lo convierte en un sujeto activo pleno del delito descrito en el artículo 387° del Código Penal, es decir por más cargo que ejerza en la realidad, no debe violar principios constitucionales, como es el de legalidad.

Entonces, si bien es verdad que el Estado confió el manejo de esos fondos a esta persona y esa confianza ha sido defraudada, dicha administración fue por muchos años, habiendo adquirido condición de validez y legalidad ese ejercicio funcional, sin embargo dicho comportamiento no se adecua de manera cabal al propósito normativo antes citado – peculado-, en consecuencia reiteramos nuestra posición dogmática de no admitir como autor de delito de peculado al funcionario público que de *facto* asume las funciones de administración del patrimonio del Estado, lo podríamos imputar como delito de hurto, en concurso del delito de usurpador de funciones, esto último es debatible.

En este contexto, el Estado tiene el legítimo derecho de salvaguardar su patrimonio contra cualquier tipo de amenaza, ya sea externa o interna, y especialmente de aquellos individuos que, siendo parte de esa administración, hacen un uso indebido de los recursos públicos; no obstante también es cierto que no podríamos andar atribuyendo los delitos por ahí sin que se cumplan los elementos objetivos del tipo penal, máxime si en la administración pública es muy frecuente que exista cierta y real posibilidad que servidores públicos que asumen funciones de administración del patrimonio estatal por la fuerza de las circunstancias o de hecho por ejemplo en caso de ausencia, incapacidad o renuencia de los autorizados por la Ley para esa labor, actos de administración plenamente válidos tanto positiva como negativamente. Ello provocaría una total inseguridad jurídica.

2.3.5 Determinación de la pena

El Ministerio Público sugiere que, habiéndose determinado la responsabilidad penal de Vladimiro Montesinos Torres como autor del delito de peculado contra el Estado, se le condene a una pena de 10 años de prisión, junto con las sanciones accesorias establecidas por la ley.

Además, se debe conceder una compensación civil que incluya el reembolso del perjuicio causado y la restitución de los bienes obtenidos de manera ilícita a su valor original, lo que la convierte en una medida tanto restitutiva como compensatoria. En esta última categoría, se deben considerar todas las responsabilidades que incumben a quien causa un daño, incluyendo el lucro cesante, el daño moral y el daño material. En este contexto, se debe determinar una cantidad estimada que satisfaga todas estas obligaciones derivadas de la responsabilidad penal, las cuales deben ser evaluadas de acuerdo con los criterios normativos establecidos en los artículos 92, 93, 94, 95, 96, 97 y siguientes del Código Penal.

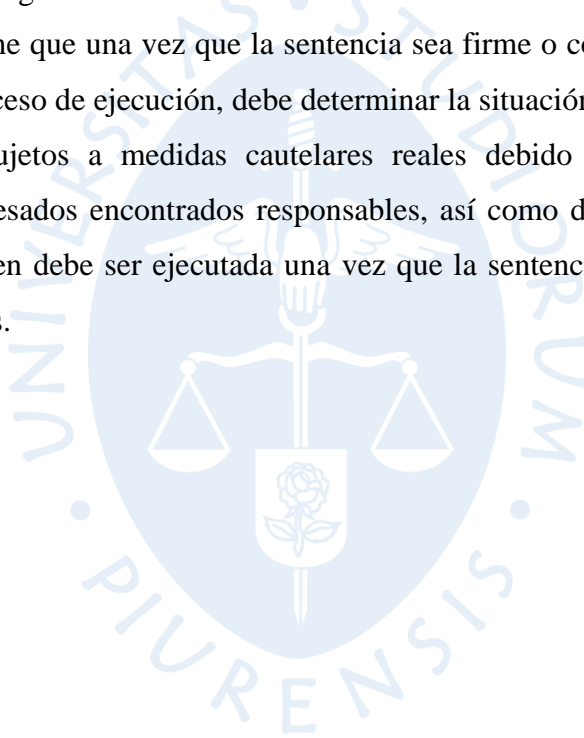
El monto que Montesinos Torres debe reembolsar al Estado se determina en base al beneficio cuantificado que ha proporcionado a López Meneses y Vargas Amiel, que en total asciende a más de medio millón de dólares. A pesar de que existe evidencia directa de la entrega de un sobre con \$150,000.00, también se ha mencionado la entrega de dinero en varias ocasiones. El déficit patrimonial de López Meneses supera el millón de dólares, mientras que el de Vargas Amiel supera los \$300,000. En conjunto, suman \$800,000. Este sería el monto estimado que Montesinos Torres y López Meneses están obligados solidariamente a reembolsar. Además, deben pagar una cantidad adicional como compensación por el daño causado al Estado.

2.3.6 Resolución

Vladimiro Lenin Montesinos Torres ha sido condenado como autor del delito de peculado contra la administración pública en perjuicio del Estado. La sentencia impone una pena de ocho años de prisión, la cual comenzará a computarse desde el veinte de agosto de dos mil uno, fecha en que se le notificó el mandato de detención en este caso, y finalizará el diecinueve de agosto de dos mil nueve. Además, se ha establecido una pena de inhabilitación por tres años para cada uno de los condenados, impidiéndoles ejercer cargos públicos, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 1 y 2 del artículo 426° del Código Penal.

En cuanto a la reparación civil, se ha determinado que los condenados deben abonar de manera solidaria la suma de cuatro millones trescientos mil nuevos soles. A Montesinos Torres le corresponde pagar dos millones cuatrocientos mil nuevos soles de esta cantidad.

La orden dispone que una vez que la sentencia sea firme o consentida, el juzgado que llevó el caso, en el proceso de ejecución, debe determinar la situación legal de cada uno de los bienes que estaban sujetos a medidas cautelares reales debido a esta sentencia y que pertenecían a los procesados encontrados responsables, así como de los terceros civilmente responsables. Esta orden debe ser ejecutada una vez que la sentencia esté firme o haya sido aceptada sin objeciones.



Capítulo 3

Análisis crítico de la figura de funcionario *facto* como una anomalía en el sistema jurídico peruano

En la actualidad, cada vez se encuentra más normalizado que accedan al poder personas corruptas, que buscan un enriquecimiento propio y no el bien común, desde altos funcionarios ya sea presidente de la República, ministros, congresistas, gobernadores regionales, alcaldes; hasta personas ajenas a la administración pública –*extranei*- que se aprovechan de la investidura y cuyo único propósito en mente es defraudar al Estado.

Por su parte, Abello y Arévalo (2022) sostienen que la corrupción puede estructurarse como un acontecimiento no solo nacional, sino que va más allá y se ve reflejado desde la responsabilidad internacional del Estado, pues la manera en la cual se manifiesta corresponde a violaciones al derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, la afectación que causa la corrupción instaurada en el Estado no sólo efectúa daños de forma interna sino también a nivel global por ser contraria a lo suscrito por el instrumento universal de Derechos Humanos.

En virtud de ello, se emplea con mayor frecuencia el término de corrupción, el cual tiene múltiples significados, convirtiéndose en un concepto complejo y extenso de explicar; mucha tinta se ha escrito sobre dicho fenómeno, por citar a Herrera et al. (2023) sostiene que es una problemática que gira en torno a un factor socioeconómico y su consecuencia directa es la afectación a la población. Precisamente, es en la celebración de contratos públicos donde últimamente se consuman tipos penales por corrupción de funcionario en Latinoamérica.

Según Quispe (2021) advierte que es un fenómeno que alteró a la región en los tres últimos años, siendo entre los principales países afectados, el Perú. Además, se menciona que las causas que impulsan el fenómeno a nivel nacional implican una ausencia de liderazgo en el ámbito político, así como la ausencia de compromiso de las autoridades políticas para consolidar y desarrollar sus funciones en la línea de las normativas; por último, se estima que la falta de órganos de control efectivo representa un factor que incide en el aumento de los niveles de corrupción. Una de las formas para hacer frente al fenómeno de la corrupción es la tipificación penal de conductas lesivas a la administración pública. En virtud de ello, según Rodríguez (2017) se han creado diversas normas, leyes, artículos, entre otros con la finalidad de hacer frente a este problema.

Ahora, repárese en lo siguiente, en el ordenamiento jurídico peruano surge una disyuntiva respecto a un término que compromete a dos ramas, penal y administrativo, se trata del funcionario público que presenta acepciones distintas, precisamente por comprender

enfoques jurídicos de diferente naturaleza. Sin embargo, existen quienes consideran que se debería unificarse el concepto de funcionario público y, de otro lado, un sector que considera razonable conservar la separación que prima en el sistema jurídico nacional, el autor de esta investigación se inclina por esta última postura. De ahí surge la necesidad de estudiar la figura del funcionario público que es uno de los actores principales de este problema, sobre todo por ser el que se encuentra diariamente frente a la corrupción.

Al respecto, la sociedad peruana se encuentra asqueada de tanta corrupción, por lo que exigen mayores sanciones para castigar a quienes cometan estos ilícitos, ello motiva al legislador peruano adoptar medidas político-criminales más severas, tales como imprescriptibilidad, inhabilitaciones perpetuas o comúnmente llamadas “muerte civil”, aumento de penas, así como el adelantamiento de la intervención penal. Tal como nos dice Vélchez Chinchayán (2021) que hemos llegado incluso a un estado en el que la población está –con razón- escéptica e incluso rechaza cualquier respuesta (jurídica) que no sea la cárcel.

Asimismo, según Rodríguez (2017) indica que se han creado diversas normas, leyes, artículos, entre otros con la finalidad de hacer frente a este problema para combatir *-o al menos disminuir-* la corrupción, que va desde atribuir conductas que lesionan bienes jurídicos que afectan al propio Estado, hasta personas que sin tener la relación funcional regular con la entidad genera un grado de irreprochabilidad que hace necesario que sus conductas no queden impunes, y por ende se busca “estirar” al máximo el término funcionario público con el fin de abarcarlos como sujetos activos y por ende le sea aplicable la justicia anticorrupción dando origen así al funcionario de *facto*.

Siguiendo esa línea, resulta conveniente enfatizar sobre la figura del funcionario público de *facto* que según Bermúdez (2017) fue creada por el derecho administrativo, con el objetivo de brindar una protección garantizada a los ciudadanos que confían plenamente en la autoridad de un funcionario, que aun cuando no dispone de un título reconocido formalmente, según la primacía de la realidad sí lo es; pese a ello dicha figura en la actualidad ha sido asimilada por el derecho penal, un claro ejemplo de la aplicación de esta figura en el derecho penal es el caso de del ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, el señor Vladimiro Montesinos Torres pues fue condenado como autor del delito de peculado doloso por apropiación. Desde la situación ocurrida, constituye una figura de gran relevancia que amerita un análisis debido a que, Montesinos se configuró como un funcionario de *facto*, constituyéndose como un precedente importante a revisar.

La incorporación de la figura del funcionario de hecho conlleva a otorgar la investidura de funcionario público; no obstante, es una problemática que reside en el intento

de reconocer legamente dicho cargo, debido a que se produciría una grave anomalía en la rama del derecho estudiado, el cual tiene como gran velo y sustento el principio de legalidad, pues si nos regimos a rajatabla bajo ese principio estaríamos ante una circunstancia atípica. Y como si no fuera suficiente, el problema comentado tiene una similitud con el delito de usurpación como una conducta antijurídica tipificada mediante el CP en su artículo 361 que sanciona al sujeto que usurpa una función pública o una facultad para ordenar en el rango militar o policía, o quien, encontrándose en estado de destitución, cesación, suspensión o subrogación, permanece en ejercicio.

De lo expuesto, surge la necesidad de esclarecer la figura del funcionario de *facto* en los delitos contra la Administración Pública, siendo fundamental analizar la problemática, empleando para ello jurisprudencia y precedentes que contribuyan a fortalecer la postura del autor, o de ser el caso, proponer una nueva teoría que permita armonizar la doctrina.

3.1 El funcionario de *facto* un concepto que incompatible con un Estado Constitucional de Derecho

Al respecto, cabe mencionar que, en un Estado Constitucional de Derecho, el principio de dignidad humana, la limitación del poder, la sujeción de los gobernantes, autoridades y gobernados al imperio de la ley, son primordiales para la conservación de una cultura jurídica y política. A juicio de Salcedo (2020) se trata de un Estado que rompe con los antiguos paradigmas enunciados en el Estado Legal de Derecho; en la actualidad constituye un desafío para sociedades modernas, precisamente porque sanciona todo acto y poder arbitrario que tenga como finalidad quebrantarlo, pues solo de esta manera puede garantizarse una sociedad política y jurídicamente organizada.

Desde esta perspectiva doctrinal, en un Estado Constitucional de Derecho no se admite, primordialmente, la trasgresión a principios fundamentales como el de legalidad y de supremacía constitucional, en la medida que el Estado se subordina a la carta magna como una normativa *sui generis*, hecho que la sitúa como una norma de obligatorio cumplimiento y sobre la cual, la ley, personas, autoridades, gobernantes o cualquier otro poder constituido están sujetas en igualdad de condiciones. Sin embargo, todo este sistema llega a cuestionarse cuando la presencia de figuras jurídicas como el funcionario de hecho nacen. Desde el punto de vista de la gran mayoría de autores citados, se trata de una anomalía de carácter estructural o de etiología política.

Como se ha visto, se trata de un fenómeno que surgió durante la etapa de gobierno del presidente Alberto Fujimori Fujimori. De modo que, resulta carente de lógica que, en un Estado Constitucional de Derecho, se sancionen a personajes que no disponen de la

investidura pública y se les atribuya la denominación de funcionarios de *facto*, por actos de dirección o control de la Administración Pública, según sostiene Rodríguez (2017).

Por ende, cuando en un Estado que reúne tales cualidades, se reconoce de forma legal o se tienen el animus de regular, la figura de un funcionario de *facto* se estaría dando cabida al reconocimiento de próximas anomalías en el sistema jurídico, que como se señaló con anterioridad, se pretende velar bajo el principio de legalidad, aun cuando presenta diversas notas de atipicidad. Esto nos situaría en un escenario donde nuevamente sean cometidas tales irregularidades.

Recordemos que, el principio de legalidad está definido como la primacía normativa, donde se somete el poder público a la voluntad descrita en la ley, con el propósito de cristalizar la seguridad jurídica (Cristóbal, 2020). Es estimada como una restricción al poder punitivo del Estado, en tanto que, solo podrá sancionarse penalmente al sujeto que, efectúe una conducta prevista como ilícito penal por la ley penal, de lo contrario, no existiría ningún fundamento para limitar derechos constitucionales por la acción penal. Asimismo, es a través de este principio que se desligan dos condiciones que restringen y controlan la potestad que goza el Estado para criminalizar este tipo de conductas, la primer consiste en la facultad que posee el legislador de crear la ley penal y, de otro lado, la obligación de detallar y precisar la conducta proscrita de forma completa, concreta y clara.

Frente a esta problemática, es idóneo recalcar que, de acuerdo con la teoría de división de poderes que consiste en un procedimiento orientada a la búsqueda de un equilibrio entre el poder; armonizar la fuerza del poder ha implicado organizar el Estado peruano en tres poderes autónomos, el poder ejecutivo, judicial y legislativo. La especial consideración, por el fenómeno en cuestión, la aborda el poder legislativo que, constituye el único facultado para elaborar normas y ejercer un control político respecto a las acciones desarrollados por el Poder Ejecutivo mediante mecanismos consagrados en la norma constitucional.

Esto conllevaría a precisar, que el concepto de funcionario público no solo no es compatible con el Estado Constitucional de Derecho y el principio de legalidad, sino que además vulnera la división de poderes, pues se refleja que es el propio Poder Judicial quien desarticula y desnaturaliza el concepto de funcionario público, lo cual transgrede la coordinación que debe prevalecer entre los poderes que conforman el Estado.

3.2 La prohibición de aplicar la analogía *in malam parte*

En otro extremo, cabe subrayar que se trata de una analogía *in malam parte*, que como se mencionó está proscrito en el ordenamiento jurídico peruano. Se pudo verificar que el concepto de funcionario de *facto*, que aparentemente se desprende del término funcionario

público, en realidad es una analogía rechazada. Por lo tanto, si bien es cierto se estima como lícita la aplicación de la norma penal que no supera o excede los límites que tolera la aplicación de su tenor literal, deberá de distinguirse aquello que implica una interpretación jurídica, de lo que podría comprender una analogía.

Cabe anotar que, la interpretación es necesaria porque pretende hallar o desentrañar el significado que le ha atribuido el legislador a una ley, por tanto, a partir de ella se encuentra la razonabilidad en la norma jurídica. Entonces quiere decir que, implica que a un conjunto de supuestos se le atribuya un sentido literal, porque precisamente se ajusta a aquel; a diferencia de la analogía que es aplicada a causa de una escasa claridad de los supuestos en el marco del sentido literal posible, por no estar delimitado o porque excede su tenor literal y va más allá del alcance jurídico – social de los términos.

Por ello, es importante incidir que, al aplicar esta analogía *in malam parte*, se estaría atentando en contra del principio estipulado en la norma constitucional artículo 139 inciso 9, que reconoce que una norma determina las excepciones o limitaciones de derechos a los que no deberá de aplicarse la analogía. A su vez, mediante el Código Penal se reguló que la analogía no es admitida para la rama del derecho penal, cuando esta se oriente a la calificación de un hecho como ilícito penal o falta, para determinar un estado de peligrosidad o establecer una pena o medida de seguridad. En suma, los cuerpos normativos citados destacan su reprochabilidad por la analogía *in malam parte* aplicada.

Ahora, en cuanto al principio de legalidad, el funcionario de *facto* como concepto o figura jurídica atenta contra el citado precepto. En virtud del análisis del mandato de determinación, se delimitó que, en cada tipo penal se precisa un proceso de valoración de este término. Precisamente, se destacó que no es suficiente que un particular goce del cargo de funcionario público, es decir que disponga del título habilitante, así como la participación de la función pública, sino que adicionalmente deberá de disponer de la aptitud para ser un sujeto activo en cada uno de los ilícitos penal que se configuran contra la Administración Pública. Por ende, se entiende que este concepto no atiende a un correcto proceso de valoración y vislumbra su afectación al principio incoado.

De acuerdo con Benítez (2021) en el derecho penal económico, es una figura aceptada e instaurada; no cabe duda de que no puede ser aplicada para los delitos de infracción del deber, pues se trataría en todo caso de sujetos que no gozan del velo de la función pública. Además, el autor menciona a partir de lo comentado por Cavero, que se cierra la posibilidad de configurar como funcionario de *facto* a quien no posee un deber respecto a la Administración Pública.

Seguidamente, Zamora (2021) sostiene que la norma jurídico penal tiene carácter vinculante para los magistrados, debiendo tomar en cuenta el principio de tipicidad que proscribire la analogía. Por lo tanto, cuando los magistrados han sancionado como funcionarios de *facto* a los imputados que no gozaban de tal investidura, estarían atentando en contra de la norma, del principio de legalidad y de tipicidad. De otro lado, la pena o sanción exige que la conducta reprochable sea típica y en caso de existir de por medio una interpretación, esta deberá tener un sentido literal.

3.3 Lesiona el principio de legalidad

Por último, a efectos de concluir con el presente estudio, se logró comprobar que el funcionario de hecho es un concepto que incumple con el principio de legalidad, tipicidad y es fruto de una analogía *in malam parte*, lesionando las bases y fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho y la división de poderes; por ende, esto se traduce de la siguiente manera:

Es incorrecta la apreciación jurisprudencial que plantearon los magistrados en el Caso de Vladimiro Montesino y los siguientes, donde se atribuyó la calidad de funcionario público de *facto* a un sujeto que ni gozando de la función pública, podría ser catalogado de tal manera. Por ello, es que, a nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacó que deberá operar en el estudio de casos, la tipificación, el enjuiciamiento, ejecución, cumpliendo con las exigencias del principio de legalidad en cada uno de los supuestos.

Sin embargo, esta lesión de derechos no solo estuvo presente en la revisión de sentencia N° 503-2017-Callao, donde el condenado Julio Guillermo Lebrun Madge, fue sentenciado como cómplice primario del ilícito penal de peculado doloso, al atentar en contra del Cuerpo General de Bomberos, sancionándolo con una pena de un año y cuatro meses de pena privativa de la libertad. Fundamentando y motivando el fallo afirmando que, si bien es cierto el bombero no tiene calidad de funcionario o servidor público, es preciso tener en cuenta que, en primer término, son profesionales que intervienen en el ejercicio de la función pública y segundo, poseen un título de habilitación⁷, además de formar parte de un cuerpo jerarquizado.

⁷ En la Casación N° 442-2017-ICA la teoría del funcionario de *facto* se consagra como un fundamento para sancionar a Luis Alberto Gallegos Cáceres, como autor del delito de peculado, sancionándolo con una pena de cuatro años de libertad suspendida, mencionando que, en el caso expuesto, el imputado ingresó a la esfera de la Administración Pública sin respetar o cumplir con los requisitos observados por la norma. Siendo la situación administrativa irregular y el hecho cometido, la base legal para condenar al imputado, incidiendo en que se trata de una posesión del cargo, la existencia legal del mismo y la apariencia de legitimidad del título o nombramiento. Una jurisprudencia, como otras, que termina quebrantando el Estado Constitucional de Derecho, el principio de legalidad y la división de poderes, aplicándose la analogía *in malam parte*.

Similar contexto se presenta en la Casación N° 634-2015-Lima, que sostiene como un ineludible deber del magistrado, sancionar al agente que lesionó bienes jurídicos, especialmente cuando se tratan de infracciones penales en contra de la AP. Optándose en la citada jurisprudencia por enunciar que, si bien es cierto no puede atribuirse el delito de colusión a cualquier agente, es factible sancionar como autor de este, a quien bajo el principio de la primacía de la realidad es de *facto*, el responsable de convenir con un tercero para defraudar al Estado en el marco de la contratación pública, obra o servicio. En ese sentido, no cabe duda de que la aplicación del principio de legalidad penal no puede ser materia debatible, pues de lo contrario se estaría ponderando la presencia de figuras anómalas, por encima de la dignidad humana, vulnerando los derechos y libertades de la persona. Por tal razón bajo criterio del autor, es suficiente con emplear el artículo 361 del Código Penal sobre usurpación de funciones.



Conclusiones

Primero. – No resulta necesario utilizar penalmente la figura del funcionario de *facto*, por lo que es suficiente con emplear el artículo 361° del Código Penal sobre la usurpación de la función pública. En la medida que se trata de una figura jurídica atípica que lesiona la esencia de un Estado Constitucional de Derecho, el principio de legalidad, la división de poderes y constituye una analogía *in malam parte*.

Segundo. – El funcionario público, en la esfera penal, se inclina por adoptar una noción extensa referente al precepto de funcionario público. En ese sentido, son servidores o funcionarios públicos quienes ejerzan alguna función de confianza o política, inclusive si derivan de comicios; estén comprendidos dentro de la carrera administrativa; sean administradores y depositarios de caudales embargados o almacenados por la respectiva autoridad pese a ser parte de terceros; toda aquella persona que sostenga relación jornal o contractual de cualquier esencia con organismos e instituciones del Estado, más allá del régimen laboral en el cual se sitúe; los integrantes de las fuerzas del orden nacional; los escogidos, seleccionados o declarados solemnemente por la autoridad respectiva para realizar funciones o labores en nombre del país o de sus organismos; otros individuos señalados en la carta magna o la normativa.

Tercero. – El delito de usurpación de funciones es un ilícito penal que atenta en contra de la Administración Pública, es infringido por un particular donde se advierte el ejercicio indebido de actos propios de la competencia y funciones de un determinado perfil y categoría de funcionario o servidor público de ser el caso.

Cuarto. – El funcionario de *facto* es una figura incorporada a partir del caso de Vladimiro Montesinos donde se le imputó el delito de peculado doloso en calidad de autor, aun cuando carecía de la investidura de funcionario público. Sin embargo, es una figura atípica, al ser producto de la aplicación de una analogía *in malam parte* y que califica como una analogía rechazada.

Referencias

- Abello, R., y Arévalo, W. (Diciembre de 2022). Los actos de corrupción como violación del derecho internacional de los derechos humanos desde la responsabilidad internacional del Estado. *Estudios Constitucionales*, 20(2). <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000200164>
- Álvarez, J. (2019). *Estudio de los delitos de tráfico de influencias. Artículos 428, 429 y 430 del Código Penal español y 411 y 411A del Código Penal colombiano*. León: Universidad de León.
- Andrades, E. (19 de Noviembre de 2022). El delito de usurpación de profesión - Un vacío legal en el ordenamiento jurídico penal venezolano. *Revista Equidad*(5), 45-58. <http://revistas.unellez.edu.ve/index.php/Revequidad/article/view/2007>
- Aragón, S. (2017). La ineficacia del delito de usurpación para el perjudicado. *Fundación Dialnet*(760), 795-822. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5983113>
- Benítez, I. (2021). Delitos contra la constitución (III), "Delitos contra las instituciones del estado y la división de poderes" "Delitos contra las instituciones del Estado" "De la usurpación de atribuciones". *Sistema de derecho penal: parte especial*, 1411-1432. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8396010>
- Benítez, I. (2021). Delitos contra las instituciones del estado y la división de poderes "Delitos contra las instituciones del Estado" "De la usurpación de atribuciones". *Sistema de derecho penal: Parte especial*, 1411-1432. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8396010>
- Bermúdez, L. (2017). *Análisis sistemático de la dogmática penal del funcionario de hecho frente al usurpador de funciones, y su aplicación legal en el Código Penal Peruano - 2016*. Tesis para título, Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez", Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Juliaca. <https://es.scribd.com/document/395665504/Bermudez-Condori-Lino>
- Bohorquez, C., y Trujillo, N. (2023). *El funcionario de hecho bajo el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas y los efectos laborales de su declaratoria judicial en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Caballero, E. (Febrero de 2022). *El delito de usurpación en el sistema penal peruano*. Trabajo de investigación para título, Universidad Peruana de las Américas, Escuela Profesional de Derecho, Lima. <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/bitstream/handle/upa/2136/1.CABALLERO%2>

- OPINEDA%2c%20EDIBERTO%20RUBEN%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Chanjan, R. (Mayo de 2020). El concepto de "Funcionario Público" en el derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción. *Revista general de Derecho Penal*(33), 1-11. https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63589811/42248020200610-23504-1yluy2u-libre.pdf?1591822588=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEL_CONCEPTO_DE_FUNCIONARIO_PUBLICICO_EN_EL.pdf&Expires=1692915223&Signature=GQ6nqlxcPLvjsog2R9u~s9zbxB-yHmbdo
- Coca, S. (2020). *Aplicación analógica de la ley (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil)*. LP Pasión por el Derecho: <https://lpderecho.pe/aplicacion-analogica-ley-titulo-preliminar-codigo-civil/>
- Collazos, F. (2022). *El correcto análisis del concepto de funcionario público en el Derecho Peneal Peruano, 2021*. Tesis de maestría, Universidad César Vallejo, Escuela de Posgrado. Programa Académico Maestría en Derecho Procesal y Penal, Trujillo. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/89341/Collazos_GFM-SD.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Condori, R. (2019). *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Tesis, Lima. <https://repositorio.uigv.edu.pe/item/8fb5bf65-d869-47a4-a3ff-6b11f2184c2f>
- Congreso de la República del Perú. (2017). *Proyecto de Ley N° 1774-2017-MP*. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0177420170815.pdf
- Cordero, E. (2019). Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional. *Ius et Praxis*, 25(1). https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000100285
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2016). *Casación N° 956-2016-Áncash*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6ea3c6004ad4326e8d13cdd1306a5ccd/CS-SPT-C-956-2016-ANCASH.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6ea3c6004ad4326e8d13cdd1306a5ccd>
- Cristóbal, T. (2020). El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder del Estado. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 12(14), 249-266. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/267>

- Decreto Legislativo N° 276. (2013). *Promulgan la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público*.
<http://www.rree.gob.pe/elministerio/Documents/D.%20Leg.%20N%C2%B0%20276%20Ley%20de%20Bases%20de%20la%20Carrera%20Administrativa.pdf>
- Encina, E. (2022). El funcionario de hecho en Perú. *Enfoque Derecho*.
<https://enfoquederecho.com/el-funcionario-de-hecho-en-peru/>
- Garbich, D., y Infante, A. (Julio de 2023). *El perjuicio en el título XVIII del Código Penal: Una revisión al delito de abuso de autoridad, peculado y cohecho*. Tesis de título, Universidad de Piura, Piura. <https://pirhua.udep.edu.pe/item/0187b3c9-d229-4c71-893e-e2360e7ac9b8>
- García, P. (2022). *Delitos contra la Administración Pública. Debates fundamentales*. Gaceta Jurídica S.A. <https://isbn.bnpp.gob.pe/catalogo.php?mode=detalle&nt=129163>
- Guevara, S. (2022). *La ruptura de la unidad de la responsabilidad administrativa disciplinaria en la regulación peruana*. Tesis de título, Universidad de Lima, Facultad de Derecho.
<https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/15850/GUEVARA%20PEREZ%20%20SILVIA%20FLOR.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Gutiérrez, J. (2021). Conceptos básicos sobre el delito de usurpación de inmuebles. *Fundación Dialnet*(9763). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7701575>
- Herrera, D., Ureña, G., Atencio, G., Asprón, J., y Álvarez, A. (Febrero de 2023). Tecnología de información para lucha contra la corrupción: análisis de contratación pública contarriquense. *Revista de Administración Pública*, 51(1).
<https://doi.org/https://doi.org/10.1590/0034-761220220126>
- Machi, L., y Machi, E. (Julio de 2017). Aplicación de los principios de "Ética de la función pública" y de "imparcialidad en el ejercicio de la función" en situaciones en que la administración ejerce potestades discrecionales. *Revista de derecho público*(51), 47-62. <http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/51/44>
- Meini, I. (2018). Función pública y funcionario público en Derecho Penal. *Revista de Derecho Penal*(26). <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/506>
- Méndez, A., y Mejía, A. (2019). *Importancia de implementar un proceso administrativo único para la administración pública*. Quito, Ecuador. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Área de Derecho, Quito.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6995/1/T3001-MDA-Me>

- Monroy, S. (2018). *Delitos de corrupción de funcionarios públicos y su incidencia en la gestión pública de la Provincia de Puno periodo 2018-2019*. <http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/1902/PROYECTO%20DE%20INVESTIGACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Monzón, F. (2020). La noción jurídica de funcionario público. Contribución teórica a un debate perenne. *Revista Académica*, 92(2), 22-47. <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/248573/37172>
- Morales, A. (2019). *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre el delito de usurpación agravada, en el Expediente N° 00199-2011 del Distrito Judicial de Ancash*. Tesis para título, Universidad Católica Los Ángeles Chimbote, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Huaraz. https://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13032/14427/DELITO_USURPACION_MORALES_HUANE_ANA_MARIBEL.pdf?sequence=4&isAllowed=y
- Moreno, J. (2021). El funcionario de facto en el derecho penal peruano. *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/el-funcionario-de-facto-en-el-derecho-penal-peruano/>
- Normas Legales. (2004). *Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público*. Diario El Peruano: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_per_26_ley_28175.pdf
- Normas Legales. (2013). *Ley N° 30124, Ley que modifica el artículo 425° del Código Penal, referido al concepto de funcionario o servidor público*. El Peruano: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_per_33_ley_30124.pdf
- Pacheco, D. (2019). *¿Cómo se configura el delito de usurpación de funciones? [Casación 956-2016, Ancash]*. LP Pasión por el Derecho: <https://lpderecho.pe/como-configura-delito-usurpacion-funciones-casacion-956-2016-ancash/>
- Paredes, B. (2017). *Delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos en los gobiernos locales*. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- Picón, A. (Diciembre de 2018). Incompetencia manifiesta y usurpación de funciones. *Nueva Época. Comunicaciones e Iniciativas*(5), 179-185. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10620/11423>
- Prunotto, A. (2020). Recepción de la analogía en el derecho penal. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Rosario*(7). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5028463.pdf>

- Quispe, D. (2022). Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. *Revista Lex*, 20(30), 125-142. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/2442/2461>
- Quispe, E. (01 de Julio de 2021). Corrupción, conflictos y crisis de gobernabilidad democrática en Puno, Perú. *Trabajo y Sociedad*, 22(37). http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1514-68712021000200419&lang=es
- Reátegui, J. (2021). *Todo lo que debes saber del delito de usurpación de funciones*. <https://lpderecho.pe/delito-de-usurpacion-de-autoridad/>
- Ríos, L. (2018). El desequilibrio de los poderes. *Revista de Derecho Público*, 169-190. <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/51257/53672>
- Rodas, Y. (2022). *Imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la Administración Pública y la lesión de derechos fundamentales - Perú 2021-2022*. Tesis de Doctor en Derecho, Universidad César Vallejo, Escuela de Posgrado, Trujillo. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/103895/Rodas_MYY-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rodríguez, F. (2020). Estudio jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito de usurpación del artículo 245 CP. *Cuadernos de política criminal* (132), 191-223. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7955849>
- Rodríguez, G. (2017). *El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del "funcionario de hecho" en los delitos contra la administración pública*. Tesis de maestría, Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Pontificia, Lima. <https://tesis.pucp.edu.pe/items/6eb06fd9-d957-4949-ac44-d35cc080cca8>
- Rodríguez, M., y Morón, E. (2016). Los delitos de usurpación de atribuciones. *Tratado de derecho penal*, 363-378. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5432814>
- Rojas, A. (2021). *Corrupción de funcionarios y la gestión pública en el sistema educativo de la provincia de Huaura, 2012 – 2013*. Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, Huacho.
- Salcedo, F. (2020). *Buscando el Estado Constitucional de Derecho en el Perú*. Diario Constitucional: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/buscando-el-estado-constitucional-de-derecho-en-el-peru/>

- Salinas, R. (2018). *Delitos contra la Administración Pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana*.
https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2._int._d._adm._publica.pdf
- Silva, M. (2023). *El procedimiento preventivo y el delito de usurpación, distrito fiscal Amazonas, año 2021*. Tesis para Maestría, Universidad César Vallejo, Escuela de Posgrado. Maestría en Derecho Penal y Procesal, Trujillo.
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/110082/Silva_VMG-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- SPIJ, S. P. (1990). *Decreto Supremo N° 005-90-PCM. Reglamento de la Carrera Administrativa*.
https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/DECRETO_SUPREMO_005-90-PCM.pdf
- Tribunal Constitucional. (2005). *Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2289-2005-PHC/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02289-2005-HC.html>
- Vignolo, O. (2022). Derecho penal y administrativo. El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática. *Revista de Derecho Público: teoría y método*(15), 7-36.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8196185>
- Vílchez Chinchayán, R. (2021). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editores del Centro E.I.R.L.
- Vilela, Y. (2022). *Inactividad de la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa en diligencias preliminares y delitos de usurpación en la provincia de Contralmirante Villar - 2021*. Tesis para título, Universidad Nacional de Tumbes, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Tumbes.
<https://repositorio.untumbes.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12874/64107/TESIS%20-%20VILELA%20ARANDA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Zamora, J. (2021). *El fundamento legal para la utilización de la teoría del funcionario administrador de facto en el derecho penal*. Tesis para título, Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho y Humanidades, Chiclayo.
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/71356/Zamora_QJJ-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y