



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

**La llamada figura del funcionario público y funcionario de  
hecho**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Lourdes Marianella Juárez Coello**

**Asesor(es):  
Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán**

**Piura, enero de 2025**

## **Aprobación**

La tesis titulada “La llamada figura del funcionario público y funcionario de hecho”, presentada por la bachiller Lourdes Marianella Juárez Coello en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán.



---

Director de Tesis



### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Lourdes Marianella Juárez Coello, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 72557404, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

**“La llamada figura del funcionario público y funcionario de hecho”**

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

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

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. Ronald Henry Vílchez 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: 12/11/2024.



.....  
*Firma del autor<sup>1</sup>*



.....  
*Firma del asesor<sup>1</sup>*

.....  
*Firma del co-asesor<sup>1</sup>*

.....  
*Firma del co-asesor<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

## **Dedicatoria**

A mis queridos abuelos Jacinto y Domitila, por todo su amor.



## **Agradecimientos**

A Dios y la Virgen María por guiar cada uno de mis pasos.

A mis padres Raúl y Marianella por educarme con amor, sacrificio y rectitud para crecer día a día en el ámbito personal y profesional.

A mi hermana Patricia por apoyarme en este camino académico con mucho optimismo.

A mi asesor de tesis y docentes de la facultad por todos sus aprendizajes enseñados durante mi formación académica.

A todos aquellos que con cariño y aliento me han apoyado en este largo camino.



## Resumen

La presente investigación tiene como finalidad realizar un análisis desde el punto de vista del Derecho penal sobre la figura del funcionario público, teniendo como punto de partida y con fines netamente académicos lo establecido por el Derecho administrativo, dado que su origen nace en dicha rama. Posteriormente, se realizará un estudio sobre lo establecido por los diversos sectores de la doctrina respecto al entendimiento del funcionario público, así como el análisis de lo establecido en el artículo 425 del Código penal y lo resuelto en la jurisprudencia mediante la Casación N°634-2015-Lima. Con ello, se permitirá comprender la concepción amplia que se tiene sobre esta figura de modo que sea viable y se pueda calificar como tal a un sujeto activo en los delitos de corrupción de funcionarios sin dejar espacios de impunidad, así como también la necesidad de establecer determinados parámetros en el que se logre establecer límites y no caer en el llamado Derecho penal del enemigo.

En esta línea de ideas, al adoptar esta concepción amplia y autónoma para calificar a un determinado sujeto como funcionario público, traerá a colación el estudio del llamado funcionario de facto, entendido como aquel sujeto que ejerce funciones públicas pero que por algún defecto posee un título habilitante que deviene en nulo. De lo cual, se entenderá la necesidad de cumplir con los requisitos formales y materiales, aunado a los mencionados por la jurisprudencia para su configuración a propósito de la Casación N°442-2017-ICA. En mérito a ello, se analizará cual es la verdadera naturaleza de esta figura, su desarrollo que cabría dársele de ser viable en el Derecho penal, así como los criterios delimitadores que deben tenerse presentes para que pueda calificar como tal.

Con ello, hacia la búsqueda de tener una aproximación más clara para lograr identificar a un funcionario de facto y que permita finalmente determinar la correcta aplicación o no del funcionario de hecho, se realizará un estudio a la luz de los casos emblemáticos como Bedoya de Vivanco y el caso Gasoducto Sur Peruano, siendo que sobre este último aún no existe pronunciamiento definitivo.

## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo 1 Enfoque de la figura del funcionario público en el Derecho Penal .....</b>	<b>11</b>
1.1 El problema del autor en los delitos contra la Administración pública .....	12
1.2 Punto de origen como cuestión previa .....	13
1.2.1 Requisitos del funcionario público en el derecho administrativo .....	14
1.3 Marco Normativo .....	14
1.3.1 Constitución Política.....	15
1.3.2 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción .....	16
1.3.3 Código Penal.....	17
1.4 ¿Una interpretación autónoma o accesoria?.....	20
1.4.1 Postura Amplia .....	20
1.4.2 Postura Estricta .....	24
1.5 Posición de la Corte Suprema .....	26
1.5.1 Análisis del caso los Bomberos .....	26
1.6 Importancia de la determinación del funcionario público.....	28
1.7 ¿Límite alguno?.....	29
1.8 Balance parcial .....	30
<b>Capítulo 2 Enfoque de la figura del funcionario de hecho en el Derecho Penal .....</b>	<b>32</b>
2.1 Origen y desarrollo en el Derecho administrativo .....	32
2.2 Doctrina del estudio del funcionario de hecho en el Derecho penal .....	33
2.3 Principales alcances del funcionario de hecho .....	38
2.4 Aspectos diferenciadores con el delito de Usurpación de funciones .....	40
2.4.1 Breve repaso del delito de Usurpación de funciones.....	40
2.4.2 Diferencias en contraste con la figura del funcionario de hecho.....	41
2.5 Desarrollo Jurisprudencial Casación N°442-2017-ICA.....	42
2.5.1 Hechos del caso .....	43

2.5.2	Análisis del caso .....	44
2.6	Una mirada al panorama del funcionario de hecho.....	45
2.7	¿Usurpación de funciones como punto de salida? ¿Colisión de dos figuras? .....	47
2.8	¿Funcionario de hecho como figura independiente? .....	48
2.9	Propuesta interpretativa.....	48
2.10	Balance parcial .....	53
<b>Capítulo 3 Casos emblemáticos.....</b>		<b>56</b>
3.1	A la luz del caso “Bedoya de Vivanco”.....	56
3.1.1	Un recuento de lo que pasó.....	56
3.1.2	Análisis del caso .....	57
3.1.3	¿Funcionario o usurpador de funciones? .....	61
3.2	A la luz del caso “Gasoducto”.....	64
3.2.1	Hechos imputados a Nadine Heredia Alarcón por el caso Gasoducto Sur Peruano .....	65
3.2.2	Análisis del caso.....	67
3.3	Balance Parcial.....	79
<b>Conclusiones .....</b>		<b>81</b>
<b>Abreviaturas y Leyes en concordancias .....</b>		<b>83</b>
<b>Referencias.....</b>		<b>84</b>
<b>Jurisprudencia y leyes.....</b>		<b>87</b>

## Introducción

La calificación como funcionario público a efectos penales, constituye la piedra angular sobre la cual se abre la posibilidad de poder sancionársele a un determinado sujeto por un delito contra la Administración pública según lo contemplado en su mayoría en los artículos del Título XVIII del Código Penal Peruano. Por lo que, establecer la concepción que se tiene en el Derecho penal sobre un funcionario público será determinante, de tal modo que no se dejen espacios de impunidad respecto de actuaciones indebidas que merecen ser sancionadas penalmente y que con ello afecten al correcto funcionamiento de la Administración pública; ni que en el otro extremo se busque sancionar con desmedida atendiendo al llamado Derecho penal del enemigo.

En este sentido, en la presente investigación se desarrollará en su primer capítulo, el enfoque de la figura del funcionario público en el Derecho penal, teniendo como punto de origen y fines académicos, lo establecido en el Derecho administrativo al nacer dicha figura en esta rama del derecho. Posteriormente, se estudiarán las distintas posturas mayoritarias y minoritarias sobre la concepción del funcionario público a efectos penales, así como la línea interpretativa dada por la jurisprudencia mediante la Casación 634-2015-Lima con el llamado caso los bomberos. Con ello, se logrará determinar que en el Derecho penal se adoptará una concepción amplia del funcionario de hecho y autónoma en comparación a lo desarrollado en el Derecho administrativo, atendiendo al fin perseguido, el cual será el deber positivo del sujeto sobre la base de deberes institucionales que permita proteger los fines estatales. No obstante, sobre dicha amplitud y autonomía se establecerán parámetros sobre su desarrollo, teniendo como esenciales requisitos la existencia de un título habilitante y el correcto de ejercicio de funciones.

Respecto a ello, al admitirse una concepción amplia, trayendo a colación varios supuestos, se planteará qué tratamiento deberá darse en el Derecho penal respecto al supuesto de un funcionario de facto. Cuestión sobre la cual se presentará en el capítulo segundo del desarrollo de la tesis. Sobre dicho contexto, se encontrará de igual manera su origen en el Derecho administrativo estableciendo una peculiaridad consistente en la irregularidad del cargo ostentado que convierte en nulo el título habilitante otorgado al sujeto. Sobre esta figura, con lo estudiado en la doctrina y desarrollo jurisprudencial mediante Casación N°442- 2017 ICA, permitirá dar ciertos alcances desde un punto de vista interpretativo de esta figura, en el que se entienda el sentido de dicha figura en el Derecho penal, su correcta aplicación, distinguiéndolo de otras figuras

como el llamado usurpador de funciones, así como la delimitación de criterios los cuales deben concurrir para identificar a un correcto funcionario de facto.

Finalmente, en el capítulo tercero, se ha realizado un estudio a la luz del caso Bedoya Vivanco en mérito a los vladivideos. Caso sobre el cual existe controversia al calificar a Vladimiro Montesinos como autor del delito contra la Administración pública en la modalidad de Peculado bajo la concepción de un funcionario de hecho. No obstante, bajo el análisis realizado sobre dicha figura, se cuestionará si la sola arrogación de funciones constituye un razonamiento válido para considerársele funcionario público, o si por el contrario se estaría ante un escenario distinto como lo es el usurpador de funciones.

En este mismo sentido, respecto al caso Gasoducto Sur Peruano se imputa entre la pluralidad de investigados a Nadine Heredia Alarcón, quien, en calidad de sujeto activo del delito contra la Administración pública en la modalidad de Colusión, sería para la fiscalía una perfecta funcionaria de hecho. No obstante, se analizará si realmente el cargo de primera dama constituye un título habilitante que hace que sea calificada como tal, así como el análisis sobre la correcta imputación o no como funcionaria de hecho, partiendo de los criterios delimitadores propuestos, como son el vínculo de institucionalidad la capacidad decisoria y desde luego la existencia del título habilitante sobre la cual se desarrollan las determinadas competencias.

## Capítulo 1

### Enfoque de la figura del funcionario público en el Derecho penal

En este primer capítulo, analizaremos el panorama general de lo que se debe entender por la figura del funcionario público para el Derecho penal, a fin de poder calificar correctamente a un determinado sujeto como autor de un hecho delictivo o más, en los delitos contra la Administración pública.

En este sentido, se expondrá inicialmente como problemática, si es que la figura del funcionario en el Derecho penal debe interpretarse desde una postura estricta o amplia, y con ello si existe límite alguno en su aplicación. Lo expuesto, surge en mérito a que el legislador ha regulado en su artículo 425 del Código penal una lista muy amplia sujeta a diversas interpretaciones, dejando abierta la posibilidad de incluir a más supuestos dentro de esta calificación de funcionario.

Al respecto, se ha optado, con fines didácticos, hacer un recorrido general y breve como cuestión previa, sobre el origen de esta figura jurídica del funcionario público, esto es, en el Derecho administrativo, a fin de identificar qué funcionarios tendrán dicho reconocimiento y sus requisitos que lo califican como tal.

Posteriormente, se estudiará la normativa legal en el área penal, de modo que se hará perceptible cómo el legislador al identificar al funcionario público rompe por completo con los parámetros administrativos, expuestos en el acápite precedente, ya que no solamente comprenderá como funcionarios a aquellos comprendidos en la carrera administrativa, sino también a otros individuos señalados en el artículo 425, dejando además abierta la posibilidad de incluir otros supuestos sindicados por la Constitución y la Ley.

Asimismo, se desarrollará a nivel doctrinal las diversas posturas adoptadas de reconocidos estudiosos, de tal modo que plasmen la necesidad o no de adoptar un concepto amplio y exclusivo de funcionario para el Derecho penal. Del mismo modo, a nivel jurisprudencial se expondrá la postura adoptada por los jueces, a través del análisis del controversial del caso los bomberos, cuyo objeto de revisión de la Corte Suprema es justamente la noción del funcionario público, dando alcances interesantes que difieren del ámbito de aplicación en el Derecho administrativo. Finalmente, se determinará la existencia de los límites al adoptar una postura amplia respecto al concepto de funcionario público, así como resaltar la importancia de aplicar un concepto jurídico propio y amplio, atendiendo al fin que se persigue en el Derecho penal.

### 1.1 El problema del autor en los delitos contra la Administración pública

Como punto de partida, importa tener claro, qué es lo que se entiende por funcionario público para el Derecho penal. Esto, en razón a que en la actualidad la utilización de esta figura jurídica es ampliamente discutida por los problemas que se presentan al momento de calificar a un sujeto como autor del hecho delictivo en los delitos de corrupción de funcionarios, ya que, al ser estos últimos calificados como delitos especiales, se exige que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público.

Al ser entonces, una exigencia que el sujeto activo sea un funcionario público, el legislador ha regulado en el artículo 425 del C.P una lista de supuestos en los que determinados individuos son calificados como funcionarios públicos, dejando abierta, a través del inciso 7, la posibilidad de incluir todos aquellos demás supuestos que indique la Const. y la Ley. Sin embargo, al ser una figura de origen administrativo y con un desarrollo estricto, en comparación a lo recogido en el C.P que tiene una tratativa distinta y amplia al regular más supuestos, cabe plantearse, si este referente normativo debe ser interpretado de manera accesoria o autónoma para efectos penales.

Más allá del desarrollo doctrinario, el cual se ha inclinado en su mayoría por una interpretación autónoma de funcionario público para el desarrollo penal, la C.S desde hace ya algunos años, se ha pronunciado respecto a este cuestionamiento, a través de la Casación N° 634-2015 Lima, alegando que el concepto de funcionario público tiene un alcance propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho penal, respecto al resto de órdenes jurídicos especializados como el administrativo, laboral o constitucional<sup>2</sup>.

En este mismo sentido, en la Casación N°503-2017/Callao, se atribuye de manera expresa la amplitud que reconoce el legislador en el C.P, el cual permite acoger un concepto amplio, situándose un poco más allá del derecho administrativo a la hora de fijar dicho elemento normativo<sup>3</sup>. Por lo que, en consecuencia, puede afirmarse que a nivel jurisprudencial se ha decantado por un concepto funcional, autónomo y exclusivo en el Derecho penal.

No obstante, dichos fundamentos esgrimidos por la Sala penal, no parecen haber disuelto el problema, y es que autores en oposición a este planteamiento como Vignolo Cueva, enfatizan en que es el Derecho administrativo el que ha estudiado de manera profunda al

---

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL TRANSITORIA. *Sentencia de Casación N°634-2015*. 2016, Disponible en: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe_.pdf). p.4

<sup>3</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. *Sentencia de Revisión N°503-2017/CALLAO*. 2018. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Revision-de-sentencia-503-2017-LP.pdf>. p.5

funcionario público, de modo que no se puede afectar el concepto original de esta figura pretendiéndose incluir en el desarrollo penal, dada su amplitud, a sujetos que no tienen desenvolvimientos funcionales, ni naturalezas jurídicas equiparables<sup>4</sup>.

Al respecto, aun con el pronunciamiento jurisprudencial, cabe plantearse si esta autonomía establecida por la C.S para efectos penales tiene límite alguno.

Frente a ello encontramos dos caminos, si la respuesta es negativa, entonces podría entenderse que cualquier sujeto que contrata con el Estado califica como funcionario público y por tanto ante la comisión de un delito contra la A.P, puede tranquilamente investigársele en calidad de funcionario. Pero entonces, al sostener esta posición se dejaría sin sentido la necesidad de estructurar la base de una posición especial del autor de este tipo de delitos especiales. Si, por el contrario, se optase por afirmar que esta autonomía tiene límites, cabría entonces establecer, cuáles son estos límites sobre los cuales el fiscal debe tener claro para abrir y continuar una investigación en los delitos de corrupción de funcionarios.

Con lo expuesto, para poder examinar cuál es el enfoque que debe entenderse por funcionario público, es necesario estudiarlo desde su origen, desarrollo y delimitación.

## **1.2 Punto de origen como cuestión previa**

La figura del funcionario público, emana del derecho administrativo tras el surgimiento de la institución jurídica de la Administración pública, la cual es representada con los administrados por los llamados funcionarios, quienes, si bien son sujetos particulares, se diferencian de estos últimos por el vínculo laboral en virtud de la cual prestan servicios al Estado<sup>5</sup>.

En este sentido, primigeniamente la calidad de funcionario público se atribuía a aquellos sujetos que se encontraban al servicio del Estado en cumplimiento de su función administrativa, sirviendo como agentes de la A.P con los particulares destinatarios de dicha función.<sup>6</sup>

Respecto a su normativa, en esta rama del derecho, el legislador, ha regulado la calificación y actuación de los funcionarios públicos en varias normas. Así se encuentra, por ejemplo, la Ley del Servicio Civil N°30057, ley que distingue al funcionario público de otras figuras como son el directivo público, servidor civil de carrera y servidor civil de confianza.

---

<sup>4</sup> VIGNOLO CUEVA, Orlando. *Derecho penal y administrativo: El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática*. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* [en línea]. 2022, Vol. 5, 22. Disponible en: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/574>. p.22.

<sup>5</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN:978-603-4037-00-7. p.51

<sup>6</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 66.

Asimismo, dicha ley, define al funcionario público como un representante político, que ejerce funciones de gobierno en la organización del estado, cuya actuación se encarga de dirigir o intervenir en la conducción de la entidad, así como aprobar políticas y normas<sup>7</sup>.

### **1.2.1 Requisitos del funcionario público en el derecho administrativo**

Sobre esta disciplina, es preciso resaltar la rigurosidad para que determinados sujetos adquieran la calificación de funcionarios. Esto, en mérito a que se han establecido al menos tres elementos o requisitos propios. De modo que, si faltase alguno de estos, tendrá como consecuencia no ser reconocido administrativamente como tal.

Como primer requisito exigido, se necesita la existencia del título, el cual debe ser válido por su origen y formalidad, y además debe ser otorgado por elección popular directa o indirecta, por nombramiento o por disposición legal<sup>8</sup>.

En segundo lugar, debe llevarse a cabo el proceso de formalización de título, es decir desde la proclamación en el diario oficial El Peruano hasta la asunción formal en el cargo, ya que solo de esta manera se incorpora válidamente el sujeto a la Administración<sup>9</sup>.

Por último, como tercer requisito planteado es necesario que se lleve a cabo la asunción efectiva del cargo<sup>10</sup>.

Con lo expuesto, se concluye entonces que en el derecho administrativo se adopta un sentido estricto para la calificación del funcionario público, invistiéndose como tal, únicamente aquella persona natural, mayor de edad, portadora de un título el cual deberá estar habilitado por autoridad competente en ejercicio de sus funciones, y así poder ejercer un cargo en representación del Estado con la finalidad de viabilizar la función pública<sup>11</sup>.

### **1.3 Marco Normativo**

Ahora bien, para poder calificar a un sujeto como funcionario público en el Derecho penal, el legislador en el irrestricto respeto del principio de legalidad, ha regulado determinados supuestos en los cuales un sujeto es funcionario público, y con ello, tener base legal frente a la imputación de un hecho delictivo en los delitos contra la A.P.

<sup>7</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley del Servicio Civil. Ley N°30057*, 3 julio 2013. Art. 3.a.

<sup>8</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*. 3ª ed. Lima: Grijley, 2020. ISBN: 978-603-4037-00-7 p. 135.

<sup>9</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*. 3ª ed. Lima: Grijley, 2020. ISBN: 978-603-4037-00-7. p.135.

<sup>10</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*. 3ª ed. Lima: Grijley, 2020. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 135.

<sup>11</sup> ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, *Manual de los delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2018. ISBN: 978-612-322-083-9. p. 57.

### 1.3.1 *Constitución Política*

La Const., como norma suprema, sobre la cual debe regirse todo el ordenamiento jurídico peruano, hace alusión en su artículo 39 y 40 a la función pública, haciendo mención a los funcionarios públicos de la siguiente manera:

Art.39.- Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la república tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y Alcaldes, de acuerdo a ley<sup>12</sup>.

Art.40: La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos<sup>13</sup>.

Con lo expuesto, la Const. consagra el carácter instrumental de la A.P al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del gobierno en cuanto responsable de dirigirla<sup>14</sup>. Asimismo, el artículo 40 de la normativa, de manera excluyente, expresa que no se encuentran comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñen cargos políticos o de confianza, así como los trabajadores de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta. Sobre ello, debe advertirse que esta acepción de funcionario público consagrada en dicha Const., está regulada bajo la concepción del Derecho administrativo y, por tanto, tendrá repercusión únicamente en dicha rama del derecho, sin entrar en conflicto con otras normas propias del Derecho penal en el que se ha construido un concepto propio y diferente<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Constitución Política. Art. 39*, 1993.

<sup>13</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Constitución Política. Art.40*, 1993.

<sup>14</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 41-42.

<sup>15</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 56-57.

Es preciso realizar dicha aclaración, dado que nuestro CP por el contrario si recoge estos supuestos que excluye la Const., como funcionarios públicos, lo que parecería entonces una contradicción entre dos normas. En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, señalando que el artículo 425 CP, no es derogado por lo establecido en la Const. Aunque pareciera contradictorio, el Estado no puede desprotegerse ni destipificar conductas delictivas cometidas por trabajadores del Estado o de sociedades de economía mixta, que era lo que excluía la Const. al no reconocer a estos últimos en la carrera administrativa<sup>16</sup>.

### **1.3.2 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción**

Siendo que según el artículo 55, los tratados ratificados también forman parte del ordenamiento peruano, nos encontramos con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, mediante el cual se detalla lo siguiente:

Artículo 2, inciso a).- Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte<sup>17</sup>.

Dicha norma, nos remite a su vez a lo establecido en el derecho interno del Estado parte, que es lo recogido en la Const., lo cual se ha desarrollado en líneas anteriores, y también lo regulado por el legislador en el CP, que se desarrollara en el siguiente acápite.

<sup>16</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 57.

<sup>17</sup> NACIONES UNIDAS, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* [en línea]. New York, 2004. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1586885/1.1.2.%20CONVENCION%20DE%20LAS%20NACIONES%20UNIDAS%20CONTRA%20LA%20CORRUPCION.pdf?v=1612470808>.

### 1.3.3 *Código Penal*

En este sentido, recurriendo al CP, el legislador no ha desarrollado un concepto de funcionario público. Sin embargo, ha regulado una lista *númerus apertus* en el artículo 425, regulándolo de la siguiente manera:

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

Son funcionarios o servidores público:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dicha entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales o depositarios por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre a al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

**1.3.3.1 Breve Interpretación del artículo 425.** Como se puede observar, el legislador al regular estos siete supuestos que configuran un funcionario público rompe con el concepto primigenio que adopta el derecho administrativo, optando al contrario por un concepto más amplio, en el que no solo estarán incluidos los funcionarios reconocidos administrativamente, sino que amplía la esfera jurídica para otros individuos.

Se incluye, en primer lugar, como funcionario público a aquel individuo que está incorporado en la carrera pública según su Ley y Reglamento. Con ello se puede entender entonces que este primer numeral, está referido a todos aquellos supuestos de funcionarios nombrados por el elemento del título como tal.

Pese a que, de acuerdo a la Ley de la Carrera Administrativa, Ley N°276, excluye de manera expresa a los sujetos que desempeñan cargos políticos o de confianza, el siguiente inciso del artículo 425, incluye como funcionarios a estos últimos. En el caso de los funcionarios políticos elegidos popularmente, serán considerados como tal en el momento de la

proclamación oficial. En este ámbito, se encuentran el presidente de la república, los congresistas, los alcaldes, los presidentes de gobiernos regionales, regidores, etc., ya que estos fueron elegidos mediante sufragio universal a través de sus votantes<sup>18</sup>.

Asimismo, en el caso de los funcionarios de confianza, está referido a aquellos sujetos que son designados como tal por una elección hecha por otros funcionarios y no por elección popular<sup>19</sup>. Son funcionarios en este ámbito, los ministros del Estado ya que son designados por disposición del presidente de la república, los viceministros, los miembros del directorio del BCR, del Banco de la Nación, el superintendente de banca y seguros (SBS), el contralor de la república, etc.<sup>20</sup>.

El numeral tercero del artículo en cuestión, considera en calidad de funcionarios públicos, a aquellos que ejercen funciones en una entidad u organismo público, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, bajo cualquier régimen laboral o contractual. Siendo que en este caso, será funcionario el que ejerza funciones en entidad estatal por medio de un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza<sup>21</sup>. Sin duda, este inciso, a todas luces evidencia una asimilación extensiva del concepto de funcionario público.<sup>22</sup>

En el cuarto supuesto que ha regulado el legislador penal, ha previsto el caso de aquellos sujetos como los administradores y depositarios de caudales embargados o depositarios por autoridad competente, quienes, manteniéndose al margen del aparato burocrático del Estado, ejerce igualmente funciones públicas.

En el quinto supuesto, se ha previsto de manera más específica a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, quienes a pesar de que se rigen por su propia normativa laboral, son calificados como funcionarios públicos.

Asimismo, mediante inciso 6, el legislador incorporó un supuesto, mediante el cual se consideran funcionarios, a los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente

---

<sup>18</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 54

<sup>19</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003 ISBN:99727344. p. 39

<sup>20</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 54

<sup>21</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal* [en línea]. 2021, Vol.86, [consulta: 19 abril 2022]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p. 86.

<sup>22</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003. ISBN: 99727344. p. 39.

para desempeñar funciones al servicio del Estado<sup>23</sup>. Al respecto, este inciso fue incorporado por la Ley N°30124 para poder calificar a un funcionario que se encuentre elegido, designado o proclamado, aun cuando aún no haya entrado a ejercer la función pública bajo el concepto anticipado de funcionario público<sup>24</sup>. Dicha razón, atiende sin duda válidamente, a una estrategia de luchar contra la corrupción que puede operar en momentos previos a la efectiva asunción del cargo público<sup>25</sup>.

**1.3.3.2 Inciso 7 ¿Cajón de Sastre?** A fin de no dejar al margen supuestos en los que determinados sujetos sean calificados como funcionarios públicos, se ha regulado el inciso 7, mediante el cual se deja abierta la posibilidad de que entren en esta esfera aquellos supuestos diferentes a lo establecido en el CP que según indique la Const. y la Ley. Sin duda, esta es una cláusula abierta que ha establecido el legislador penal para no dejar fuera supuestos que merecen un tratamiento dentro de este campo de desarrollo de la comisión de delitos de corrupción.

De acuerdo con García Cavero, este inciso serviría para incluir, por ejemplo, el supuesto de delegación de funciones públicas, el cual no se encuentra recogida de manera específica como un supuesto de funcionario en el artículo 425. Sin embargo, mediante la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria, y Final de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, dispone que se considere funcionario público a las empresas en la que la Ositrán delega funciones de fiscalización<sup>26</sup>.

Debe quedar claro entonces que, a fines de la ley penal, se considerarán funcionarios no solo aquellos que forman parte de la carrera administrativa, sino también los otros supuestos

---

<sup>23</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal* [en línea]. 2021, vol.86 [consulta: 19 abril 2022]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p.88.

<sup>24</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal* [en línea]. 2021, Vol.86, [consulta: 19 abril 2022]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p. 86

<sup>25</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal* [en línea]. 2021, vol.86, [consulta: 19 abril 2022]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p.95

<sup>26</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal* [en línea]. 2021, Vol.86. [consulta: 19 abril 2022]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p.87

incorporados por el legislador penal. En consecuencia, todo funcionario en clave administrativa lo es en el sentido penal, pero no al revés<sup>27</sup>. Asimismo, se entiende, que los ejes rectores a efectos penales pasan por criterios amplios en el que se tendrán en cuenta a todos aquellos que presten servicios a entidades u organismos públicos con cierta permanencia y con alguna actuación que pueda definirse de carácter público, siendo que la razón de esta acepción amplia, es en razón de querer proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir los intereses generales<sup>28</sup>.

#### **1.4 ¿Una interpretación autónoma o accesoria?**

Conforme el contenido normativo del artículo 425 del CP, la calidad de funcionario público adoptada por el legislador es amplia. En este sentido, la doctrina ha expuesto diversas posturas en sentido amplio y estricto respecto a su conceptualización y requisitos que debe cumplir para ostentar tal calificación.

##### **1.4.1 Postura Amplia**

En esta doctrina mayoritaria, Abanto Vásquez, postula como requisitos indispensables, la exigencia cumulativa de dos características, en primer lugar, que la persona deba estar incorporada a la actividad pública mediante mandato de la ley, elección o nombramiento de la autoridad competente; y en segundo lugar que dicho sujeto ejerza la función pública, es decir que su ejercicio deba proyectarse al interés colectivo, al bien común y que sea realizada por órganos estatales o paraestatales<sup>29</sup>.

Con el reconocimiento de esta última característica requerida, el autor plantea una postura amplia, de tal modo que se incluyan como funcionarios a aquellos que se desempeñen no solo en las actividades tradicionales de la administración, sino también en los servicios prestados por particulares, en el que, si bien estos no están subordinados a la organización estatal, si realizan ejercicio de funciones públicas por el vínculo. Así como también reconoce a aquellos que se desenvuelvan en actividades de entidades de derecho público que se encuentren bajo el régimen privado, pero únicamente a quienes se les haya impuesto deberes vinculados con el servicio que brindan en interés general<sup>30</sup>. Solo reconociendo estos supuestos amplios ya no se constituirían casos de impunidad.

<sup>27</sup> BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*. España: J.M BOSCH EDITOR, 2016. ISBN: D9788494479038. p.112.

<sup>28</sup> ECHEVARRÍA, Marcelo, *Delitos de los funcionarios públicos*. Dykinson. Madrid, España, 2019. ISBN: 978-84-1324-224-8. p.27.

<sup>29</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003. ISBN:99727344 p.23.

<sup>30</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003. ISBN:99727344 p.29-31.

Peña Cabrera, señala que los denominados funcionarios públicos desempeñan funciones a nombre de la nación y como tales han de servir los intereses estrictamente comunitarios<sup>31</sup>. En este sentido, debe existir una formalidad para el acceso a la función pública que puede ser por concurso, por convocatoria, así como el llamado personal de confianza que nombra directamente a altos funcionarios del Estado<sup>32</sup>. Sin embargo, estas formalidades conferidas a determinados ciudadanos para ejercer como funcionarios públicos, supone desde luego un aspecto importante, pero en el abordaje estrictamente del Derecho administrativo, mientras que en el Derecho penal se plantea una cuestión distinta en el sentido que tiene que reconocerse una especial vinculación institucional del sujeto con el delito, a efectos de atribuir responsabilidad penal<sup>33</sup>.

Dicho esto, el autor señala la necesidad de construir conceptos propios, sin que resulten contrarios a la esfera jurídica extrapenal, cubran los cometidos de la política criminal. Atendiendo a esta razón, se comprende entonces que la exclusión de los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, únicamente tengan repercusión en el Derecho administrativo y laboral, mientras que en el Derecho Penal por el contrario sí se contemple<sup>34</sup>.

Al adoptar una postura amplia, considera entonces que funcionario público será aquel sujeto que se encuentren desempeñando una determinada actividad pública incluyendo también los que desempeñan actividades públicas de facto al adolecer ciertos defectos de designación<sup>35</sup>.

Salinas Siccha, concuerda con la adopción de una postura amplia para el concepto de funcionario público, señalando que para poder determinar desde qué momento un ciudadano adquiere la condición de funcionario, los parámetros del derecho administrativo y laboral no son de utilidad<sup>36</sup>.

Y es que, si bien no cualquier persona puede constituirse en autor de los delitos contra la AP, lo que importa, es poder determinar la estrecha relación entre el sujeto que debe ser

<sup>31</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 51

<sup>32</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 51

<sup>33</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 52

<sup>34</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 57

<sup>35</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 57

<sup>36</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: IUSTITIA, 2019. ISBN: 978-612-4362-13-2. p. 8.

competente para su ejercicio y el bien jurídico involucrado en la función. Por tanto, no solo debe considerarse la elección y designación por una autoridad competente, sino que se amplían los parámetros mediante una lista números *apertus* a través del artículo 425 CP<sup>37</sup>.

De esta manera el funcionario público tendrá calidad de tal desde que es designado por autoridad competente para un cargo público, desde que es elegido para que ejerza un cargo público o desde que es proclamado por autoridad competente luego de ser elegido para ejercer un cargo público<sup>38</sup>.

Montoya, por su parte enfatiza que la figura del funcionario público para el Derecho penal es autónoma al ser utilizado por otras ramas del derecho, porque responde a criterios de valoración estrictamente penal, en el que le permite determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función el correcto funcionamiento de la A.P<sup>39</sup>.

Para ello, al adoptar un concepto funcional, el autor adopta dos elementos, con una denominación distinta a la doctrina mayoritaria, pero que finalmente apuntan a una concepción amplia de funcionario público, siendo así la incorporación heterónoma a la función pública y la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público<sup>40</sup>.

El primer elemento consiste en que el funcionario adquiere tal condición a través de una acción de selección nombramiento o elección por el pueblo, la norma o una persona que ostenta el poder para vincularlo con la Administración pública. El segundo elemento, hace énfasis en la posibilidad de desempeñar el cargo público, ya que con la sola posibilidad que tiene el sujeto, ya puede poner en peligro el bien jurídico protegido. Y es que la posición de cercanía al bien jurídico, no requiere de un ejercicio sino desde mucho antes, esto es, desde que tiene la posibilidad efectiva de ejercitar el poder otorgado al momento de la incorporación en el organismo público.

Asimismo, lo expuesto se condice con la voluntad del legislador en su artículo 425 C.P, porque este, ha utilizado en la regulación normativa la expresión “para” desempeñar funciones,

<sup>37</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: IUSTITIA, 2019. ISBN: 978-612-4362-13-2. p.12.

<sup>38</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: IUSTITIA, 2019. ISBN: 978-612-4362-13-2. p.12-13.

<sup>39</sup> MONTOYA VVIVANCO, Yvan Manuel, *Manual sobre los delitos contra la Administración Pública*. Primera. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.. ISBN: 978-612-47133-5-4. [Consulta: 08 de agosto del 2022]. Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf> p.30

<sup>40</sup> MONTOYA VVIVANCO, Yvan Manuel, *Manual sobre los delitos contra la Administración Pública*. Primera. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. p.31

por lo que se incluye también como funcionario al aquel desde que tiene la posibilidad para desempeñar actividades<sup>41</sup>.

Rojas Vargas afirma que, con el fin de no dejar espacios de impunidad en este grupo de delitos sancionados por el CP, se ha ampliado el concepto de funcionario público, incluyendo en su tipicidad a sujetos particulares que se encuentren en cercanía al bien jurídico.

De esta manera postula que funcionario público será todo aquel, que en virtud de designación legal o especial y de manera continua, bajo determinadas condiciones, expresa o ejecuta la voluntad del Estado cuando se dirige a la realización de un fin público<sup>42</sup>.

García Cavero, concuerda también en la necesidad de manejar un concepto penal autónomo de funcionario, siendo necesario desvincular la regulación de tipo administrativo y laborar. Sin embargo, advierte que no debe llevarse a la falsa conclusión que el juez penal deba considerar como funcionario a cualquier sujeto que preste un servicio con el Estado, de modo que esta postura amplia adoptada no debe ser entendida de manera extensiva<sup>43</sup>.

Lo que va a definir al funcionario entonces, no será la incorporación formal a la burocracia estatal, ni tampoco la realización de un trabajo, sino que se debe atender a la asignación de un deber institucional derivado de los fines estatales<sup>44</sup>.

Vílchez Chinchayán, considera que el artículo 425 CP, si bien no contiene una definición, si presenta una lista de quienes pueden ser considerados como funcionarios, por lo que dicho artículo representa un punto de referencia ineludible en el momento de entender quién es para el Derecho penal un funcionario público. Consecuentemente al adoptar un mayor número de sujetos, el Derecho penal adopta un concepto mucho más amplio y autónomo, de modo que lo que importa es facilitar la persecución penal sin que se vea limitada por lo regulado en la norma extrapenal<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> MONTROYA VVIVANCO, Yvan Manuel, *Manual sobre los delitos contra la Administración Pública*. Primera. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. p.44

<sup>42</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*. 3ª ed. Lima: Grijley, 2020. ISBN: 978-9972-04-686-5. p.134.

<sup>43</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal* [en línea]. 2021, Vol. 86, [consulta: 15 septiembre 2022]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p.84

<sup>44</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal* [en línea]. 2021, Vol.86, [consulta: 15 setiembre 2022]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p.85

<sup>45</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. ISBN: 978-612-48290-6-2. p.77-78.

En este sentido, debe entenderse por funcionario público, como primer grupo a los considerados en el Derecho administrativo, es decir los comprendidos en la carrera administrativa, y en un segundo grupo a los que van más allá de los contornos administrativos, esto es a aquel sujeto que independientemente del régimen laboral mantiene vínculo contractual o de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado<sup>46</sup>. Encontrándose así a los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, así como a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Con lo expuesto, debe tenerse claro que, lo que interesa al Derecho penal es poder encontrar sujetos vinculados a la Administración pública, tenga o no autoridad, ni competencias más específicas de las establecidas, solo de este modo se logrará restablecer la vigencia de las expectativas normativas de comportamiento defraudadas<sup>47</sup>.

#### **1.4.2 Postura Estricta**

En oposición a la doctrina que se inclina por adoptar una concepción amplia y autónoma del funcionario público para el Derecho penal, existe un grupo minoritario de la doctrina que considera necesario más bien utilizar un concepto universal que identifique a esta figura en todas las ciencias jurídicas. Discusión la cual perdura hasta la actualidad.

Encontramos así a Jiménez Vivas, quien sostiene que, si el Derecho penal asume que el funcionario público es toda aquella persona que cumple algún tipo de tarea dentro o para cualquier entidad del organismo del Estado, existe entonces un exceso de los límites subjetivos de la óptica penal de la denominación de funcionario, como un intento errado de anteponerse a la comisión de los delitos contra la A. P<sup>48</sup>. Alega que lo establecido por el legislador en el C.P, tiene más bien efectos negativos, de modo que ha trastocado conceptos provenientes del derecho civil, administrativo, y laboral, pasando por alto sus diferencias, de tal modo que se han regulado conductas que en circunstancias normales resultarían atípicas<sup>49</sup>. Con ello, la definición de un concepto corresponde ser realizada dentro de la disciplina de origen, de esta

<sup>46</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. ISBN: 978-612-48290-6-2. p.77-79.

<sup>47</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. ISBN: 978-612-48290-6-2. p.80.

<sup>48</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p.59

<sup>49</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 66

manera cualquier ampliación a los límites tendrá un carácter instrumental respecto a su sentido inicial y con ello significará un aporte de interpretación<sup>50</sup>.

Asimismo, el más reciente estudio sobre esta discusión es la planteada por Vignolo Cueva, quien propone la defensa de un concepto unitario de funcionario público, criticando la excesiva elasticidad funcional recogida por el legislador en el CP, a tal punto de considerarlo como una errada categorización ultra funcional<sup>51</sup>.

Al respecto, expone que existen otras ciencias jurídicas, como es el Derecho administrativo, que ha estudiado previamente a la figura del funcionario público de manera profunda, creando dogmática adaptada al servicio de la justicia, por lo que mal se hace afectar el concepto original de funcionario, considerando a sujetos que no tienen desenvolvimientos funcionales, ni naturalezas jurídicas equiparables<sup>52</sup>. Y es que la noción al ser eminentemente jurídica, debe ser sacada de la estructura del derecho como tal.

En este sentido, advierte que si se considerase funcionario a cualquier sujeto que realice un servicio para el Estado, entonces este tipo de delitos contra la Administración pública perdería sentido, justamente porque este grupo está estructurado sobre la base de una posición especial del autor del delito en relación con el Estado<sup>53</sup>. Hecho que se refleja en la mala regulación del legislador en el numeral 3 y 7 del artículo 425 C.P.

Con lo expuesto, se considera que el funcionario público debe ser entendido de manera unitaria en el derecho como aquel sujeto físico que trabaja mediante un vínculo real, orgánico y exclusivo con la Administración, sea recogido en acto, contrato administrativo o híbrido. Siendo que, solo bajo cualquiera de estos instrumentos mencionados nace un estatus propio y fuera de la esfera jurídica del ciudadano común<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal parte especial*. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN: 978-603-4037-00-7. p. 66

<sup>51</sup> VIGNOLO CUEVA, Orlando. *Derecho penal y administrativo: El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática*. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* [en línea]. 2022, Vol. 5. [consulta: 20 de octubre 2022]. Disponible en: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/574>. p.9

<sup>52</sup> VIGNOLO CUEVA, Orlando. *Derecho penal y administrativo: El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática*. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* [en línea]. 2022, Vol. 5. [consulta: 20 de octubre 2022]. Disponible en: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/574.p.22>

<sup>53</sup> VIGNOLO CUEVA, Orlando. *Derecho penal y administrativo: El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática*. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* [en línea]. 2022, Vol. 5. [consulta: 20 de octubre 2022]. Disponible en: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/574>. p.9

<sup>54</sup> VIGNOLO CUEVA, Orlando. *Derecho penal y administrativo: El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática*. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* [en línea]. 2022, Vol. 5. [consulta: 19 de octubre 2022] Disponible en: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/574>. p.31

## 1.5 Posición de la Corte Suprema

La Corte Suprema, en su intento por dilucidar el problema de la aplicación del artículo 425 CP. respecto a otras ramas del derecho, ha reconocido finalmente la autonomía del concepto de funcionario público para efectos penales.

Así pues, en la Casación 634-2015-Lima, se dio alcance de esta autonomía otorgada en sede penal. Determinó que el artículo 425 CP contempla una forma abierta, es por ello que, en dicho artículo, el legislador incorporó un listado *numerus apertus*, de ahí la razón por la que en el último numeral se establezca “los demás indicados por la Constitución Política y la ley”<sup>55</sup>. En este sentido, este elemento normativo nos remite a otro precepto al mencionar la Constitución, y es en virtud del artículo 55, que los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Perú, forman parte del ordenamiento peruano. Por ello lo establecido en la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada en 1997, respecto del concepto de funcionario público también debe ser aplicado al momento de identificar a un sujeto como funcionario.

De lo expuesto, la Corte Suprema, por tanto, acogió una descripción abierta al incorporar en el listado otros cargos que indique la Constitución y la Ley, de modo que interpretó desde una perspectiva sistemática y teleológica, que estableciendo que el funcionario público comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad<sup>56</sup>.

Asimismo, cabe mencionar un pronunciamiento de revisión de la Sentencia N°503-2017/Callao interesante sobre el cual merece ser objeto de revisión:

### 1.5.1 Análisis del caso los Bomberos

Los hechos del presente caso surgen en el año 2016, en la ciudad de Lima, donde Alejandro Navarrete Rodríguez en su calidad de Comandante Departamental de la V Comandancia del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, autorizó el uso de las motobombas al representante legal de la empresa ALFA GAS S.A, Julio Guillermo Lebrun Magde, en beneficio de actividades particulares de la mencionada empresa, a cambio de una

<sup>55</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL TRANSITORIA. *Sentencia de Casación N°634-2015*. 2016. Disponible en: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe_.pdf). p.4

<sup>56</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL TRANSITORIA. *Sentencia de Casación N°634-2015*. 2016. Disponible en: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe_.pdf). p.6

contraprestación dineraria, la cual no se ingresó a la institución, advirtiendo además que dichos bienes de la entidad tienen un carácter social determinado para acudir en caso de siniestros<sup>57</sup>.

Frente a esta situación expuesta, se condenó por el delito contra la AP bajo la modalidad de Peculado de uso doloso regulado en el CP en el artículo 388, a Alejandro Navarrete Rodríguez en calidad de autor y contra Julio Guillermo Lebrun Magde en calidad de cómplice primario. Sentencia la cual fue confirmada en el mismo año.

Sin embargo, en diciembre del 2017, el condenado Julio Guillermo Lebrun Magde interpuso demanda de revisión aduciendo prueba nueva. En este sentido, dicho sujeto argumentó la promulgación del Decreto Legislativo 1206, en cual en su artículo tercero estipulaba que el estatus jurídico de los miembros del CGB no correspondía a la calificación de funcionarios ni servidores público, siendo que bajo esta perspectiva el entonces Comandante Alejandro Navarrete Rodríguez, no es autor del delito de peculado de uso al no calificar como sujeto activo tal como lo exige el tipo penal, por lo que en consecuencia también habría imposibilidad de sancionar al representante legal ALFA SAC en calidad de partícipe primario al no existir autor.

Con ello, surge la cuestión si este argumento evidentemente fuerte como es el DL 1260 que declara que los bomberos no tienen calidad de funcionario público, resulta ser suficiente y válido para aplicarlo en el área penal.

Al respecto, el Juez Supremo César San Martín Castro, es enfático en señalar una postura propia para el Derecho penal, sin entrar en el desarrollo administrativo para examinar tal calificación. Así pues, argumenta que en efecto existe tal normativa extrapenal que sostiene que el bombero no es funcionario público. Sin embargo, es importante tener presente que para el Derecho penal se debe interpretar desde la propia lógica de persecución para tales conductas. Lo determinante será analizar el estatus integral de su función, la naturaleza del servicio de la institución y las reglas jurídicas respecto de los bienes asignados para el cumplimiento de sus funciones<sup>58</sup>.

Asimismo, establece que, en el Derecho penal, para ser considerado un funcionario público debe cumplir con la exigencia de tener participación en el ejercicio de sus funciones

---

<sup>57</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. *Sentencia de Revisión N°503-2017/CALLAO*. 2018. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Revision-de-sentencia-503-2017-LP.pdf>. p. 2

<sup>58</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. *Sentencia de Revisión N°503-2017/CALLAO*. 2018, Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Revision-de-sentencia-503-2017-LP.pdf>. p. 5.

públicas y tener un título habilitante<sup>59</sup>. Siendo que en el caso en concreto se cumple con estos dos requisitos ya que, los bomberos participan en el ejercicio de la función pública y, además tienen un título de habilitación establecido por Ley. Aunado a ello, también se sostuvo que los bienes de la institución tienen un fin determinado y están sujetos a control gubernamental, de modo que se entiende que bastará que el sujeto entre en contacto con bienes públicos o asociado a un fin público para que califique como tal.

En conclusión, la Corte Suprema, mediante revisión de la sentencia N°503-2017/Callao, sostuvo que el CP acoge un concepto amplio de funcionario público, abarcando otros parámetros que van más allá de lo señalado por el derecho administrativo, de modo que fija un concepto autónomo y exclusivo.

### 1.6 Importancia de la determinación del funcionario público

La calidad de funcionario público no es accidental, por el contrario, dicha calificación es la piedra angular de la sanción penal de los delitos de corrupción, ya que todo análisis de un hecho materia de investigación en este tipo de delitos, debe partir en identificar al funcionario público<sup>60</sup>.

Es importante concretar, a quién nos referimos cuando aludimos al funcionario público frente al Derecho penal, dado que el autor en los delitos contra la Administración pública, deber reunir determinadas características, sin la cual la determinación del injusto penal será imposible<sup>61</sup>.

Es por ello entonces que, para efectos penales, determinar si estamos o no ante la presencia de un funcionario público será de gran relevancia jurídica para poder lograr atribuir responsabilidad, ya que el fundamento material de los injustos que atacan a la Administración pública, se fundamenta en la especial vinculación del *intrañeus* con el objeto materia de delito<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. *Sentencia de Revisión N°503-2017/CALLAO*. 2018. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Revision-de-sentencia-503-2017-LP.pdf>. p.6

<sup>60</sup> MONJE YUCRA, Bryan y GEORGE OTAZU PINTO, *Problemática de la definición de funcionarios y servidor público en el Código Penal Peruano*. Tesis. Puno, 2017.[en línea]. [Consulta: 15 de noviembre del 2022] Disponible en: [http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14082/4630/Monje\\_Yucra\\_Bryan\\_Antony\\_Otazu\\_Pinto\\_Georges\\_Morgan.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14082/4630/Monje_Yucra_Bryan_Antony_Otazu_Pinto_Georges_Morgan.pdf?sequence=1&isAllowed=y) p.19

<sup>61</sup> LA MATA BARRANCO, Norberto Javier de. *El funcionario público ante el Derecho Penal*. *Revista Jurídica de Castilla y León* [en línea]. 2010, (20), [consulta: 31 diciembre 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3121878>. p.5

<sup>62</sup> MONTOYA VIVANCO, Yvan, *Manual sobre los delitos contra la Administración Pública*: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. [en línea] 1ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. ISBN: 978-612-47133-5-4. Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf> . p.68

Asimismo, dicha importancia también recaerá en el estricto respecto del principio de legalidad, solo así se tendrá certeza y seguridad jurídica de las conductas típicas asociadas a los delitos de corrupción<sup>63</sup>.

### 1.7 ¿Límite alguno?

Como ya se ha mencionado, no serán funcionarios públicos solamente aquellos que la ley administrativa formalmente reconoce por existencia del título, formalización y asunción efectiva del cargo, sino que también abarca aquellos supuestos que se encuentren inmersos en las siete causales del artículo 425 CP, teniendo en cuenta además que en el inciso siete incluye a otras leyes y la Const., con lo que se incluirá por ejemplo lo reconocido como funcionario en la Convención de la lucha contra la corrupción.

Al respecto, asumiendo entonces que, en ámbito penal, la figura del funcionario público desde luego es amplia y abarca nuevos supuestos que escapan de la esfera administrativa, no puede llevarnos a la falsa conclusión que cualquier persona que contrata con el Estado puede calificar como funcionario público y posiblemente sancionársele por un delito contra la A.P al cumplir con la calidad de sujeto activo exigida<sup>64</sup>.

En este sentido, si se ha establecido diversos supuestos recogidos en la lista del artículo 425 CP, no es por el simple hecho de que así se ha regulado o se quiera sancionar y reprimir a toda costa las acciones de los sujetos en la AP, sino porque el legislador en el irrestricto respeto del principio de legalidad, ha previsto nuevas situaciones en las que el sujeto de manera indispensable ostente una relación ineludible con el Estado mediante el ejercicio de sus funciones en el cargo que desempeñe. De modo que, solo así no se deje al margen de lo punible actuaciones indebidas de aquellos que cumplen funciones en una entidad pública sin estar formalmente incorporados en la carrera pública, como lo exige por ejemplo el Derecho administrativo o laboral.

Con lo expuesto, se puede afirmar que, al ser los delitos contra la AP, delitos de infracción del deber, los parámetros sobre la cual un determinado sujeto pueda adquirir la posición institucional de funcionario público, será sobre la base de los deberes institucionales

---

<sup>63</sup> BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*. España: J.M BOSCH EDITOR, 2016. ISBN: D9788494479038. p.100.

<sup>64</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública*. *Actualidad Penal* [en línea]. 2021, Vol.86, [consulta: 19 enero 2023]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p.84

que aseguren el cumplimiento de los fines estatales<sup>65</sup>. Es decir, que al sujeto que se le ha otorgado una especial confianza de naturaleza institucional para el cumplimiento efectivo de un cargo frente a los administrados sea considerada como tal.

### **1.8 Balance parcial**

De lo expuesto en los acápites anteriores, es necesario recordar los puntos tratados en este primer capítulo de la investigación, a efectos de lograr el objetivo que es determinar la necesidad o no a efectos penales de adoptar una figura autónoma del funcionario público.

En este capítulo, inicialmente se ha expuesto que el origen del funcionario público nace efectivamente en el Derecho administrativo a raíz del surgimiento de la Administración pública para ser representada con los administrados. Sobre ello, en esta rama del derecho, de manera rigurosa se ha calificado como funcionarios públicos a aquellos sujetos que cumplan con tres requisitos específicos los cuales son, en primer lugar, la existencia del título, el cual puede ser otorgada por elección popular directa, indirecta, por nombramiento o por disposición legal, en segundo lugar, la formalidad del título y, en tercer lugar, la asunción efectiva del cargo.

En contraste con el Derecho penal, podemos afirmar que estos sujetos reconocidos en la carrera administrativa, sin duda alguna también son reconocidos en el Derecho penal, con la diferencia que no serán los únicos supuestos incorporados por el legislador, sino que aunado a ello también se incluirán a otros sujetos para adquirir tal calificación en virtud del principio de legalidad según lo sostenido por la Const., el derecho internacional como es la Convención de la lucha contra la corrupción, así como lo regulado en el artículo 425 CP.

De este modo, se puede colegir, que el legislador ha ampliado los parámetros de concepción del funcionario público en el desarrollo penal, dejando abierta la posibilidad de incluir mediante el inciso 7 del mencionado artículo, otros supuestos que indique la Const. y la Ley, inciso en el que entrarían, por ejemplo, el supuesto de delegación de funciones.

Al respecto, pese a que una minoría de la doctrina, como por ejemplo la postura de Vignolo Cueva, se inclina por una concepción estricta y con ello universal de funcionario público aplicable en todas las ramas del derecho por el hecho de tener su origen en el derecho administrativo y estar adaptada inicialmente al servicio de la justicia, la doctrina mayoritaria se ha inclinado más bien por adoptar una concepción amplia y autónoma, para poder calificar al funcionario público como autor de los delitos contra la A.P alegando como principal razón que los parámetros del derecho tanto administrativo como laboral, no son de utilidad a efectos

---

<sup>65</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021 ISBN: 978-612-48290-6-2. p.105.

penales para poder atribuir responsabilidad, ya que lo que realmente interesa, es definir la especial vinculación o asignación de un deber institucional derivado de los fines estatales del sujeto. Por lo que consecuentemente, al ampliar esta esfera, se va a facilitar la persecución penal sin dejar impune supuestos que ameritan ser objeto de investigación.

Seguidamente, a nivel jurisprudencial, la C.S ha emitido pronunciamiento al respecto a través de la Casación 634-2015-Lima y Sentencia N°503-2017/Callao, mediante el cual, se pone énfasis en adoptar una postura propia del DP dejando de lado el derecho administrativo, ya que lo determinante corresponde al cumplimiento de tener participación en el ejercicio de sus funciones, tener un título habilitante, así como encontrar la vinculación del sujeto con los bienes asociados a un fin público, de modo que se interprete desde la lógica de la persecución.

Ahora bien, esta autonomía de la que se hace mención en el Derecho penal, no puede interpretarse de manera extralimitada de modo que cualquier persona que contrate con el Estado sea calificada como funcionario público. Justamente porque de serlo, cualquier persona podría calificar como autor de los delitos contra la A.P, y este tipo de delitos perdería tal sentido al ser reconocidos como delitos especiales. Por eso, frente a ello, existirá como requisito fundamental que el sujeto de manera indispensable ostente una relación ineludible con el Estado mediante el ejercicio de sus funciones en una entidad pública, sin la necesidad de estar incorporado en la carrera administrativa.

De lo expuesto entonces, tanto el legislador, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan con al menos dos exigencias para considerar a un sujeto como funcionario público a efectos penales, que son el título habilitante y el ejercicio de sus funciones. Al respecto el problema del sujeto que no cumple con el ejercicio de la función efectiva y comete un delito como acto previo ya ha sido resuelto a través de la incorporación del inciso 6 del artículo 425, admitiendo el concepto anticipado del funcionario público, sustentado en que este ejercicio no debe ser siempre efectivo para afirmar tal calidad de funcionario, puesto que resulta ser una medida fundamental de carácter político criminal para la lucha contra la corrupción en la fase previa a la efectiva asunción del cargo. Sin embargo, también surge un siguiente problema que es, aquel sujeto que, por el contrario, realiza el ejercicio de sus funciones, pero no posee un título habilitante válido, escenario del que surge la llamada figura del funcionario de hecho, el cual se analizará dicha tratativa en el segundo capítulo de la presente investigación.

## Capítulo 2

### Enfoque de la figura del funcionario de hecho en el Derecho penal

Expuesto en el capítulo precedente la necesidad de adoptar un concepto propio y autónomo del funcionario público en el Derecho penal, se encuentran diversos supuestos en los que determinados sujetos ostentan la calificación de funcionario público. Ahora bien, sobre dicha amplitud, aparece un escenario peculiar en el que un determinado sujeto en efecto si realiza el ejercicio de sus funciones, pero posee un título habilitante que deviene en nulo, figura a la que se denomina como el funcionario de hecho y sobre la cual corresponde analizar a efectos de estudiar su origen, desarrollo, así como adoptar una postura respecto a su reconocimiento y correcta aplicación o no en el Derecho penal, específicamente en los delitos contra la Administración pública, bajo criterios de delimitación, a fin de lograr un punto de equilibrio en el sistema penal.

#### 2.1 Origen y desarrollo en el Derecho administrativo

Sobre la figura del funcionario de hecho, el Derecho administrativo primigeniamente también ha reconocido la existencia de determinadas situaciones anómalas que se presentan en la Administración pública y consecuentemente lo convierten en irregular, dando origen así al llamado funcionario de hecho o de facto<sup>66</sup>.

En este sentido, De la Vallina ha definido al funcionario de facto, como aquel sujeto que, con un nombramiento aparentemente regular, y sin embargo jurídicamente nulo o la que en circunstancias excepcionales aun faltando dicho nombramiento, ejerce de buena fe las funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pacífica y continuada<sup>67</sup>.

Planteada dicha definición, este autor exige para tal calificación el cumplimiento de al menos tres requisitos esenciales que son, la existencia legal del cargo, posesión de cargo y la apariencia de legitimidad del título o autoridad. Como primer requisito, la existencia legal del cargo encuentra su fundamento en que, sin la existencia de un cargo, no puede existir tal función de modo que no podría hablarse ni de funcionario de iure ni de funcionario de facto, ya que sobre este último en mención, cubre administrativamente solo los vicios que invalidan el ingreso a la Administración Pública, y no aquellos referidos a la existencia misma del cargo público.

---

<sup>66</sup> MORENO NIEVES, Jefferson, *La defensa de Nadine Heredia. Aspectos Procesales*. Primera. Lima: Clic Derecho SAC, 2021. ISBN 97861248629. p.328

<sup>67</sup> LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. *Sobre el concepto de funcionario de hecho*. *Revista de Administración Pública* [en línea]. 1959, Vol.29. [consulta: 15 febrero 2023]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112428>. p.133

Como segundo requisito, se necesita que el funcionario de hecho se encuentre en real posesión del cargo, y que, además, dicho cargo deba ser tomado de manera pacífica, pública continuada y de buena fe, de modo que su actuación externa o frente a terceros deba ser de la misma naturaleza que si lo ocupara un funcionario de iure. Cabe señalar que, al hablar de este presupuesto, surgió la cuestión en referencia a si para un mismo cargo pueden coexistir un funcionario de hecho y de derecho, planteamiento al que se optó por admitirse siempre que el funcionario de derecho no esté en posesión efectiva del cargo, ya que de lo contrario ya no se estaría frente a un funcionario de hecho, sino que por el contrario se estaría frente a un usurpador.

Por último, como tercer requisito, se exige que exista una apariencia de legitimidad de título o autoridad, y es que sin la existencia de un título no puede hablarse de ninguna clase de funcionario. Sobre esta apariencia de legitimidad, recae su importancia de manera subjetiva cuando el funcionario crea de buena fe la legitimidad de su título y de manera objetiva cuando frente a terceros no se tenga duda alguna.

En mérito a lo expuesto, sobre el desarrollo del funcionario de hecho, debe tenerse claro que, no por no ser funcionario de derecho será entonces automáticamente funcionario de hecho, aceptar esta apresurada premisa conllevaría a erradas conclusiones, y es que, si bien ambas figuras tienen ciertas similitudes como es el ejercer las mismas funciones en la Administración pública, se diferencian en que mientras en el funcionario de derecho la relación con la institución es perfectamente regular, en el funcionario de hecho por el contrario, el modo de entrar al servicio de la administración deviene en irregular, aun cuando en el ejercicio de sus actividades no se perciba a simple vista diferencia alguna<sup>68</sup>.

## **2.2 Doctrina del estudio del funcionario de hecho en el Derecho penal**

Estableciendo entonces que la figura del funcionario de hecho parte inicialmente en el derecho administrativo, cabe preguntarse si esta figura puede o no ser válidamente aplicable al Derecho penal como un pleno funcionario. Planteamiento que se torna interesante toda vez que para la configuración de los delitos contra la Administración pública, se exige que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público y como regla general para tal calificación se había estudiado que dichos sujetos debían al menos cumplir con tener el título habilitante y realizar el ejercicio de la función pública. Sin embargo, en la praxis nos encontramos con una realidad diversa en la que también se dan supuestos de sujetos que ejercen las funciones públicas como

---

<sup>68</sup> LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. *Sobre el concepto de funcionario de hecho*. *Revista de Administración Pública* [en línea]. 1959, vol.29. [consulta: 15 febrero 2023]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112428>. p.118-125

tal, pero que no cuentan con un título habilitante válido, estando por tanto ante un escenario distinto que el derecho administrativo ya lo ha estudiado denominándolo funcionario de hecho.

Ahora bien, teniendo presente que en el artículo 425° del CP no se reconoce al funcionario de hecho, ni en ningún otro artículo de manera expresa ni tácita, parecería sostener que no se podría imputar responsabilidad, bajo el principio de legalidad, como autor de un delito contra la Administración pública al funcionario de hecho, que aun cuando no tiene título habilitante válido, si ha realizado el ejercicio fáctico de la función pública. No obstante, avalar esta idea resulta poco satisfactorio desde la función protectora que despliega el Derecho penal, más aún cuando se habla de aquel que ha sido nombrado como funcionario público, pero que, por algún vicio su nombramiento deviene en nulo<sup>69</sup>.

La doctrina penal, ha estudiado esta figura tomando como base lo planteado por el Derecho administrativo. En este sentido, Abanto Vásquez alega que, para efectos penales, el funcionario de hecho es entendido como aquel sujeto cuyo nombramiento o designación es nulo o anulable. Es por ello, que dicha figura debe ser reconocida dentro de la calidad de funcionario público y por tanto puede ser calificado como sujeto activo de la comisión de delitos contra la Administración Pública. Lo alegado, recaerá en la fundamentación que, al margen de las relaciones internas entre el sujeto con la Administración pública, lo que importa es la relación externa, porque el merecimiento de la pena debe radicar en el abuso hacia afuera del poder funcional que se le ha conferido, siendo que el único supuesto que puede excluir tal calificación será cuando la nulidad prohíba el ejercicio funcional, es decir cuando los actos del sujeto ya no fueran propios de un funcionario.

El profesor Nakazaki, por su parte, sostiene que la figura del funcionario de hecho es un caso de ejercicio irregular de la función administrativa, en la que un sujeto ejerce la función pública careciendo de un elemento esencial como lo es el título de habilitación ordinario. En este sentido, dicho autor parte inicialmente sobre el estudio de las teorías del funcionario de hecho en el Derecho administrativo y posteriormente se centra en el área penal, determinando que se admite una concepción restringida de funcionario de hecho en el que se considera al título o nombramiento nulo como título de habilitación para el ejercicio de la función pública. Siendo que dicha protección tiene como fundamento el poder de asignarles deberes de función

---

<sup>69</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública*. *Actualidad Penal* [en línea]. 2021, vol.86. [consulta: 19 abril 2023]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p.96

y sobre todo responsabilidad penal por alguna violación de estas funciones, de modo que ante ello puede ser considerado como autor de algún delito contra la Administración pública.

Asimismo, sostiene que además de considerar al nombramiento nulo como un título de habilitación, deben evaluarse otros elementos para que este sujeto pueda ser calificado como funcionario de hecho, como lo son la exigencia legal del cargo, posesión pacífica del cargo, posesión pública del cargo, apariencia de legitimidad ante el público, posesión de buena fe del cargo, así como la finalidad lícita del ejercicio de la función, cuestión importante de la que posteriormente diversos autores proponen y que incluso llega a ser materia de estudio a nivel jurisprudencial a través de la Casación N°442-2017-ICA<sup>70</sup>.

Sin embargo, dicho autor también advierte respecto a algunos problemas al momento de aplicar la figura del funcionario de hecho, como lo es la falta de fundamento legal para justificar la utilización de esta teoría en el Derecho penal, dado que no es posible construir esta figura utilizando únicamente criterios materiales, de modo que no es posible la elaboración de un concepto sin un elemento normativo ya que lo que hace el Código penal es fijar parámetros para definir a los funcionarios públicos. Asimismo, sostiene que existe una incompleta aplicación de la teoría del funcionario de hecho en la aplicación judicial del caso Vladimiro Montesinos Torres, alegando que una correcta aplicación del funcionario de hecho permitiría establecer que el ex asesor del Servicio de Inteligencia no puede ser calificado como funcionario de hecho por falta de análisis de cada uno de los elementos estudiados por la doctrina análisis el cual será materia de estudio en los siguientes acápite.

Por su parte, Frisancho, entiende la figura del funcionario de hecho como aquel sujeto que, habiendo sido nombrado o elegido legalmente, no cumple con las condiciones necesarias para ello, y sin embargo desempeña funciones públicas pese a que no reúnen todas las legitimaciones requeridas<sup>71</sup>.

Nolasco, asume la postura en la que reconoce al funcionario de hecho como el sujeto que accede al poder sin seguir con los procedimientos preestablecidos por las leyes, pero aun con ello se le otorga cierto título de reconocimiento de necesidad. Dicha limitación, se basa en el poder de facto, que al sujeto le permite desde luego situarse en una posición privilegiada con

---

<sup>70</sup> NAKAZAKI SERVIGÓN, César. *Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del sub sistema de justicia anticorrupción del Perú*. En: *El Derecho Penal y Procesal Penal Desde la Perspectiva de abogado penalista litigante*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2017. ISBN:9786123114091. P.846.

<sup>71</sup> FRISANCHO, Manuel, *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª ed. Lima: Editora FECAT E.I.R.L, 2011.p.39

respecto al bien jurídico protegido, y en condiciones necesarias en que puede llevar a cabo conductas típicas contra la Administración pública<sup>72</sup>.

Por su parte Montoya, de manera concreta sostiene que se habla de funcionario de hecho cuando un particular es incorporado como funcionario público a través de alguna forma de selección, designación o nombramiento que podrá resultar nulo, anulable y/o inexistente<sup>73</sup>.

En esta misma línea de ideas, Vargas desarrolla de manera más amplia al funcionario de hecho, quien sostiene que dicha figura inicialmente a través del derecho comparado ha sido incorporado tomando como base el concepto jurídico de las legislaciones de Italia y España. Dicho autor, entiende al funcionario de hecho como aquel sujeto que no goza de los requisitos suficientes para el ejercicio de una función pública, pero si goza de una aceptación motivo por el que se encuentra asimilado al concepto de funcionario público. Asimismo, sostiene que los sujetos que incorpora el artículo 385 y 392 del Código Penal, referidos al patrocinio ilegal y administradores o depositarios respectivamente constituyen un rubro especial de funcionario de facto.

Cuestión interesante plantea el autor al enfatizar la necesidad que el funcionario de hecho sea merecedor de una regulación específica a nivel de los supuestos establecidos en el artículo 425 del Código penal, la primera razón atiende netamente al fracaso de la eficacia comprensivo preventiva de flexibilización de los alcances de la noción del funcionario público. En segundo lugar, fundamenta que sería una forma de evitar las deficiencias de la legislación penal de modo que no se deje impune un comportamiento delictivo, y que, al no encontrarse regulados, bajo el principio de legalidad, no sean merecedor de una sanción penal. En tercer lugar, se busca con su incorporación que se utilice como antídoto para no incurrir en analogía prohibida.

Es por ello, que de esta manera la regulación del funcionario de hecho constituirá un papel fundamental incorporándolo de manera expresa de modo que se evite no solo incurrir en cláusulas abiertas, sino también que se pueda válidamente emplear a futuro ante la imposibilidad de aplicar retroactivamente esta figura<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> NOLASCO VALENZUELA, José y Érika AYALA MIRANDA, *Delitos contra la Administración Pública. Tomo I Parte General/Especial. Acuerdos y Sentencias Plenarias*. Primera. Lima: Ara Editores, 2013.p.162-163

<sup>73</sup> MONTOYA VVIVANCO, Yvan Manuel, *Manual sobre los delitos contra la Administración Pública*. Primera. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.. ISBN:978-612-47133-5-4. [Consulta: 05 junio 2023]. Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf> p.42

<sup>74</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*. 3ª ed. Lima: Grijley, 2020. ISBN: 978-603-4037-00-7 p.165

Una postura más reciente, es la planteada por García, quien entiende al funcionario de hecho como aquel sujeto que ejerce la función pública, pero que no cuenta con un título válido, esto es, que haya sido nombrado como funcionario público, pero que, por algún vicio, su nombramiento deviene en nulo. En este sentido, el autor hace énfasis en sancionársele siempre que dicho título habilitante sea considerado nulo, ya que estamos ante un escenario en el que sí existe título habilitante, aunque no haya desplegado efectos jurídico administrativos, solo que este es declarado nulo. Dicha razón, deviene en que en efecto no hay vinculación institucional administrativamente válida con el Estado; sin embargo, este ejercicio fáctico de la función pública bajo un título aparente ha generado una situación de confianza respecto de los ciudadanos que permite seguir tratándolo como funcionario público y por tanto hacerlo responsable del cumplimiento de los deberes derivados de la función pública ejercida.

Cuestión importante termina de acotar el autor, sosteniendo que dicha imputación ya no solo se basará en la infracción de los derechos estatales, pero sí por la confianza especial de naturaleza también institucional, que ha producido el cumplimiento efectivo de un cargo frente a los administrados<sup>75</sup>.

Por último, Vignolo por su parte postula que la figura del funcionario de hecho, debe ser considerada como “*no funcional*” ya que estos sujetos privados aun manteniendo su naturaleza original, adoptan atributos ajenos ejerciendo funciones y potestades administrativas, de modo que realizan labores materiales que le son propios de los verdaderos empleados públicos. A su vez, en contraposición con la concepción amplia del funcionario de hecho adoptada por la doctrina penal mayorista, el cual cualifica de arbitraria y elástica, propone determinados supuestos de funcionarios de hecho de menor a mayor grado de reprochabilidad, con relevancia tanto administrativa como penal, esto es, como un todo armónico.

Así, en primer lugar, calificará como funcionario de hecho, aquel que posterior a su vínculo orgánico, se le inhabilita para el ejercicio del cargo o pese a ello lo continúa ejerciendo en un determinado tiempo. En segundo lugar, calificará como tal aquel funcionario que habiéndosele aceptado la renuncia o habiendo sido relevado por el cargo por razones disciplinarias sigue ejerciendo dichas funciones. En tercer lugar, configurará como tal, aquel funcionario que continúa ejerciendo labores y potestades luego de vencido el término del contrato. En cuarto lugar, se encuentra el funcionario que sin perder su previa condición asume

---

<sup>75</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal* [en línea]. 2021, vol.86. [consulta: 19 junio 2023]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. P.95-96

efectivamente competencias o potestades que no le corresponden según se indica en las normas de competencia. En quinto lugar, será aquel privado que ejercita potestades administrativas sin ningún vínculo orgánico, pero sin demostrar posesión jerárquica. En sexto y último lugar, reconoce también como funcionario de hecho al particular que con vínculo jurídico general de colaboración ejercita potestades administrativas sobre órganos administrativos o de manera externa<sup>76</sup>.

### 2.3 Principales alcances del funcionario de hecho

En concordancia con las diversas posturas planteadas, se acepta entonces al funcionario de hecho dentro de la esfera jurídica de un funcionario público, y que, al poder cumplir con la calidad de sujeto activo, puede también responsabilizarse penalmente por la comisión de un delito contra la Administración pública regulado en el Código penal.

Pese a ciertas discrepancias con algunos estudiosos, el funcionario de hecho, debe ser entonces considerado como un sujeto que con un título de habilitación nulo ejerce en efecto funciones públicas en un determinado cargo. Es por ello que, se diferenciará del funcionario de iure toda vez que dicho título de habilitación en el funcionario de hecho, no es válido, por lo que acarrea en una nulidad y lo convierte en irregular. Sobre este punto, autores como Montoya y Vignolo hablan de una inexistencia del título e inhabilitación, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el título de habilitación dado mediante selección, designación o nombramiento, si existe, solo que por algún defecto deviene en nulo. Escenario distinto se plantearía si, se admite la inexistencia del título habilitante del funcionario, ya que entonces estaríamos hablando de una figura distinta, como lo es por ejemplo el usurpador de funciones.

Ahora bien, respecto a su regulación, el legislador no ha previsto de manera expresa al funcionario de hecho en el Código penal, así pues, en las disposiciones de los delitos contra la Administración pública, mediante el artículo 425 y el reciente artículo 425-A<sup>77</sup> del CP, se reconocen supuestos del funcionario público y funcionario público extranjero, sin mencionar de manera expresa ni tácita al funcionario de hecho. Sobre ello, pese a que algunos autores como Vargas alegan que los artículos 385 y 392 del Código penal referidos a los delitos de

<sup>76</sup> VIGNOLO CUEVA, Orlando. *Derecho penal y administrativo: El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática*. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* [en línea]. 2022, Vol. 5. Disponible en: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/574>. p.25-26

<sup>77</sup> Es funcionario o servidor público extranjero todo aquel que, independientemente de la naturaleza del vínculo que mantenga con las entidades u organismos de un Estado extranjero, cuerpos castrenses, policiales o cualquier agencia de seguridad nacional extranjera, empresas o sociedades que estén comprendidas en la actividad empresarial de un Estado extranjero y que en virtud de ello actúan como miembro, funcionario, designado, nombrado o representante de estos, incluso si su cargo emana de elección popular. Se incluye dentro de estos alcances a quienes ejercen estas funciones o roles en los organismos internacionales.

Patrocinio ilegal y Peculado por extensión respectivamente constituyen un supuesto especial de funcionario de hecho, se considera que no lo es, no se trata de funcionario de hecho, sino únicamente de particulares a los cuales se les ha vinculado de manera temporal o circunstancial con la Administración pública, estableciéndose así normas extensivas a la normativa referida con el fin de ampliar la tipicidad del delito. De modo que se les deberá examinar y de serlo sancionar, bajo la calificación de sujeto activo de un perfecto funcionario público de iure.

A su vez, debe hacerse énfasis sobre el más reciente planteamiento publicado por el profesor Vignolo, quien representa del análisis expuesto a la doctrina minoritaria, ya que, en su intento por concebir al funcionario de hecho a efectos penales y administrativos como un todo armónico, propone determinados supuestos sobre los cuales debe calificar un funcionario de hecho. No obstante, se considera que dichas delimitaciones conllevan a una errónea idea, toda vez que expande la esfera de la calificación del funcionario de hecho para entrar en otro desarrollo jurídico como es la figura del usurpador de funciones.

Así, en los tres primeros escenarios que propone, reconoce como funcionario de hecho en primer lugar a aquel sujeto que continúa ejerciendo sus funciones pese a que ha sido inhabilitado, en segundo lugar, a aquel que ha aceptado su renuncia y continúa ejerciendo, y en tercer lugar a aquel que ya venció su contrato como funcionario y persisten en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, estas propuestas no constituyen un supuesto de funcionario de hecho, ya que, si bien se cumple con el requisito de ejercer la función pública, no se habla de un título habilitante nulo sino más bien inexistente hacia esa persona porque el periodo en el que lo realiza ya concluyó, es decir dejó de tener la calidad de funcionario frente a ese cargo ostentado.

Asimismo, en el cuarto planteamiento, el autor incluye a un funcionario que teniendo dicha condición actual asume competencias que no le corresponden. Sobre este supuesto, también se considera erróneo, ya que dicho sujeto tiene un título habilitante que lo convierte en un funcionario público, pero su actuación ilícita la ha realizado sobre competencias ajenas al cargo ostentado de acuerdo al Manual de Organización y Funciones, así como el Reglamento del mismo. De ahí la razón por la que por ejemplo el delito contra la Administración pública en la modalidad de Peculado, exige en su descripción del tipo penal que el funcionario se apropie de los caudales del Estado siempre que se encuentre dentro de su esfera de competencia, situación que difiere de la propuesta planteada. En consecuencia, esto supone más bien una calificación del delito de Usurpación de funciones.

Finalmente, sobre el quinto supuesto, plantea el profesor que son funcionarios de hecho, los privados que ejercitan potestades administrativas sin vínculo orgánico. Al respecto, se puede

sostener que en este supuesto hablamos nuevamente de una inexistencia del título y por tanto no estaríamos antes la figura del funcionario de hecho.

De lo expuesto, cabe entender entonces que, si bien existen determinados alcances generales del funcionario de hecho, es importante delimitar su estudio, a fin de no confundirlo con una figura con ciertas similitudes como el usurpador de funciones.

## **2.4 Aspectos diferenciadores con el delito de Usurpación de funciones**

### **2.4.1 Breve repaso del delito de Usurpación de funciones**

El delito de Usurpación de funciones se encuentra regulado en el artículo 361 ubicado en el capítulo I de los delitos cometidos por los particulares, del título XVII Delitos contra la Administración pública, cuya redacción vigente según Decreto Ley N°25444, publicado en 23 de abril de 1992, es la siguiente:

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 la libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación de uno a dos años, conforme al artículo 36, inciso 1 y 2. Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Sobre el tipo penal, el verbo rector es usurpar, cuya acepción implica la noción que un sujeto en determinado momento, tome posesión física de un cargo, ilegítimamente sin título ni nombramiento que le permita ejercer la función pública, así como también se hace referencia a que un funcionario ejerza funciones que no le competen<sup>78</sup>.

En el delito de usurpación de funciones, se puede advertir entonces cuatro supuestos a saber, en primer lugar, como modalidad más básica se encuentra el usurpar una función pública; en segundo lugar, usurpar la facultad de dar órdenes militares o policiales; en tercer lugar, continuar ejerciendo el cargo pese a encontrarse destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo; y, en cuarto lugar, ejercer funciones distintas al cargo que se ocupa.

Al respecto, se puede apreciar que, sobre el sujeto activo para la configuración de este delito, se trata de un sujeto particular, es decir, que no es un funcionario público en las modalidades primera y segunda, esto es usurpar una función pública y usurpar la facultad de

---

<sup>78</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: IUSTITIA, 2019.. ISBN:978-612-4362-13-2 p.102

dar órdenes militares o policiales. Sin embargo, sobre las modalidades tercera y cuarta, referidas a hallarse destituido, cesado, suspendido, subrogado de su cargo y continuar ejerciéndolo; y ejercer funciones distintas al cargo que tiene, si requiere por el contrario que el sujeto ostente el cargo de funcionario público. Es por ello, que este tipo penal es amplio en tanto incluye supuestos de intervención en el que se requiere la participación tanto de particulares como de funcionarios.

Ahora bien, con la regulación del delito de usurpación de funciones, lo que se busca es sancionar a aquellos sujetos que incumplen con determinadas formalidades para poder acceder al ejercicio de la función pública o ejercerla. Sin embargo, debe aclararse que dicha protección no se da sobre el mero cumplimiento de formalidades para poder acceder a la función pública, sino más bien sobre la confianza mínima en la sociedad en tanto de que quienes actúan bajo la institución de la Administración pública deben tener legitimidad para hacerlo, y que además que aun siendo funcionarios públicos o habiéndolo sido, no pueden ejercer dichas funciones abiertamente, ya que esto genera una defraudación de unas expectativas de comportamiento, como lo es la desobediencia de los sujetos vinculados y la pérdida de la confianza por parte de la sociedad que ponen en entredicho la actuación legítima de la Administración Pública<sup>79</sup>.

#### **2.4.2 Diferencias en contraste con la figura del funcionario de hecho**

Dentro del panorama expuesto, se puede aducir que sobre la figura del funcionario de hecho y el usurpador de funciones, ambos conceptos involucran aspectos irregulares en el poder público dentro de la esfera del Derecho penal, así como también ambos vulneran la confianza mínima de la sociedad. Sin embargo, debe tenerse en claro que son figuras distintas, y que, al tener un desarrollo distinto, se debe por tanto determinar sus principales diferencias.

Es por ello que, como primera diferencia se alega que el funcionario de hecho, es considerado un funcionario que, en efecto, ejerce funciones públicas, con un título habilitante que si existe pero que deviene en nulo. Mientras que el usurpador de funciones, en las dos primeras modalidades que son usurpar una función pública y usurpar la facultad de dar órdenes militares o policiales, el sujeto es un particular que ejerce funciones sin contar con título alguno, es decir no existe, de ahí la razón por la que se explique que este delito de Usurpación de funciones se encuentre tipificado en el capítulo I del Título XVIII correspondiente a los delitos cometidos por los particulares dentro de la Administración pública.

---

<sup>79</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. ISBN:978-612-48290-6-2. p.141-144.

Asimismo, se aprecia una distinción más amplia con el funcionario de hecho, en cuanto a la tercera y cuarta modalidad del delito de Usurpación de funciones, que son ejercer funciones pese a encontrarse destituido, suspendido, subrogado de su cargo; así como ejercer funciones distintas al cargo, ya que en estos casos si bien ya no se habla de un sujeto particular sino de alguien que ostenta la calidad de funcionario público y que por tanto si tiene un título, estos ejercen funciones públicas pero que no les corresponde ejercerlas al no encontrarse habilitado o no encontrarse dentro de su esfera de dominio.

En segundo lugar, respecto al funcionario de hecho, dicha figura no se origina por sí misma en un ilícito penal ya que la irregularidad deviene en el título habilitante que lo convierte en nulo pero que si existe, y que además ejerce válidamente la función pública. Por lo que esta figura constituye más bien una calificación para que válidamente pueda considerársele dentro de la esfera del sujeto activo para sancionar delitos contra la Administración pública de ser el caso en que dicho sujeto cometa actos delictivos en esta materia. Mientras que en el usurpador de funciones su sola actuación si configura un ilícito penal y como consecuencia es merecedor de una sanción penalmente relevante.

En tercer lugar, sobre la eficacia de los actos que haya realizado el sujeto activo en el caso de la Usurpación de funciones los efectos son nulos, mientras que en el funcionario de hecho los actos realizados si tienen validez, esto en mérito al principio de confianza. Es por ello que, a modo de ejemplo para los casos de administración del dinero del Estado, cuando se trate de un funcionario de hecho que administre los fondos públicos en el cumplimiento de sus deberes que emana su cargo ostentado, su administración será válida o lícita, mientras que en el caso del particular que es un usurpador y administre fondos que desde luego no constituyen parte de su competencia, su administración devendrá en ilícita al no tener título habilitante alguno<sup>80</sup>.

## **2.5 Desarrollo Jurisprudencial Casación N°442-2017-ICA**

La Corte Suprema ha planteado un desarrollo breve aplicable al Derecho penal sobre la figura del funcionario de hecho, reconociéndolo y determinando criterios sobre los cuales puede calificar o no un sujeto como funcionario de hecho y consecuentemente encontrarse dentro de la esfera de delitos cometidos contra la Administración pública, en calidad de sujeto activo según lo exige el tipo penal.

---

<sup>80</sup> NAKAZAKI SERVICIÓN, César. *Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del sub sistema de justicia anticorrupción del Perú*. En: *El Derecho Penal y Procesal Penal Desde la Perspectiva de abogado penalista litigante*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2017. ISBN:9786114091 p. 846

Así pues, uno de los alcances más próximos sobre esta figura en mención es la Casación N°442-2017-ICA, mediante el cual se debate la atribución de la responsabilidad penal del funcionario de hecho, sobre la cual merece ser objeto de revisión.

### **2.5.1 Hechos del caso**

Los hechos del presente caso surgen en el año 2013, periodo en el que el trabajador de la Corte Superior de Ica, Luis Alberto Gallegos Cáceres, se desempeñó durante los meses de enero a junio como asistente administrativo de la Unidad de Servicios Judiciales de dicha Corte. Siendo que durante este periodo se habría apropiado la suma de S/. 4920.00 soles, por concepto del pago en alquiler mensual de S/.820.00 soles durante los meses de enero a junio del 2013 por parte de la concesionaria del servicio de fotocopias de las sedes de Pisco, Paula Guevara Jurado. Sobre dicho monto total, el investigado se apoderó del dinero que debió ser depositado en la cuenta de la Corte del Poder Judicial de Ica, no obstante, para lograr dicho cometido, este sujeto habría aprovechado sus conocimientos al haber laborado anteriormente en el área de recaudación, así como el haber participado en el Proceso de Selección de la Concesión del Servicio de Fotocopiado en el año 2013 y con ello lograr dicha apropiación.

En mérito a lo expuesto, con fecha 13 de junio del 2016, se obtuvo en primera instancia la condena del entonces secretario Luis Alberto Gallego, en calidad de asistente jurisdiccional en la Corte Superior de Justicia de Ica, como autor del delito de Peculado doloso regulado en el artículo 387° del Código Penal, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida aunado a una inhabilitación en el cargo de asistente jurisdiccional de la Corte Superior de Ica, una pena de 230 días multa, así como S/.5500 soles por reparación civil.

Pese a que la defensa técnica interpuso recurso de apelación, con fecha 16 de febrero del 2017, se confirmó la sentencia obtenida en primera instancia. Por lo que con fecha 02 de marzo del 2017 se interpuso recurso de casación excepcional, en mérito a una incorrecta interpretación del artículo 387° del C.P debido a una errónea aplicación de la figura del funcionario de hecho. Siendo que, en virtud de la garantía procesal de la debida motivación, el Tribunal Supremo concedió dicho recurso, delimitando como objeto del pronunciamiento cuál es la correcta interpretación al delito de Peculado doloso en consonancia con la teoría del funcionario de hecho<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. SALA PENAL TRANSITORIA. *Casación N°442-2017-ICA*. 2019 [consulta: 5 agosto 2023]. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/248dd2804d869377b5c7f75cd3eb06f8/CASACION%2B442-2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=248dd2804d869377b5c7f75cd3eb06f8>. P.2-3

### 2.5.2 *Análisis del caso*

En mérito a los hechos expuestos, la Corte precisó inicialmente que el tipo penal del delito de Peculado, exige que el sujeto activo además de tener la calidad del funcionario público, debe ostentar la vinculación funcional específica de percibir, custodiar o administrar efectos o caudales públicos.

Sobre ello, la sentencia en primera instancia alegó que Luis Alberto Gallego Cáceres, había asumido de facto un rol funcional dentro de la Administración pública, como es la función de depositar en el Banco de la Nación el dinero que la concesionaria Paula Radelia Guevara Jurado, de modo que de esta manera se aprovechó de su posición privilegiada para apropiarse del dinero que debía entrar en las arcas del Estado.

Sin embargo, este razonamiento es errado toda vez que, si bien es cierto que el señor Luis Alberto Gallegos Cáceres, trabajó inicialmente como auxiliar de recaudación del Poder Judicial, debe tenerse en cuenta que en el momento que suscitaron los hechos ilícitos, el sujeto ostentaba la calidad de auxiliar de requisitorias del Poder Judicial, siendo que, sobre este último cargo ni de manera escrita ni verbal<sup>82</sup> se puede advertir que tenía dentro de sus funciones la custodia o administración de caudales públicos según lo exige el tipo penal del delito de Peculado. Por consiguiente, al no calificar como un funcionario de iure, la Corte procedió a analizar si dicho sujeto actuó o no bajo la figura del funcionario de hecho y así evaluar si ostentaba una vinculación funcional específica de facto.

En esta línea de ideas, la Corte precisa que el funcionario de hecho tiene su fuente indiscutiblemente en el Derecho administrativo. Asimismo, reconoce que la doctrina mayoritaria en conjunto con la jurisprudencia nacional, adopta una concepción restringida sobre aquellos sujetos que pueden ser calificados como funcionarios de hecho. Por lo que, estos últimos están condicionados a que cuenten con un acto de nombramiento pero que por ser irregular no se le otorga la condición de funcionarios de iure, ya que de lo contrario asumir la no existencia de investidura, daría lugar más bien a un usurpador.

En este contexto, el señor Luis Alberto Gallegos Cáceres, durante el periodo que se desempeñó como auxiliar de requisitorias del Poder Judicial, no se ha podido determinar que haya tenido un dominio funcional sobre los bienes públicos, ni que se le haya conferido irregularmente las funciones para percibir, custodiar o administrar los caudales estatales.

---

<sup>82</sup> Según el Acuerdo Plenario N°01-2010/CJ-116 reconoce que la designación de una función también se puede realizar de manera verbal, toda vez que en el fundamento 15 apartado c, se alega que mediante una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicas al funcionario que inicialmente no poseía.

Asimismo, esta Corte no solamente define al funcionario de hecho como aquella persona física o natural que, con un nombramiento nulo o irregular, ejerce funciones de un cargo público, sino que además establece determinadas características sobre el cargo público que debe ostentar, delimitando que estos ejercicios de las funciones del cargo deben realizarse de manera efectiva, pública, pacífica y continuada.

Sobre estos parámetros fijados, finalmente la Corte determina que no se trata de un funcionario de hecho puesto que, en primer lugar, el cargo no tiene existencia legal, ya que no existe en la Corte Superior de Justicia de Ica el cargo de recaudador para concesiones de fotocopias, advirtiendo además que era el concesionario según obra en dicho contrato quien deposita el dinero en la cuenta del Banco de la Nación, por lo que sobre el sujeto solo se puede reconocer que hubo un aprovechamiento de una situación respecto del particular para recibir dinero que desde luego no le correspondía.

En segundo lugar, no concurre la posesión del cargo, ya que dicho asistente administrativo se desempeñaba como auxiliar de requisitorias y no en el cargo de recaudador, por lo que no pueden hablarse de una posesión efectiva, exclusiva, pacífica ni continuada. Y finalmente en tercer lugar, no hay apariencia de legitimidad del título, ya que no existió ninguna delegación o designación de la función de manera escrita ni verbal.

Por todas las consideraciones expuestas, se concluye que no es posible sostener que Luis Alberto Gallegos Cáceres haya ostentado la calidad de funcionario de hecho, no el haber ejercido un dominio material o funcional de facto para apropiarse de la suma de S/.492.00 soles que eran destinadas a la mencionada institución pública. Por consiguiente, se dispuso fundado el recurso de casación excepcional, revocando así la sentencia de vista del 16 de febrero del 2017, absolviéndolo de esta manera según lo expuesto en la acusación fiscal<sup>83</sup>.

## **2.6 Una mirada al panorama del funcionario de hecho**

Ahora bien, de todo lo señalado en los acápites precedentes se puede afirmar que el Derecho penal ha optado por lo menos en admitir la figura del funcionario de hecho, en mérito a diversas razones. En primer lugar, lo ha admitido e incluso lo ha aplicado, aunque de manera apresurada en los años 2000 a propósito de la investigación seguida contra Vladimiro Montesinos y Bedoya Vivanco por el caso de los “Vladvideos”, un escenario que terminó en una sentencia contra el ex asesor de Sistema de Inteligencia Nacional por el delito de Peculado

<sup>83</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. SALA PENAL TRANSITORIA. *Casación N°442-2017-ICA*. 2019 [consulta: 5 agosto 2023]. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/248dd2804d869377b5c7f75cd3eb06f8/CASACION%2B442-2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=248dd2804d869377b5c7f75cd3eb06f8>. p.13-14

doloso bajo la figura del funcionario de hecho, calificación que a todas luces se realizó sin gran análisis tanto por el Ministerio Público como por el Poder Judicial, pese a que no existían antecedentes penalmente hablando sobre dicha figura, lo que hace concluir que dicha decisión atendió a temas netamente políticos en el que se necesitaba una aceptación social y se buscaba por tanto una pena privativa de la libertad mucho más severa que si se le sancionaba por un delito menor como el de Usurpación de funciones y sobre lo cual su desarrollo será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

En segundo lugar, como ya se ha estudiado, el Derecho penal, a través de la doctrina se interesó en desarrollar al funcionario de hecho partiendo de su origen, esto es con el Derecho administrativo. Así, la doctrina penal lo ha tomado como base, recogiendo todos los elementos que se maneja en dicha rama del derecho, definiéndolo, así como aquel sujeto que en efecto ejerce perfectamente funciones públicas de una determinada institución, bajo un título habilitante pero que, por algún defecto, dicho título deviene en nulo. Asimismo, la doctrina admite que los actos que realice este funcionario deben ser tomados como válidos en mérito a la seguridad jurídica y también a la confianza frente a terceros que se puede haber originado, motivo por el que entonces al ser tratado como un funcionario a efectos penales, deba ser sancionado como tal frente a un supuesto acto de corrupción y por tanto cumplir con el requisito de sujeto activo.

En tercer lugar, el Derecho penal ha hecho propia esta línea de desarrollo, complementándolo con ciertas características sobre la figura del funcionario de facto. Siendo así, que la jurisprudencia a través de la Casación N°442-2017-ICA admite la aplicación del funcionario de hecho, mediante el análisis de caso del trabajador de la Corte Superior de Ica, estableciendo criterios que permitan calificar correctamente a un funcionario de hecho. Siendo que, bajo dicho contexto, se sostuvo que deben concurrir al menos tres requisitos. En primer lugar, debe estar regulada la existencia legal del cargo, ya que de lo contrario se desnaturalizaría la figura. En segundo lugar, debe concurrir la posesión del cargo, la cual debe ser de manera efectiva, exclusiva, pacífica y continuada, y, en tercer lugar, debe tomarse en cuenta una real posesión del cargo, de modo que impida confundirlo con otras figuras en el Derecho penal.

Sin embargo, aún con todas estas consideraciones expuestas, debe advertirse a criterio personal que aun cuando el sistema penal haya aceptado la figura del funcionario de hecho, corresponde plantearse cuál es el sentido que se le da a esta figura, esto es, ¿realmente cabe en el Derecho penal hablar de un funcionario de hecho?, esto en mérito a que debe tomarse en cuenta que se maneja un concepto amplio de funcionario público, para lo cual, interesa evaluar varios supuestos que se desarrollarán a continuación.

## 2.7 ¿Usurpación de funciones como punto de salida? ¿Colisión de dos figuras?

Interesante cuestión trae a colación, el hecho que esta figura del funcionario de facto al tener características comunes con el delito de Usurpación de funciones, pueda ser entendida o estudiada bajo la lógica de un usurpador. Al respecto, si se opta por incluir dentro de la figura de usurpación al funcionario de facto, entonces nos encontraríamos bajo dos grandes problemas.

El primero de ellos, sería la gran desventaja respecto a la benignidad de la pena en favor al funcionario de hecho, puesto que la pena es notoriamente favorable si se le equipara al de un usurpador. Así, en el delito de Usurpación de funciones a la actualidad, se sanciona con una pena de cuatro hasta siete años, en cambio a un funcionario de hecho si se le lograra calificar como un funcionario público indistintamente de su irregularidad en su nombramiento, se le podría sancionar como autor de alguno de los tipos penales regulados en la sección de Corrupción de Funcionarios establecidos en el Código Penal. Por tanto, resulta relevante las sanciones penales establecidas, más aún cuando se trata de un sujeto que sí se le considera funcionario para ejercer funciones, y en consecuencia al tener dichas facultades también debería asumir severas responsabilidades frente a sus actos, como lo es el poder ser calificado como un funcionario público.

El segundo gran problema y en principio el más importante, resulta ser el quiebre de la estructura sistemática tanto del estudio del delito de Usurpación de funciones así como el de los delitos contra la Administración Pública, ya que si se admite que se subsuma el funcionario de hecho bajo el concepto del usurpador de funciones, entonces se diría que cualquier sujeto que realiza concertaciones con el Estado o apropiaciones de dinero pertenecientes a las arcas del Estado, deberían responder por el delito de Usurpación de funciones y no por los otros delitos pertenecientes a la sección de Corrupción de funcionarios como lo son la Colusión y el Peculado, perdiendo la razón de ser de este grupo de delitos especiales, que son catalogados así justamente por su especial condición de funcionario o servidor público que lo caracteriza y en consecuencia sus competencias.

Sobre este último punto entonces, debe quedar claro que no es lo mismo hablar de un usurpador de funciones como aquel sujeto que no tiene competencias ni títulos para ejercer funciones y que por tanto sus actos son nulos, que de un funcionario de hecho que por el contrario si tiene competencias y las ejerce, pero bajo un título habilitante nulo y cuyas actuaciones se tomarán por válidas.

A todas luces, se puede sostener entonces que no tiene sentido hablar de un funcionario de hecho bajo el ámbito de desarrollo del usurpador de funciones, porque son figuras totalmente distintas. Ahora bien, habiendo negado entonces que el funcionario de hecho pueda

desarrollarse subsumiéndose en la figura del usurpador de funciones, se torna la siguiente cuestión ¿Se debe admitir la figura del funcionario de hecho de manera independiente y por tanto merecedora de una regulación propia?

### **2.8 ¿Funcionario de hecho como figura independiente?**

Si afirmamos que el funcionario de hecho se desenvuelve bajo la lógica de un concepto independiente, nos encontramos frente a dos grandes escenarios. El primero será, desde luego aplaudido al constituir una medida político criminal creyéndose erróneamente que una regulación del funcionario de hecho adicional y autónoma al del funcionario público de iure será la mejor solución, y generará así una falsa percepción que se está trabajando arduamente en disminuir los altos niveles de actos de corrupción en el país y que mediante la integración de esta figura se permitirá imputar a más funcionarios y se les sancionará acorde a lo estipulado por el legislador. No obstante, aceptar dicha situación conllevaría a entrar en conflicto con toda la estructura del sistema penal en el ámbito de los delitos de corrupción de funcionarios, ya que no solo basta un título habilitante, aunque devenga en nulo, o un ejercicio de las funciones, sino que además en los delitos especialísimos se exige a modo de ejemplo demostrar una relación funcional, facultades, otorgamientos, custodia, entre otros, por lo que aun regulándolo de manera independiente no sería suficiente para cumplir con la cualidad de sujeto activo en un delito de corrupción.

Como segundo escenario, si se opta por no aceptar el desarrollo independiente del funcionario de hecho, conllevará a un descontento social y una sensación que poco o nada hace la doctrina y jurisprudencia para dilucidar el tema o dar determinados alcances de cómo debe ser entendido y el eje sobre el cual se desenvuelve la figura. Por lo que, en dicha búsqueda, surge consecuentemente la siguiente cuestión ¿cómo es que se debe entender la figura del funcionario de hecho si es que se admite en el Derecho penal?

### **2.9 Propuesta interpretativa**

A la actualidad, existen serios cuestionamientos respecto al tratamiento legal que se le debería dar o no al funcionario de hecho, e incluso se ha intentado forzosamente encajar supuestos dentro del funcionario de hecho sin entender bien esta figura para poder pretender cumplir con la calidad de sujeto activo dentro de un ilícito penal contra la Administración pública. Este problema surge en realidad porque se ha partido de lo establecido por el Derecho administrativo quien lo excluye de la calificación propia del funcionario público, y que como se ha estudiado anteriormente, esto atiende básicamente a la concepción estricta que se tiene sobre este, admitiendo en esta definición de funcionario público solo a aquellos que ingresan a la carrera administrativa.

Al respecto, como punto de partida debe dejarse claro que el estudio realizado en esta investigación respecto al funcionario de hecho en el Derecho administrativo se realizó en atención a fines netamente didácticos dado que su origen nace en dicha rama. No obstante, el campo de desarrollo de la figura de un funcionario público en el Derecho penal debe tener un tratamiento distinto, autónomo y por tanto amplio, desplegándose de lo estudiado en la rama administrativa. Ello en mérito a que, si bien tanto el Derecho administrativo como el Derecho penal comparten áreas comunes de protección, el Derecho penal protege bienes jurídicos concretos bajo criterios de lesividad y peligrosidad, de modo que lo que busca es restablecer la confianza mínima de la sociedad respecto de un sistema normativo que sigue vigente. En este sentido, lo que se fundamenta en la entrada del Derecho penal y no del Derecho administrativo en los delitos contra la Administración pública es en primer lugar la existencia de un deber positivo del funcionario público de garantizar que el curso de lesión o de peligro no afecte la organización de la Administración pública. Y, en segundo lugar, la especial vinculación del funcionario con la institución, vinculación que debe ser entendida como el buen ejercicio de sus competencias de modo que no abuse de ellas, se aproveche de la gestión, o la oportunidad para obtener un provecho económico<sup>84</sup>.

Dicho esto, sobre la autonomía en el Derecho penal, la figura del funcionario de hecho no se encuentra regulado ni definido mediante un artículo propio en el Código penal, situación que no difiere tanto con lo que sucede con el llamado funcionario público, ya que, sobre este último el legislador sin definir tal concepción ha establecido a través de una lista *numerus apertus* supuestos que califican como funcionario público. Al respecto, debe advertirse que los textos legales no están para definir, pero sí para normar. Para lo cual, se debe recurrir a la doctrina, ya que entre otras situaciones es la encargada de definir, aplicando criterios y soluciones prácticas creando un carácter persuasivo y significativo en la interpretación de leyes, con lo cual corresponde primero sostener qué se debe entender por funcionario público y por funcionario de hecho.

En este sentido, de todo lo desarrollado en el capítulo primero, se debe tener claro que un funcionario público a efectos penales, será aquel sujeto que, mediante nombramiento, elección popular o designación posee determinadas competencias para actuar en representación

---

<sup>84</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021.. ISBN:978-612-48290-6-2 p.66

del Estado y atender fines netamente públicos<sup>85</sup>. Sobre dicho concepto, se desarrollan por tanto dos requisitos esenciales, el primero será un requisito formal, que es el nombramiento, elección o designación sobre el cargo que ostenta, esto es el título habilitante, y el segundo requisito atenderá a uno material, que en principio es el más importante, referido al ejercicio de competencias.

Por su parte, el funcionario de hecho será definido como aquel sujeto que a través de un título habilitante pero que por algún defecto o irregularidad deviene en nulo o anulable, se le otorga igualmente competencias para actuar en representación del Estado atendiendo fines públicos. Sobre dicho concepto, debe advertirse que esta calificación denominada funcionario de hecho sigue exigiendo la existencia de un título habilitante que posteriormente devendrá en nulo o anulable pero que de igual modo debe existir.

Ahora bien, analizando ambas figuras, se puede sostener que el funcionario de hecho, en efecto cumple con las dos exigencias establecidas para ser calificado dentro de la concepción que se tiene sobre el funcionario público. Esto debido a que, atiende a una exigencia no solo material en el que el sujeto se desenvuelve en el ejercicio de sus competencias en una Administración pública, y que con ello no habría mayor problema de entender, sino que además también se sigue cumpliendo con una exigencia formal esencial que es el otorgamiento del título habilitante. Si bien es cierto, y aquí marca la diferencia con el funcionario público usual, existe una irregularidad en dicho título que hace que devenga en nulo o sea anulable, también es cierto que este título habilitante si existe. Diferente es si no existiera dicho título, ya que lo que hará entonces de ser la situación que se catalogue como un usurpador de funciones, cuyo título habilitante en las modalidades básicas no existe. En consecuencia, se puede razonar entonces que, hablar de un funcionario de hecho implica hablar de un funcionario público con características especiales pero que lo engloba finalmente dentro del ámbito penal dada su concepción amplia sobre un funcionario público porque cumple con los dos requisitos esenciales para su calificación.

Dicha autonomía y amplitud de la concepción del funcionario público a todas luces debe entenderse, desde luego que tiene límites, y es que, si bien es cierto el Derecho penal al tener como principal función mantener vigente comportamientos que han sido institucionalizados y que con ello se generen expectativas, también es cierto que no todos somos ni podemos ser responsables por todo, por lo que se debe entender que dicho límite para determinar

---

<sup>85</sup> VILCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald. "Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita". En: *Delitos contra la Administración Pública*. 1ª ed. Lima: Ideas, 2020. ISBN:9786124800191. p.50

responsabilidades penales estos delitos contra la Administración pública deberá enfocarse sobre la base de las competencias. Siendo que, en este sentido el pretender dejar fuera de la esfera del funcionario público al funcionario de hecho por la irregularidad que hace que el título devenga en nulo o anulable<sup>86</sup> resulta cuestionable dado que al encontrarnos bajo delitos de infracción del deber, lo que importa es la vinculación institucional que se tenga sobre el sujeto y no sobre la base de aspectos formales posteriores al otorgamiento del título habilitante que causan la nulidad o anulabilidad adolecidos por vicios de carácter administrativo. Ello, en mérito a que se ha generado una situación de confianza y que en consecuencia dichos actos tienen una presunción de legalidad sobre determinadas actuaciones, de ahí la razón por la que se consideren válidos.

Con lo expuesto, se admite entonces la figura del funcionario de hecho, pero dentro del concepto amplio de funcionario público reconocido en el ámbito penal, por lo que no guarda sentido hablar de una regulación distinta si es que estamos frente a un campo de desarrollo lo suficientemente amplio en el que abarca tal definición y que entonces va a calificar como sujeto activo frente a un delito cometido contra la Administración pública si es que este comete un ilícito penal. Dicho esto, es necesario plantear algunas consideraciones respecto a cómo se debe ubicar y entender la naturaleza jurídica de dicha figura.

En primer lugar, podemos alegar que hablar de un funcionario de hecho forma parte del contenido esencial de un funcionario público a efectos penales. El ser admitido y nombrado de hecho atiende a fines académicos y administrativos, en el que importa mucho las formalidades. Sin embargo, su desarrollo se desenvuelve bajo la lógica de un funcionario cumple con ambos requisitos esenciales, esto es el formal en el que existe un título habilitante y material en el que hay un desarrollo de competencias.

En segundo lugar, tiene cabida hablar de un funcionario de hecho dentro del concepto amplio de funcionario a efectos penales, porque lo que importa en el Derecho penal al momento de calificarlo como tal principalmente será por las competencias asignadas al sujeto para el desenvolvimiento dentro de una Administración pública.

En tercer lugar, no cabe hablar de una distinción entre ambas figuras penalmente hablando porque las consecuencias jurídicas penales serán las mismas, ya que en ambos casos tanto de iure propiamente hablando como de hecho, ostentan de igual manera la calidad de

---

<sup>86</sup> Si bien, la nulidad implica que en efecto no se hayan cumplido con los requisitos esenciales, a diferencia de una anulabilidad en la que se puedan subsanar los vicios advertidos, resultan indistinto hacer una diferenciación entre estos dado que el campo de acción sobre el derecho penal se expande frente al Derecho administrativo para este tipo de análisis.

funcionario y ambos pueden poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos en la Administración pública tanto en su modo general como lo es el correcto funcionamiento de la Administración, como del bien jurídico protegido específico atendiendo al tipo penal a tratarse.

En cuarto lugar, tiene sentido acoger una amplitud de funcionario público a efectos penales en el que no se deje afuera de esta definición al funcionario de hecho dado que como ya se ha descrito, lo que busca el Derecho penal como un sistema jurídico es restablecer la confianza en la sociedad regulando conductas o comportamientos que desde luego defrauden estas expectativas. Por lo que, atendiendo a la seguridad jurídica no se puede dejar supuestos que son merecedores de sanción penal por formalidades que importarán para el Derecho administrativo, pero no para el Derecho penal, ya que si existe un título habilitante y esa es la formalidad que verdaderamente importa, siendo que sus defectos posteriores que lo conviertan en nulo o anulable le es indistinto al ámbito penal.

En quinto lugar, aplicar un solo concepto general de funcionario público en el que esté válidamente incluido el funcionario de hecho, resulta viable toda vez que ya la Corte Suprema a través de la Casación 634-2015 Lima argumentó que en el Derecho penal para ser considerado un funcionario público se debe cumplir bajo las exigencias de tener un título habilitante así como una participación en el ejercicio de las funciones públicas, por lo que no tuvo problema alguno en calificar al bombero como funcionario público, quien en principio no estaba reconocido dentro de los supuestos establecidos para catalogarse como tal. Esta amplitud que recoge y rompe con el Derecho administrativo, tal como se analiza, se debe entender que también incluye al funcionario de hecho porque sigue cumpliendo con las dos exigencias indispensables que se requieren.

Por todas las consideraciones expuestas que aceptan admitir al funcionario de hecho sobre el campo de desarrollo del mismo del funcionario público a efectos penales atendiendo a sus dos requisitos esenciales, cabe ahora determinar estos parámetros o criterios para considerar a un funcionario de hecho ya que si se acepta dicha figura sin más, se estaría aceptando al funcionario de hecho como un supuesto de cajón de sastre en el que cualquier sujeto que se catalogue como tal pueda entonces calificársele como sujeto activo por un delito contra la Administración pública, hecho que a todas luces es errado.

Sobre esta línea de ideas, se ha pensado que dicha figura deberá calificar como tal bajo tres criterios a proponer, en primer lugar, se necesitará determinar la especial vinculación institucional que tenga el sujeto con una determinada institución pública, es decir que exista una relación conexas entre sujeto e institución pública. En segundo lugar, debe demostrarse la capacidad decisoria que ejerza el sujeto dentro de la administración, este requisito es

determinante porque de no demostrarse esta potestad entonces lo que estaría haciendo dicho sujeto es arrogar funciones que desde luego no le corresponden. En tercer y último lugar, deberá demostrarse finalmente que dicha intervención realizada por el sujeto esté validada por la existencia de un título habilitante que se haya otorgado mediante nombramiento, elección o designación mediante la delegación de competencias siempre que esté permitida por ley.

## **2.10 Balance parcial**

Frente a lo expuesto en los acápites anteriores, se torna necesario recapitular los puntos estudiados en este segundo capítulo de la investigación, a efectos de dar los esenciales alcances y criterios de delimitación de la figura jurídica del funcionario de hecho.

Con fines académicos se ha estudiado que el funcionario de hecho tiene como origen su desarrollo en el Derecho administrativo, siendo el máximo exponente de esta rama De la Vallina. Sin embargo, a efectos penales es necesario dar un alcance propio o autónomo del funcionario de hecho, toda vez que si bien es cierto tanto la rama administrativa como penal protegen a la Administración pública, la entrada en el Derecho penal se enfoca en este tipo de delitos respecto a la existencia de deberes positivos del funcionario público con la finalidad de garantizar que no se afecte la Administración pública y también respecto a la vinculación del funcionario con la institución, por lo que el campo de desarrollo al tener un enfoque propio hace necesario que tenga una concepción más amplia y autónoma, descartando así la posibilidad de adoptar un concepto armónico y unitario para ambas ramas del derecho como lo plantea el profesor Vignolo.

Así, un sector mayoritario de la doctrina penal ha postulado entender al funcionario de hecho bajo una concepción estricta en la que únicamente será calificado como tal si es que este sujeto goza de un título habilitante, esto es, que exista dicho título, pero que finalmente devenga en nulo porque su investidura se ha tornado irregular y además que sobre dicho título ejerza funciones o competencias. Por otro lado, otro sector minoritario de la doctrina habla de un funcionario de hecho respecto de un sujeto que ha sido incorporado a la Administración y en efecto ejerce funciones a través de un nombramiento “inexistente”.

A su vez, una aproximación más reciente es la que establece la Casación N°442-2017/ICA, a través de la cual añade nuevos alcances para poder identificar a un funcionario de hecho, así, además de la existencia legal del cargo que por algún defecto es nulo pero que posee apariencia legal del título, se exige también que el sujeto ejecute una posesión del cargo siempre y cuando se haya ejercido de manera efectiva, exclusiva, pacífica y continuada.

Ahora bien, bajo el estudio de la mencionada figura y bajo un análisis e interpretación sistemática, se debe definir al funcionario como aquel sujeto que a través de un título habilitante

pero que por algún defecto o irregularidad deviene en nulo, se le otorga competencias sobre dicho título ostentado para actuar en representación del Estado atendiendo a fines públicos.

Sobre dicha concepción debe advertirse que se adopta desde luego una concepción autónoma para el Derecho penal y que además exige indispensablemente la existencia de un título habilitante, descartando así lo postulado por la doctrina minoritaria, ya que, si se acepta la posibilidad de una inexistencia como tal, se estaría desnaturalizando la figura, llegando a confundirla con el llamado usurpador de funciones.

En esta línea de ideas, es necesario además analizar el campo de desarrollo o naturaleza jurídica de dicho funcionario de hecho, alegando así que forma parte del contenido esencial de un funcionario público a efectos penales de modo que no tendría sentido hablar de una regulación distinta o incorporarla normativamente de manera independiente al funcionario público de iure. Esto en mérito a que, en efecto el funcionario de hecho cumple válidamente con los dos requisitos esenciales también exigidos en un funcionario público de derecho que son, uno formal en el que existe un nombramiento, elección o delegación respecto a un título habilitante, y uno material, que será un ejercicio de competencias respecto al cargo ostentado. En este sentido, en ambos supuestos, basta que se cumplan con los dos requisitos para calificar como un sujeto activo para el desenvolvimiento en la Administración pública y que ante un acto delictivo se podrá válidamente calificar como autor. Asimismo, por seguridad jurídica, se podrá sostener que el funcionario llamado de hecho también puede al igual que el funcionario público poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos generales y específicos, por lo que consecuentemente debe darse el mismo tratamiento legal que al funcionario público de iure, siendo que no cabría sentido hablar de una distinción en tratamiento penal, en el que pueda dejarse fuera de alcance supuestos merecedores de acción penal.

Ahora bien, si se entiende entonces que académicamente hablando el funcionario de hecho no es igual al funcionario público de iure por una irregularidad posterior al título habilitante, pero aún con ello forma parte del contenido esencial o núcleo duro de este último, debe admitirse en el Derecho penal a fin de no dejar por meras irregularidades administrativas vacíos de sanción penal o que por el contrario de manera desmedida se intente calificar a un sujeto como funcionario de facto, por lo que en consecuencia corresponde establecer criterios delimitadores sobre el funcionario de hecho. Así, se requerirá la concurrencia de tres requisitos a saber, en primer lugar, se debe identificar la existencia de una especial vinculación institucional entre el sujeto y la Administración en específico, en segundo lugar, debe demostrarse la capacidad decisoria que ejerce el sujeto, y en tercer lugar se requerirá la

existencia del título habilitante por el que se le haya otorgado dichas competencias, sea mediante nombramiento, elección, o delegación de competencias permitidas por Ley.

En suma, lo expuesto permitiría tener un panorama más específico, ya que en la práctica han surgido casos emblemáticos como lo son el caso “Bedoya de Vivanco” a raíz de los Vladivideos del Vladimiro Montesinos Torres, así como el caso “Gasoducto” que pretende calificar a Nadine Heredia como funcionario de facto. Casos sobre los cuales existen controversias si realmente estamos frente a un funcionario de hecho, ya que de calificar como funcionario se abre la posibilidad de sancionársele por un delito contra la Administración pública en las modalidades de Peculado o Colusión agravada respectivamente, o si por el contrario delimitando los alcances de la exigencia penal se sancionaría más bien por un delito de un particular cometido en la Administración pública como ocurre con el usurpador de funciones, siendo materia de análisis jurídico en el siguiente capítulo.



## Capítulo 3

### Casos emblemáticos

#### 3.1 A la luz del caso “Bedoya de Vivanco”

Vladimiro Montesinos Torres, es una figura política que durante los años 1990 al 2000 tuvo una participación activa durante el mandato de Alberto Fujimori Fujimori, ocupando así diversos cargos influyentes, entre ellos el de Secretario de la Junta de Defensa Nacional, el de asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en adelante SIN, así como el cuestionado cargo de Jefe del SIN, siendo que sobre este último han surgido varios cuestionamientos jurídicos a fin de poder calificar o no como funcionario público de hecho y con ello sancionarlo por delitos contra la Administración pública, entre ellos el delito de Peculado doloso por apropiación.

Asimismo, se sabe que, durante esta década de los noventa, Montesinos fue protagonista de diversos escándalos de corrupción a través de los Vladivideos en los que se muestra a Vladimiro Montesinos entregando sobornos a diversos sujetos, entre ellos jueces, periodistas, candidatos, con la finalidad de lograr tener el apoyo político, dominar el sistema de justicia, consolidar el poder y con ello el gobierno de Fujimori. Siendo uno de estos, el caso de la entrega de dinero al entonces candidato a las elecciones municipales Luis Bedoya de Vivanco, el cual será materia de análisis en los siguientes acápite.

##### 3.1.1 *Un recuento de lo que pasó*

**3.1.1.1 Hechos Precedentes.** Con fecha 31 de diciembre del 1991, según Resolución Jefatural N°135-91-SIN.01, el Jefe de Brigada del Ejército Peruano y jefe del SIN, Julio Salazar Monroe, resolvió designar desde el 01 de enero de 1992 al Dr. Vladimiro Montesinos Torres en el cargo de Asesor II del Gabinete de Asesores del Servicio de Inteligencia Nacional en la condición de Ad Honore<sup>87</sup>.

Con fecha 02 de agosto de 1996, mediante Resolución Suprema N°279-96-PCM el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori y el Presidente de Consejo de Ministros, Alberto Pandolfi Arbulú, dieron por concluido a partir del 31 de julio de 1996 la designación de Vladimiro Montesinos Torres en el cargo del Asesor II del Gabinete de Asesores del SIN, para designarlo

---

<sup>87</sup> SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Expediente N° 010-2001-SPE / CSJL*. En: *Jurisprudencia Penal generada en el subsistema anticorrupción (Corrupción gubernamental)* [en línea]. Lima: Palestra Editores, 2006. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/articulo-delito-peculado-resolucion-23-365685154>. p.692.

posteriormente a partir del 01 de agosto del 1996 en el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del SIN.

**3.1.1.2 Hechos concomitantes.** Con fecha 17 de junio de 1999, del contenido del video de con rótulo denominado “Doctor- Bedoya- Reátegui”, se observó a Vladimiro Montesinos junto con las personas de Gonzáles Reátegui y Luis Bedoya de Vivanco en las oficinas del SIN, manteniendo una conversación relacionada con el apoyo a través de los medios televisivos para la campaña municipal del “Movimiento Independiente Lucho en Miraflores”. En este contexto, se logró apreciar la entrega de la suma de veinticinco mil dólares americanos para dicha campaña, dinero el cual fue colocado en un sobre y recibido por Luis Bedoya de Vivanco. Destacando además que, el señor Vladimiro Montesinos Torres le manifestó que, si necesitaba mayor apoyo, se le brindaría<sup>88</sup>.

**3.1.1.3 Hechos posteriores.** Con fecha 22 de enero del 2001, se abrió investigación fiscal contra Vladimiro Montesinos Torres en calidad de autor y contra Luis Guillermo Bedoya Vivanco en calidad de cómplice por el presunto delito contra la Administración pública en la modalidad de Malversación de fondos, tipo penal que fue variado por el delito de Peculado en la formalización de la investigación preparatoria con fecha 25 de enero el 2001<sup>89</sup>.

### 3.1.2 Análisis del caso

**3.1.2.1 Breve repaso del delito de peculado.** El delito de Peculado se encuentra regulado en el artículo 387 del Código penal, ubicado en la sección III del capítulo II de los delitos cometidos por los funcionarios públicos del título XVIII denominado delitos contra la Administración pública, recogida en el Libro segundo del Código penal, teniendo por tanto su objeto de protección la Administración pública, y cuyo desarrollo es el siguiente:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (...).<sup>90</sup>

<sup>88</sup> SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Expediente N° 010-2001-SPE / CSJL*. En: *Jurisprudencia Penal generada en el subsistema anticorrupción (Corrupción gubernamental)* [en línea]. Lima: Palestra Editores, 2006. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/articulo-delito-peculado-resolucion-23-365685154>. p.691-693

<sup>89</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Sentencia*. 2003 [consulta: 14 diciembre 2023]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01076-2003-HC.html>. p.1

<sup>90</sup> CÓDIGO PENAL, Art. 384

De lo expuesto, el delito de Peculado es un delito que tiene una situación especial, clasificándose como uno de infracción del deber en el que el funcionario público además de tener dicha cualidad, está vinculado institucionalmente teniendo así una posición de garante, toda vez que debe resguardar los bienes que se adquiere producto de la contratación con la institución<sup>91</sup>.

A su vez, de la redacción del tipo penal, el legislador peruano ha regulado dos modalidades, una dolosa y una culposa. La modalidad dolosa, se configura cuando indistintamente un servidor o funcionario público, en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza en cualquier forma caudales, o efectos públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña en la Administración pública. Mientras que, la modalidad culposa, sanciona al funcionario o servidor que, por culpa o negligencia permite, tolera u origine que un tercero sustraiga de la Administración pública caudales o efectos que estén confiados por razón del cargo que este cumple<sup>92</sup>.

Ahora bien, sobre esta figura delictiva, interesa tener en cuenta a efectos de la presente investigación la relación funcional que exige el tipo penal. Así, sobre los caudales o efectos del Estado, el funcionario o servidor público, se le debe haber confiado, tener posesión mediata o inmediata en razón del cargo que se le ha asignado dentro de la Administración pública. A su vez, se debe tener en cuenta que para determinar que el bien público se encuentre en posesión del agente en virtud de sus deberes y atribuciones, estas deben establecerse por ley o normas de menor jerarquía como los son por ejemplo los reglamentos, directivas de la institución, Manual de Organización Funcional, en adelante MOF, o el Reglamento de la Organización Funcional, en adelante ROF<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. ISBN 978-612-48290-6-2 p.319

<sup>92</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: IUSTITIA, 2019. ISBN: 978-612-4362-13-2. p.406

<sup>93</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: IUSTITIA, 2019. ISBN: 978-612-4362-13-2 p.417-418

**3.1.2.2 Fundamentos a nivel jurisprudencial.** Con fecha 21 de abril del 2001, la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el uso de sus atribuciones condenó a Vladimiro Montesinos Torres en calidad de autor a ocho años de pena privativa de libertad, a Luis Bedoya de Vivanco en calidad de cómplice a cinco años de pena privativa de libertad efectiva y contra José Tomás Gonzales Reátegui en calidad de cómplice a tres años de pena privativa de libertad efectiva por el delito contra la Administración pública en la modalidad de Peculado doloso en agravio del Estado<sup>94</sup>.

Sobre los principales fundamentos que sostiene esta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia para sentenciar a los condenados, a efectos de centrarnos únicamente en los lineamientos de la presente investigación, se destacarán aquellos sobre los cuales en dicha Sala fundamenta a Vladimiro Montesino como autor del delito de Peculado doloso.

Siendo así, se destaca en el fundamento siete de dicha sentencia que Vladimiro Montesinos Torres, ejercía de facto el cargo de Director General de Administración del SIN ya que a lo largo de la investigación se ha demostrado que el señor Montesinos recibía dinero derivado del propio presupuesto del SIN y que además los recibos eran firmados por él, de modo que así se puede acreditar que él se apropió de los fondos públicos. Asimismo, en su fundamento decimoctavo, la Sala no comparte los fundamentos de la defensa que alcanza sobre los efectos del delito de Usurpación puesto que se pudo probar que el investigado Montesinos Torres entregó dinero perteneciente al SIN a su cómplice Bedoya de Vivanco, aprovechando que dicho funcionario tenía la custodia de los fondos de dicho dinero toda vez que actuó como funcionario de hecho el cargo de Director General de Administración del SIN<sup>95</sup>.

En esta línea de ideas, dicha Sala sostuvo que los actos ilícitos cometidos configurarían la comisión del delito de Peculado al producirse la apropiación de los caudales para beneficio del tercero. De esta manera, Vladimiro Montesinos, tendría la calidad de autor toda vez que tuvo una actuación principal al haber decidido apropiarse de los fondos pertenecientes al SIN para entregárselos a su coimputado Bedoya de Vivanco para los gastos de su campaña política. Así, dentro de las exigencias para la configuración del delito de Peculado regulado en el artículo

---

<sup>94</sup> SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Expediente N° 010-2001-SPE / CSJL*. En: *Jurisprudencia Penal generada en el subsistema anticorrupción (Corrupción gubernamental)* [en línea]. Lima: Palestra Editores, 2006. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/articulo-delito-peculado-resolucion-23-365685154>. p.704

<sup>95</sup> SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Expediente N° 010-2001-SPE / CSJL*. En: *Jurisprudencia Penal generada en el subsistema anticorrupción (Corrupción gubernamental)*[en línea]. Lima: Palestra Editores, 2006. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/articulo-delito-peculado-resolucion-23-365685154>. p.699

387 del CP, se encuentra que el sujeto activo debe ser un funcionario público y que doctrinalmente también se incluye al funcionario de hecho quien para calificar como tal debe presentar exteriormente el aspecto de funcionario legal.

Asimismo, se señaló que para que se configure el delito de Peculado, se requiere determinados supuestos entre los cuales, respecto al autor, este puede ser únicamente un funcionario público, y sobre este último es necesario que en función de su cargo perciba, cautele o administre caudales o efectos públicos de los que se apropie de manera ilícita. Por lo que, para tal calificación, basta que el sujeto actúe como integrante del sector público y con efectivo dominio del ámbito administrativo, siendo que dicha importancia de este sujeto en la necesidad de protección del patrimonio público<sup>96</sup>.

Como consecuencia entonces, al calificarse como autor a Vladimiro Montesinos Torres, los señores Luis Bedoya de Vivanco y José Tomás González Reátegui, dada su participación responderán entonces a título de cómplices en el delito de Peculado.

Cuestión interesante de análisis se plantea posteriormente con fecha 09 de junio del 2003, mediante sentencia del Tribunal Constitucional, ya que, pese a que no se ha cambiado la postura de la configuración del tipo penal de Peculado y con ello la condena a los imputados, si se detallan cuestionamientos en referencia a la calificación de autor como funcionario de facto a Vladimiro Montesinos. Siendo de esta manera que, en abril del 2004, se interpuso acción de Habeas Corpus contra la sentencia que lo condena a una pena de cinco años en calidad de cómplice, toda vez que atenta contra el principio de legalidad al no cumplirse con todos los elementos para la configuración del delito de Peculado.

Así, la defensa de Bedoya de Vivanco sostuvo que el delito de Peculado es un delito especial en el que únicamente será autor aquel funcionario público que por razón de su cargo se le ha confiado para su administración o custodia, los caudales o efectos del Estado. Atendiendo a ello, del caso en concreto, sostuvo que Vladimiro Montesinos según normativa ocupaba el cargo de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección. Sin embargo, sobre dicho cargo no abarca la custodia y administración de los fondos públicos según lo exige el tipo penal para la configuración del delito de Peculado por lo que en consecuencia, al no

---

<sup>96</sup> SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Expediente N° 010-2001-SPE / CSJL*. En: *Jurisprudencia Penal generada en el subsistema anticorrupción (Corrupción gubernamental)* [en línea]. Lima: Palestra Editores, 2006. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/articulo-delito-peculado-resolucion-23-365685154>. p.699-701

poderse calificar a Montesinos Torres como autor del delito de Peculado doloso por apropiación, tampoco podría sancionársele a Bedoya de Vivanco como cómplice<sup>97</sup>.

En respuesta a ello, con fecha 23 de noviembre del 2004 mediante sentencia del Tribunal Constitucional, sostuvo coincidir con la sentencia por el delito de Peculado toda vez que, si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos ocupaba el cargo de asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad de facto él ejercía la Jefatura del SIN siendo que entonces si administraba los fondos públicos y con ello se puede considerársele sujeto activo del delito de Peculado, por lo que no puede sustentar la parte demandante que se haya vulnerado el principio de legalidad<sup>98</sup>.

### 3.1.3 ¿Funcionario o usurpador de funciones?

Sobre dicho caso, se torna necesario dilucidar, si es que realmente estamos frente a un delito de Peculado bajo el escenario de un funcionario de hecho, o si por el contrario estamos hablando de un usurpador de funciones. Dicha respuesta importará no solo porque de esta manera evitamos la desnaturalización de las figuras penales sino también porque aun sabiendo que en ambos casos son sancionables penalmente hablando, la diferencia de pena varía considerablemente. Así, según el Código penal, el delito de Usurpación de funciones se sanciona con una pena que varía entre cuatro a siete años de pena privativa de libertad, más una inhabilitación de uno a dos años, mientras que el delito de Peculado doloso varía entre cuatro a ocho años de pena privativa de libertad, inhabilitación de cinco a veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, y que además de constituirse una de las agravantes establecidas, se amplía de ocho a quince años de pena privativa de libertad, inhabilitación de naturaleza perpetua y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. En consecuencia, pese a que la conducta investigada no está en duda que deba sancionarse, sí que importa la calificación del delito por la gravedad de la sanción penal.

Ahora bien, de lo expuesto en los acápites precedentes, los jueces del sistema anticorrupción califican a Montesinos Torres como autor del delito de Peculado sobre la base de la teoría de la figura del funcionario de hecho para poder cumplir así con la calidad especial del sujeto activo que exige el tipo penal, ya que de no considerar al funcionario de facto como tal entonces no habría delito de Peculado.

---

<sup>97</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Sentencia*. EXP. N.º 1076-2003-HC/TC. 2003. [consulta: 25 enero 2024]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01076-2003-HC.html> p.2

<sup>98</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Sentencia*. EXP. N.º 1076-2003-HC/TC. 2003. [consulta: 25 diciembre 2023]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01076-2003-HC.html> p.5 fj.10-11

Al respecto, debe advertirse que el razonamiento jurídico que hacen los jueces respecto a la determinación de Vladimiro Montesinos como funcionario de facto o, de hecho, es imprecisa, de tal manera que para calificarlo se delimita únicamente en sostener que es funcionario de hecho en primer lugar porque recibía dinero derivado del propio presupuesto del SIN firmando además los recibos por él, y que de esta manera tenía la función pública de administrar los fondos públicos, lo que permite determinar entonces que ocupaba de facto el cargo de Director General de Administración del SIN. En segundo lugar, porque tenía aspecto de funcionario legal, y basta que actúe como integrante del sector público y con efectivo dominio de ámbito administrativo para que sea funcionario de hecho. En tercer lugar, se estableció que no solo se debe considerar al funcionario de iure, sino también al de hecho ya que su importancia recae en la necesidad de protección del patrimonio público.

De lo expuesto, corresponde analizar ahora si se cumple con todos los presupuestos exigidos para la correcta aplicación de la figura del funcionario de hecho, tomando en cuenta además que mediante la Casación N°442-2017/ICA se han dado alcances sobre los cuales debe determinarse tal calificación.

Así las cosas, se encuentra la exigencia en la que el sujeto debe ostentar un título habilitante pero que deviene en nulo. Al respecto, se debe sostener que el cargo de Director del SIN desde luego existe y que sobre este no deviene nulidad alguna, ya que Vladimiro Montesinos tenía establecida válidamente sus funciones designadas mediante Resolución pero en el cargo de asesor de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, por lo que éste según los medios de prueba ofrecidos por la Sala Penal determinó que Montesinos habría desempeñado funciones que no eran de su competencia sino las de un Director del SIN. En este sentido, estamos ante un escenario en el que el ex asesor del SIN nunca tuvo el título de director, sino que en su calidad jurídica de asesor del SIN arrogó y realizó funciones propias de un cargo diferente, esto es, de director del SIN.

En esta línea argumentativa, debe advertirse además que la Casación N°442-2017/ICA, exige que, para ser considerado funcionario de hecho, es necesario que dicha posesión del cargo deba desempeñarse de manera efectiva, pública, pacífica y continuada. En este sentido, Vladimiro Montesinos no desempeñó una posesión del cargo pública porque mediante acuerdo clandestino y junto a sus cómplices, él desempeñaba las funciones de director del SIN ya que administraba los fondos del mismo pese a que públicamente mediante Resolución él ocupaba el cargo únicamente de asesor del SIN. No concurre la posesión del cargo pacífica ni continuada porque él ocupó el cargo de Director del SIN a sabiendas que dicho cargo le pertenecía a otro sujeto y que además lo ocupó ilícitamente para un fin específico que era el apropiarse del dinero

perteneciente a las arcas del Estado para un fin ajeno a la correcta Administración pública como lo es el financiamiento del entonces candidato a la Alcaldía Luis Bedoya de Vivanco, a cambio de beneficios particulares. En consecuencia, tampoco existió una finalidad lícita, ya que la utilización del dinero según lo determinó la Sala Penal se hizo con la finalidad de ser utilizado en la campaña electoral y con ello tener el apoyo del candidato.

Cuestión importante debe tenerse en cuenta que el ex asesor del entonces presidente Alberto Fujimori, fue anteriormente investigado y consecuentemente sentenciado a nueve años de pena privativa de libertad por el delito de Usurpación de funciones, justamente por actuar bajo el cargo de jefe del SIN sin ostentar válidamente el cargo durante los años 1991 y 2000<sup>99</sup>. Siendo que, sobre ello, resulta contradictorio sancionársele el haber arrogado funciones que no le correspondían en el SIN por un lado bajo el delito de Usurpación de funciones y por el otro bajo la figura de un funcionario de facto por el delito de Peculado doloso. Aunado a ello, ya se había sostenido que no puede existir un usurpador de funciones y funcionario de hecho a la vez por el mismo cargo, lo que a todas luces se contradice la calificación para Montesinos.

De lo expuesto entonces, se puede concluir que Vladimiro Montesinos Torres según los alcances de la doctrina y de la Casación N°442-2017/ICA, no califica como un verdadero funcionario de hecho al no cumplirse con todos los presupuestos exigidos para considerársele como tal, en tanto al no ser un funcionario de hecho se cierra entonces la posibilidad de sancionársele por el delito contra la Administración pública en la modalidad de Peculado al no cumplirse con la calificación de sujeto activo según lo establece el tipo penal. Y es que debe tenerse claro que con la sola arrogación fáctica de funciones públicas no se puede reducir a la calificación de un funcionario de facto, es decir no constituye un título habilitante para el ejercicio de la función, ni tampoco sobre dicha simple arrogación hará que se encuentre en una situación de confianza especial que justifique la asignación de los deberes estatales cuya infracción pueda dar pie a los delitos de funcionarios públicos<sup>100</sup>.

En esta misma línea de ideas, si se aplica el razonamiento realizado en el capítulo segundo, se comprenderá que Vladimiro Montesinos no califica en la figura del funcionario de hecho al no cumplir con el requisito formal que se exige en la concepción esencial de

---

<sup>99</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Sentencia*. EXP. N.º 1076-2003-HC/TC. 2003 [en línea]. [consulta: 11 enero 2024]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01076-2003-HC.html> p.3

<sup>100</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal* [en línea]. 2021, Vol.86. [consulta: 19 febrero 2024]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p.98

funcionario ya que el título ostentado no devino en nulo, ya que él siguió siendo asesor del SIN oficialmente, y tampoco se cumple con el requisito material, porque los hechos cuestionados fueron respecto al de un director del SIN, título habilitante que no le correspondía, siendo por tanto inválido pretender calificarlo como un funcionario público a efectos penales. Asimismo, tampoco cumpliría con los criterios delimitadores propuestos, ya que si bien es cierto si se ha podido determinar una especial vinculación del sujeto con la Administración, que en este caso es el SIN, al pertenecer a la institución en el cargo de asesor, dicho sujeto no tenía capacidad decisoria lícita sobre el cargo en cuestión, esto es el de director de SIN, sino únicamente sobre el de asesor. Así como tampoco cumpliría con el requisito de ostentar el título habilitante por nombramiento, elección popular, ni delegación de funciones permita por ley. Por lo que, en consecuencia, bajo este análisis a proponer, Vladimiro Montesinos no califica como funcionario de hecho.

Corresponde entonces cuestionarse, por qué delito debe sancionarse. Así, dicho lo anterior Vladimiro Montesinos Torres, respondería a todas luces bajo el título de Usurpador de funciones, ya que de manera arbitraria invadió un campo que no le correspondía toda vez que ostentó indebidamente el cargo de jefe del SIN para ejercer la función pública. Asimismo, debe recordarse que, lo importante para el delito de Usurpación en la modalidad básica de usurpar una función pública sin título ni nombramiento es la autoatribución y la realización del acto funcional<sup>101</sup>.

### **3.2 A la luz del caso “Gasoducto”**

Nadine Heredia Alarcón, es una figura política peruana, que ocupó el cargo de primera dama tras ganar las elecciones presidenciales el ex presidente Ollanta Humala Tasso durante el periodo 2011 al 2016. Su actuación durante dicho mandato ha sido y sigue siendo cuestionable judicialmente tras enfrentar serias acusaciones por parte de la fiscalía, entre ellas, por el caso Gasoducto Sur Peruano en donde se le imputa como autora por el delito contra la Administración pública en la modalidad de Colusión agravada.

Sobre el mencionado caso emblemático, han surgido diversas controversias, no solo por el tiempo que lleva dicha investigación en curso o por el gran número de investigados, sino también por la calificación que realizó la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios-Equipo Especial- a Nadine Heredia Alarcón, ya que al ser una exigencia del tipo penal de colusión que la autoría recaiga sobre un funcionario

---

<sup>101</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. ISBN 978-612-48290-6-2 p.146.

público, la mencionada fiscalía la imputó como funcionaria de hecho o de facto en su calidad de primera dama, por cometer presuntos actos colusorios como lo es el haber concertado con representantes del Grupo Empresarial Odebrecht ocasionando un perjuicio económico al Estado. Es entonces, que sobre dicha imputación como funcionaria de facto a la ex primera dama surgen varios cuestionamientos a favor y en contra, siendo objeto de análisis tal calificación en los siguientes acápite.

### **3.2.1 Hechos imputados a Nadine Heredia Alarcón por el caso Gasoducto Sur Peruano**

**3.2.1.1 Precedentes.** Mediante Ley N°29129, se declaró la necesidad e interés público de la construcción del Gasoducto Camisea<sup>102</sup>. Es en mérito a ello que, mediante Decreto Supremo 081-2007-EM titulado “Reglamento de Transporte de Hidrocarburos” se reguló toda la actividad de Transporte por Hidrocarburos por Ductos, el cual incluye aquellos procedimientos para otorgar las concesiones, autorizaciones de tarifas, así como aquellas vinculadas a la fiscalización<sup>103</sup>.

Sobre dicho marco normativo, con fecha 10 de setiembre del 2008 se otorgó a la empresa Kuntur Transportadora de Gas S.A.C la concesión de Transporte de Gas Natural por Ductos, por lo que con fecha 06 de octubre del mismo año, se suscribió el contrato con dicha empresa para el diseño, suministro de bienes y servicios, así como la construcción del Sistema de Transportes de Gas Natural por Ductos de Camisea, operación y mantenimiento por una vigencia de treinta años<sup>104</sup>. No obstante, con fecha 01 de abril del 2011, la empresa Odebrecht adquirió el 51% de acciones de la empresa Kuntur Transportadora de Gas, convirtiéndose en el accionista mayoritario<sup>105</sup>.

Posteriormente con fecha 28 de julio del 2011, Ollanta Humala Tasso asumió el cargo de presidente de la República del Perú y consecuentemente Nadine Heredia Alarcón se convirtió en primera dama durante el periodo presidencial 2011 al 2016.

<sup>102</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley que declara de necesidad e interés público la construcción del Gasoducto Camisea. Ley 29129*, 8 noviembre 2007.

<sup>103</sup> MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, *Decreto Supremo N°081-2007-EM*, 22 noviembre 2007.

<sup>104</sup> FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EQUIPO ESPECIAL. *Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria*, Carpeta Fiscal 12-2017. 27 de febrero del 2020. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/05/05232832/dfip-caso-gaseoducto.pdf>. p.31

<sup>105</sup> FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EQUIPO ESPECIAL. *Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria*, Carpeta Fiscal 12-2017. 27 de febrero del 2020. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/05/05232832/dfip-caso-gaseoducto.pdf>. p.33

Frente a este nuevo mandato presidencial, la empresa Kuntur Transportadora de Gas S.A.C se encontraba solicitando la modificación del contrato por problemas presupuestales, situación conllevó a que el ex presidente al no llegar a un acuerdo convoque una nueva licitación. Siendo que, con fecha 28 de julio del 2012, el Gobierno empezó a gestar un nuevo proyecto que buscaba promover el Gasoducto del Sur. Sin embargo, tuvo como finalidad real favorecer a la empresa de Odebrecht mediante la aprobación de la licitación y otorgamiento de la concesión con fecha 22 de julio de 2014 al consorcio Gasoducto Sur Peruano el cual estuvo conformado por Odebrecht y Enagás<sup>106</sup>.

**3.2.1.2 Concomitantes.** Bajo dicho contexto, Nadine Heredia Alarcón durante la gestión presidencial 2011 al 2016 de su esposo Ollanta Humala Tasso, por delegación de este, habría gestado desde el poder ejecutivo, reuniones con representantes del Grupo Empresarial Odebrecht con quienes habría concertado en primer lugar, el término del proceso de concesión del Proyecto Gasoducto Andino del Sur; en segundo lugar, la devolución de la carta fianza por un monto ascendente a U\$\$ 66'705,106.20 millones de soles a la empresa Kuntur Transportadora de Gas S.A (Odebrecht); en tercer lugar, un nuevo proceso de concesión para el proyecto “Mejoramiento a la Seguridad Energética del País, y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano” en cofinanciación con el Estado, y en cuarto lugar, el presunto favorecimiento fraudulento con la adjudicación de la buena pro del Proyecto Mejoramiento a la Seguridad Energética del País, al consorcio Gasoducto Sur Peruano el cual era conformado por la empresa Odebrecht<sup>107</sup>.

**3.2.1.3 Posteriores.** Con fecha 03 de febrero del 2016, la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, dispuso el inicio de diligencias preliminares contra diversos funcionarios por el caso Gasoducto Sur Peruano, entre ellos Nadine Heredia Alarcón.

Posteriormente, con fecha 26 de febrero del 2020, la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Equipo Especial,

---

<sup>106</sup> FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EQUIPO ESPECIAL. *Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria*, Carpeta Fiscal 12-2017. 27 de febrero del 2020. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/05/05232832/dfip-caso-gaseoducto.pdf>. p. 193-200

<sup>107</sup> FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EQUIPO ESPECIAL. *Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria*, Carpeta Fiscal 12-2017. 27 de febrero del 2020. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/05/05232832/dfip-caso-gaseoducto.pdf>. p. 198-199

mediante Disposición N°78, dispuso la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra la ex primera dama Nadine Heredia Alarcón por el delito contra la Administración pública en la modalidad de Colusión agravada por el caso Gasoducto Sur Peruano<sup>108</sup>.

### 3.2.2 *Análisis del caso*

**3.2.2.1 Breve repaso de la autoría en el delito de colusión.** Advirtiendo que los hechos imputados a la investigada Nadine Heredia Alarcón, suscitaron durante el periodo 2011 al 2016, la normativa vigente del delito de Colusión agravada regulada en el artículo 384 segundo párrafo del Código penal, era la siguiente:

(...)

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”<sup>109</sup>.

Ahora bien, el delito de Colusión es considerado uno de los delitos de mayor gravedad en los cometidos por corrupción de funcionarios, ya que pone en manifiesto varios elementos negativos, como el carácter desleal por parte del funcionario con el Estado, el quiebre del funcionario al desvincularse de los intereses patrimoniales que son de carácter público y que por ende pertenece a las arcas del Estado, así como el facilitar con el accionar del funcionario que las empresas contratistas potencien sus intereses lucrativos contra la Administración pública<sup>110</sup>.

Sobre el bien jurídico que se protege, en términos generales será el correcto funcionamiento de la Administración pública. Sin embargo, el bien jurídico específico atenderá la correcta observancia del deber específico de gestión en la contratación pública que vincula positivamente al funcionario público con los deberes estatales de preservar los intereses

<sup>108</sup> FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EQUIPO ESPECIAL. *Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria*, Carpeta Fiscal 12-2017. 27 de febrero del 2020, pp. 198-199. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/05/05232832/dfip-caso-gaseoducto.pdf>. p.1-176.

<sup>109</sup> LEY N°29758, *Art.384 Segundo Párrafo*, 21 de julio del 2011.

<sup>110</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 2da edición. Lima: Nomos&thesis, junio 2017. p.194

patrimoniales<sup>111</sup>. Aunado a ello, Salinas también sostiene que sobre dichos deberes estatales a los que el funcionario debe regirse encuentran su base en los principios de integridad, transparencia e igual de trato a los postores<sup>112</sup>.

Respecto al segundo párrafo que regula la colusión agravada descrito anteriormente, se sabe que deben concurrir todos los elementos normativos del tipo penal como son la intervención necesaria de un funcionario o servidor público con el particular, un acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin de carácter ilícito, así como la existencia de un perjuicio patrimonial al Estado<sup>113</sup>. De estos elementos mencionados a efectos de la presente investigación corresponde enfocarse netamente en la exigencia de la participación del funcionario o servidor público, esto es, en la autoría.

Al hablar de la autoría en la colusión agravada, se exige que el agente sea un funcionario o servidor público. Sin embargo, según sostiene Rojas, este agente del delito debe poseer una doble calificación funcional, ya que no se trata de un funcionario o servidor público cualquiera, sino que además de serlo, debe tener asignado por el contenido reglado de su cargo o por encargo de tipo específico la facultad de negociar a nombre del Estado con los particulares interesados<sup>114</sup>. Y es que, al ser un delito especial propio, este funcionario público debe ocuparse de la adquisición o contratación pública de bienes, servicios u obras en las concesiones u otras operaciones que se encuentran a cargo del Estado, es por ello que para poder intervenir en la operación colusoria debe contar con la capacidad decisoria sobre algunos aspectos negociables<sup>115</sup>. En el mismo sentido, Salinas alega que este sujeto referido al funcionario deberá necesariamente contar con una representación para intervenir en los actos jurídicos que tengan carácter económico y tenga el interés de concertar<sup>116</sup>.

Ahora bien, sobre lo expuesto, es preciso también cuestionarse si el funcionario de hecho tiene cabida en la cualificación del delito de Colusión agravada. Al respecto, debe sostenerse que efectivamente el funcionario de hecho también puede ser autor pese a que su

---

<sup>111</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. ISBN 978-612-48290-6-2 p.302.

<sup>112</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: IUSTITIA, 2019. P.367.

<sup>113</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 2da edición. Lima: Nomos&thesis, junio 2017. p.189

<sup>114</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 2da edición. Lima: Nomos&thesis, junio 2017. p.204

<sup>115</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. ISBN 978-612-48290-6-2 p 311

<sup>116</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. 5ª ed. Lima: IUSTITIA, 2019. p. 369

nombramiento sea irregular y devenga en nulo, ya que se está ante la existencia de una situación en la que los terceros han creado una esfera de confianza y apariencia de legalidad, de modo que si tiene la capacidad para poder generar la vinculación y así responder como autor del delito<sup>117</sup>. Asimismo, lo que importa en el Derecho penal en este tipo de delitos es el deber positivo del funcionario con la Administración, por lo que el campo de desarrollo se expande sobre la calificación de funcionario público, en donde se necesitará como se planteó en el capítulo precedente la concurrencia de dos requisitos uno formal que es el título habilitante otorgado mediante nombramiento, elección popular o delegación de funciones permitida por ley; y un requisito material que será el ejercicio de las funciones en función al cargo ostentado. Con lo expuesto se podrá decir entonces que, la figura del funcionario de hecho forma parte del contenido esencial de tan concepción de funcionario público con la peculiaridad de que presenta una irregularidad, no obstante, puede entonces incluirse como sujeto activo o autor en ese tipo de delito.

En este sentido, al determinarse que la calificación del sujeto activo para el delito de Colusión está referida en sentido amplio, corresponde estudiar si la investigada Nadine Heredia Alarcón califica en el supuesto de funcionaria pública de iure.

**3.2.2.2 La figura de Primera dama y su calificación como funcionaria** A lo largo de la historia ha ido variando la percepción que se tiene sobre la figura de primera dama. Así, la primera vez que se utilizó dicho término fue en Estados Unidos en el año 1877, siendo que en sus inicios dicha denominación era entendida como la acompañante del mandatario sin más<sup>118</sup>. Sin embargo, con el transcurso de los años, la primera dama fue asumiendo nuevos roles como son el participar en las cumbres presidenciales, promocionar programas sociales, así como implementar políticas públicas<sup>119</sup>. Asimismo, para el país estadounidense, según la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, consideró que la primera dama al ser la esposa del presidente, sería válido que consecuentemente sea una funcionaria de facto, pese a que no es nombrada y no tiene posesión de cargo, ya que estos aspectos eran meramente formales<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. ISBN 978-612-48290-6-2 p.131

<sup>118</sup> UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Amicus Curiae*. Lima, 2021. [En línea]. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/03/08215655/Anexo-16.pdf> p. 13

<sup>119</sup> UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Amicus Curiae*. Lima, 2021 [En línea]. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/03/08215655/Anexo-16.pdf> p. 13

<sup>120</sup> UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Amicus Curiae*. Lima, 2021[En línea]. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/03/08215655/Anexo-16.pdf> p. 13

Ahora bien, en el Perú, aunque se denota una evolución en la participación de la primera dama, la situación se torna distinta. Así, con el gobierno de Alejandro Toledo durante el 2001 al 2006 se creó la oficina para la primera dama<sup>121</sup>. Posteriormente, durante el periodo 2011 al 2016, las atribuciones de la primera dama se fueron ampliando, tal es así que mediante Decreto Supremo N°082-2011-PCM, firmado por el presidente del Perú en el artículo 4 modificaron algunas funciones generales del despacho presidencial entre ellos se aprobó disponer el apoyo de las actividades protocolares vinculadas a los fines institucionales en los que participe la primera dama, en su calidad de cónyuge del presidente<sup>122</sup>. Siendo que, de este modo, se puso a disposición de la primera dama, personal administrativo de la Administración pública.

De igual manera, mediante Decreto Supremo N°077-2016-PCM se aprobó el Reglamento de la Organización y Funciones del Despacho Presidencial, en el cual se regularon determinadas facultades y deberes protocolares. Entre ellos, se reguló que la Secretaría General cuente con la unidad orgánica de Oficina de Apoyo al cónyuge del presidente de la República<sup>123</sup>, unidad la cual se encargaría de articular acciones de carácter benéfico y social del cónyuge que correspondan a las necesidades apremiantes en los diferentes sectores de la sociedad, así como el apoyo en actividades protocolares de carácter oficial a nivel nacional e internacional<sup>124</sup>.

En la actualidad, este papel de primera dama, viene siendo objeto de cuestionamiento respecto a si su alcance le otorga el título de funcionaria pública, y es que la participación de esta en algunos países como Argentina, Colombia y Perú ha sido objeto de críticas por estar inmersas en escándalos de corrupción, reclamando así la sociedad que se le califique como funcionaria pública para poderse investigar penalmente en su condición de tal. Sin embargo, cabe preguntarse si jurídicamente hablando la primera dama es funcionaria pública.

Al respecto se ha considerado que el título de primera dama no es más que un título protocolar que se le concede al cónyuge del presidente de la República y sus funciones no deben ir más allá de la labor social que deben cumplir, la cual no se debe extender a abarcar competencias del Poder Ejecutivo, pues estaría detentando funciones que no le corresponden<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> PRADO SILVA, Miguel, *La pareja presidencial en las labores del ejecutivo y la gobernabilidad en el Perú*. Tesis, 2018. [En línea] Disponible en: <https://hdl.handle.net/20.500.12893/9988> p.51

<sup>122</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *Decreto Supremo N°082-2011-PCM*, 20 octubre 2011. [En línea]. Disponible en [https://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/10031/PLAN\\_10031\\_DS\\_N%C2%B0\\_082-2011-PCM\\_2011.pdf](https://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/10031/PLAN_10031_DS_N%C2%B0_082-2011-PCM_2011.pdf)

<sup>123</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *Decreto Supremo N°077-2016-PCM*, 5 octubre 2016. [En línea] Disponible en [https://www.presidencia.gob.pe/normas/DS\\_077\\_2016\\_PCM.pdf](https://www.presidencia.gob.pe/normas/DS_077_2016_PCM.pdf)

<sup>124</sup> PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *Decreto Supremo N°077-2016-PCM*, 5 octubre 2016. [En línea] Disponible en [https://www.presidencia.gob.pe/normas/DS\\_077\\_2016\\_PCM.pdf](https://www.presidencia.gob.pe/normas/DS_077_2016_PCM.pdf)

<sup>125</sup> PRADO SILVA, Miguel, *La pareja presidencial en las labores del ejecutivo y la gobernabilidad en el Perú*. Tesis, 2018. [En línea] Disponible en: <https://repositorio.unprg.edu.pe/andle/20.500.12893/9988> p. 33

Así, su participación se ha venido caracterizando a través del impulso de los programas sociales y su participación en las cumbres internacionales. Sin embargo, no ha existido en la estructura del Estado, reglamentado por la Constitución y las leyes del país la función de la primera dama<sup>126</sup>. Asimismo, se sostiene que el ser cónyuge del presidente no la hace funcionaria o servidora, pues no integra la Administración pública y además debe dejarse en claro que las funciones y competencias del presidente son de carácter personalísimo<sup>127</sup>.

Dato importante trae a colación alegar que, si decimos que la esposa del presidente debería designársele también como funcionaria pública, infringiría las normas respecto a la prohibición del ejercicio de tal poder en la misma entidad donde sus parientes desempeñan hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, según lo establece expresamente el artículo 83 de la Ley<sup>128</sup>.

En consecuencia, debe tenerse claro que el cargo de primera dama no genera la automática calificación de funcionaria pública por el solo hecho de ser la esposa del presidente de la República, dado que no existe normativa expresa que la califique como tal y que además sus funciones reguladas recientemente atiendan a un ámbito estrictamente protocolar y de carácter benéfico y social.

Ahora bien, al descartarse entonces la posibilidad de atribuírsele la calificación de funcionaria de iure a Nadine Heredia Alarcón para cumplir con la exigencia del sujeto activo, la fiscalía ha planteado la teoría que actuaría en calidad de funcionaria de facto, alcance que hasta la actualidad viene siendo materia de debate presentándose diversas posturas que serán materia de estudio en los siguientes acápites a fin de determinar si el papel de primera dama la convierte si quiera en funcionaria pública de facto .

---

<sup>126</sup> PRADO SILVA, Miguel, *La pareja presidencial en las labores del ejecutivo y la gobernabilidad en el Perú*. Tesis, 2018. Disponible en: <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/9988> p.33-45.

<sup>127</sup> PRADO SILVA, Miguel, *La pareja presidencial en las labores del ejecutivo y la gobernabilidad en el Perú*. Tesis, 2018. Disponible en: <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/9988> p. 51

<sup>128</sup> PRADO SILVA, Miguel, *La pareja presidencial en las labores del ejecutivo y la gobernabilidad en el Perú*. Tesis, 2018. Disponible en: <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/9988> p. 54

### 3.2.2.3 Fundamentos que califican a Nadine Heredia como funcionaria de facto.

Sobre este contexto, existe una postura mayoritaria que califica a Nadine Heredia como funcionaria de facto tomando en cuenta el rol que asumió como primera dama al momento de gestionar el presunto favorecimiento de la empresa brasilera Odebrecht para la obtención del proyecto Gasoducto Sur Peruano. Aseverando, además que al tener dicha calidad de primera dama y tener funciones de carácter benéfico hace que en consecuencia ejerza funciones públicas, lo cual hace que le permita calificar como tal y entrar en la esfera que exige el Derecho penal.

Así, la institución del Ministerio Público, es la primera en plantear la teoría del funcionario de facto, sobre la hoy investigada Nadine Heredia para poder ser autora del delito de Colusión agravada. Sostiene, por tanto, que califica como funcionaria de hecho por delegación de funciones por parte del entonces presidente Ollanta Humala Tasso en conformidad con el artículo 39 de la Constitución Política<sup>129</sup>. Asimismo, alega que el artículo 425 del Código penal maneja criterios amplios y, además, en conformidad con lo expuesto por el Tribunal Constitucional es funcionario público aquel funcionario que de hecho ejerce funciones específicas sin estar formalmente autorizado<sup>130</sup>.

Respecto del título habilitante, señaló que Nadine Heredia gozó de este en la medida que el cargo de primera dama como tal constituye un título habilitante, más aún con las diversas disposiciones normativas mencionadas anteriormente que regulan dicho cargo y hace que adquiera de naturaleza y relevancia pública una labor social y protocolar en representación con el Estado. Asimismo, sobre la investigada recae dicha calificación porque cumplió con las características que exige dicha figura como son la posibilidad efectiva del ejercer la función pública, dado que se encontraba para cumplir fines sociales y protocolares<sup>131</sup>.

En lo que respecta al ejercicio de las funciones, el Ministerio Público afirma que a través de las normativas administrativas ya tratadas como son el Decreto Supremo N°066-2006-PCM,

<sup>129</sup> FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EQUIPO ESPECIAL. *Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria*, Carpeta Fiscal 12-2017. 27 de febrero del 2020. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/05/05232832/dfip-caso-gaseoducto.pdf>. p.199

<sup>130</sup> FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EQUIPO ESPECIAL. *Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria*, Carpeta Fiscal 12-2017. 27 de febrero del 2020. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/05/05232832/dfip-caso-gaseoducto.pdf>. p.199

<sup>131</sup> UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Amicus Curiae*. Lima, 2021. [En línea]. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/03/08215655/Anexo-16.pdf> p. 16

Decreto Supremo N°082-2011-PCM, así como el Decreto Supremo N°077-2016-PCM, se reconoce un rol activo en el Despacho Presidencial de tal modo que se reconocen funciones y deberes de la primera dama en calidad de cónyuge del presidente de la República. Siendo que, de este modo, a través del desempeño de las disposiciones recogidas en la normativa y el empleo de recursos públicos, Nadine si habría ejercido funciones durante el periodo 2011-2016<sup>132</sup>.

Sobre dichos argumentos el Ministerio Público, sostuvo mediante audiencia de prisión preventiva de fecha 07 de agosto del 2020 contra la investigada Nadine Heredia, que el respaldo de dicha teoría del caso para imputarla como funcionaria de hecho recae en la doctrina del estudio de diversos autores reconocidos, pero en especial sobre el *Amicus Curiae* presentado por la Clínica Jurídica de acciones de interés público de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cabe precisar, que dicho *Amicus Curiae* afirma que el cargo como primera dama constituye un título habilitante y en efecto existen normas administrativas que demuestran tal investidura, cargo público que hace que cumpla labor social. Con lo cual, se evidencia que Nadine ha ejercido de facto una función que no le pertenecía pero que afectó la funcionalidad de la Administración pública<sup>133</sup>.

A su vez, mediante la excepción de improcedencia de acción presentada por la defensa, el Ministerio Público se ratifica en los expuesto mediante la formalización, alegando que, si bien es cierto que la figura de la funcionaria de hecho no se encuentra adscrita formalmente a la carrera administrativa, a un cargo de confianza o existencia de un vínculo contractual, no es obstáculo para tal calificación porque dichos aspectos constituyen una mera formalidad<sup>134</sup>.

En esta misma línea de ideas, el Poder Judicial durante el curso de la investigación si bien es cierto no se ha pronunciado de manera específica y determinante sobre la tipificación del sujeto en calidad de funcionario de hecho, viene considerando que, bajo el concepto amplio a efectos penales de funcionario de facto, se requiere de un título habilitante el cual puede ser emanado de la Constitución y la Ley<sup>135</sup>. Es entonces que, en el caso de Nadine Heredia, debe

---

<sup>132</sup> UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Amicus Curiae*. Lima, 2021. [En línea]. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/03/08215655/Anexo-16.pdf> p. 16

<sup>133</sup> UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Amicus Curiae*. Lima, 2021. [En línea]. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/03/08215655/Anexo-16.pdf> p. 1

<sup>134</sup> TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL. *Apelación de auto sobre excepción de improcedencia de acción. Resolución N°09 Exp.0003-2017-61-5001-JR-PE-02*. 5 julio 2023. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f>. Fund. 4.5 p.6-7

<sup>135</sup> TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL. *Apelación de auto sobre excepción de improcedencia de acción. Resolución N°09 Exp.0003-2017-61-5001-JR-PE-02*. 5 julio 2023. Disponible en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f)

ser considerada funcionaria de hecho porque la ubicación de su título habilitante forma parte de una reglamentación derivada de la ley que otorga su origen como parte de un ordenamiento<sup>136</sup>. Lineamiento que se comparte también en la Resolución 38 con fecha 14 de enero del 2020, mediante el cual se declara fundado el impedimento de salida del país por 12 meses contra Nadine Heredia calificándola en la imputación fáctica como funcionaria de facto toda vez que le atribuyen responsabilidad bajo el cargo de primera dama y sobre el cual habría influenciado en las licitaciones a favor de la empresa Odebrecht en el Proyecto Gasoducto Sur Peruano<sup>137</sup>.

En contraposición con lo expuesto en los párrafos precedentes, existe una postura minoritaria la cual considera que Nadine Heredia no es funcionaria de hecho. En primer lugar, la defensa plantea que no puede ser autora debido a la falta de reconocimiento del funcionario de hecho en la normativa bajo el principio de legalidad, estando solo permitido, según la doctrina y jurisprudencia, con la existencia de un título habilitante ya sea por ley, nombramiento o elección, lo cual no se da en el caso en concreto<sup>138</sup>. Asimismo, la defensa señaló que existe un error en la aplicación de la teoría del funcionario de hecho por parte de la fiscalía, ya que mediante formalización se sostuvo que por ser esposa del ex presidente y con ello primera dama, la hace automáticamente funcionaria de facto, premisa la cual es errada, ya que para que sea calificada como tal, necesita además del reconocimiento en el Código penal, la necesaria existencia de alguna normativa que la designe para poder así intervenir en las diversas contrataciones con el Estado, así como también la concurrencia de criterios materiales y dogmáticos como lo son el nombramiento nulo, la existencia legal del cargo, posesión del cargo de manera pacífica, pública, de buena fe, continuada, apariencia de legitimidad frente a terceros así como una finalidad lícita en el ejercicio de la función<sup>139</sup>.

---

7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f. Fund. 2.3 p..3

<sup>136</sup> TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL. *Apelación de auto sobre excepción de improcedencia de acción. Resolución N°09 Exp.0003-2017-61-5001-JR-PE-02*. 5 julio 2023. Disponible en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f)

7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f. Fund.2.4 p.3

<sup>137</sup> TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS. *Impedimento de salida del país. Resolución N°38 Exp.0003-2017-11-5001-JR-PE-02*. 14 enero 2020. Disponible en: <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2020/01/Caso-Gasoducto-Sur-impedimento-de-salida-Nadine-Heredia-LP.pdf>. p.99

<sup>138</sup> TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL. *Apelación de auto sobre excepción de improcedencia de acción. Resolución N°09 Exp.0003-2017-61-5001-JR-PE-02*. 5 julio 2023. Disponible en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f) 7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f. p..3

<sup>139</sup> TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL. *Apelación de auto sobre excepción de improcedencia de acción. Resolución N°09 Exp.0003-2017-61-5001-JR-PE-02*. 5 julio 2023. Disponible en:

En esta misma línea de ideas, Moreno Nieves, es enfático en sostener la imposibilidad jurídica de vincular a Nadine Heredia Alarcón en el caso Gasoducto Sur Peruano, lo que conllevó a que la fiscalía la impute como autora del delito de Colusión, pero bajo la figura del funcionario de hecho por los presuntos actos ilícitos durante el mandato del presidente Ollanta Humala Tasso<sup>140</sup>.

En este sentido, resalta, que debió tomarse en cuenta que para que un ciudadano logre entrar en la Administración pública, requiere necesariamente la existencia de un título habilitante, el cual solo puede darse mediante ley, elección o designación. Sin embargo, para la aplicación de la figura del funcionario de hecho, también se requiriere de dicho título expreso, pero a diferencia del funcionario de derecho, dicho título será nulo o viciado<sup>141</sup>. En mérito a ello, la ex primera dama no puede ser considerada como funcionaria o servidora pública, ya que además de no tener intromisión en las decisiones políticas sino únicamente benéficas o protocolares, no existe el título como tal de primera dama como funcionaria pública<sup>142</sup>.

Por otro lado, García Caveró también coincide en afirmar que Nadine Heredia no tiene derechos ni funciones públicas en cuanto a las figuras que representa, motivo por el cual no puede constituir como funcionaria pública<sup>143</sup>. Asimismo, sostiene que la imputación a título de autora por el delito de colusión, habría sido totalmente fáctica sin existir título habilitante alguno de modo que no califica como funcionaria de hecho, pero sí en cambio a título de usurpadora<sup>144</sup>. En este sentido, solo si la Primera dama hubiera asumido unilateralmente funciones propias a un cargo, público que no tiene, se podría confirmar con cualquier medio probatorio, el delito de usurpación de funciones<sup>145</sup>.

---

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f)

[7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f). p. 4

<sup>140</sup> MORENO NIEVES, Jefferson, *La defensa de Nadine Heredia. Aspectos Procesales*. Primera. Lima: Clic Derecho SAC, 2021. p.319

<sup>141</sup> MORENO NIEVES, Jefferson, *La defensa de Nadine Heredia. Aspectos Procesales*. Primera. Lima: Clic Derecho SAC, 2021. p.323

<sup>142</sup> MORENO NIEVES, Jefferson, *La defensa de Nadine Heredia. Aspectos Procesales*. Primera. Lima: Clic Derecho SAC, 2021. p.342

<sup>143</sup> BELLETICH, Elena. *La "Usurpadora" ¿un caso de la vida real? ¿Tiene asidero una posible acusación penal contra la primera dama Nadine Heredia, por el delito de usurpación de funciones públicas? Dos expertos de la UDEP ayudan a dilucidar este tema. Universidad de Piura [en línea]. 2015. Disponible en: <https://www.udep.edu.pe/hoy/2015/11/la-usurpadora-un-caso-de-la-vida-real/>.*

<sup>144</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal [en línea]. 2021, Vol.86, [consulta: 19 febrero 2024]. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>. p.91*

<sup>145</sup> BELLETICH, Elena. *La "Usurpadora" ¿un caso de la vida real? ¿Tiene asidero una posible acusación penal contra la primera dama Nadine Heredia, por el delito de usurpación de funciones públicas? Dos expertos de la*

En consecuencia, a la actualidad aún no se ha determinado a través de un pronunciamiento de carácter definitivo que establezca si Nadine Heredia Alarcón es funcionaria pública de hecho para poder imputársele como autora del delito de Colusión. Cuestionamiento que se desarrollará de la siguiente manera.

**3.2.2.4 ¿Es Nadine Heredia Alarcón funcionario de hecho?** De lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponde ahora realizar un análisis objetivo respecto a la calificación de funcionario de hecho de la actual investigada Nadine Heredia Alarcón bajo la implicancia del caso Gasoducto Sur Peruano, por el delito de Colusión. Como punto de partida, en los principales alcances del funcionario de hecho se había determinado para la configuración de dicha figura la existencia de al menos dos requisitos fundamentales como lo son un requisito formal en el que se necesita de un título habilitante obtenido por nombramiento, elección o delegación permitida, que posteriormente devendrá dicho título en nulidad, y un requisito material que es el ejercicio de sus funciones.

Respecto al título habilitante, se exige que esa persona física preste sus servicios y esté vinculada al Estado mediante un título el cual puede ser por nombramiento, por delegación o elección popular<sup>146</sup>. No obstante, por algún defecto de nacimiento o sobrevenido este título se convierte en nulo y al ser una situación irregular se da origen al funcionario de hecho<sup>147</sup>. En el caso Gasoducto Sur Peruano, la investigada Nadine Heredia Alarcón, para ser considerada autora del delito de Colusión bajo la figura del funcionario de hecho, tiene que ostentar un título habilitante, título el cual la fiscalía sostiene que es el de primera dama.

En este sentido, debe advertirse que el cargo de primera dama no constituye un título habilitante. Las razones atienden a que la existencia de un título habilitante solo puede darse cuando la persona está incorporada a la actividad pública, pero mediante determinadas formas, sea por mandato de ley, por nombramiento o por elección<sup>148</sup>. En primer lugar, la primera dama no adquiere tal calificación por mandato de ley, ya que esta forma exige que deba existir lo que Abanto Vásquez denomina ley formal en el que se determinan casos específicos para tener

---

UDEP ayudan a dilucidar este tema. *Universidad de Piura* [en línea]. 2015. Disponible en: <https://www.udep.edu.pe/hoy/2015/11/la-usurpadora-un-caso-de-la-vida-real/>.

<sup>146</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley: 4ta ed., 2007. ISBN 9972-04-105-0 p.39

<sup>147</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley: 4ta ed., 2007. ISBN 9972-04-105-0 p.42

<sup>148</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley: 4ta ed., 2007. ISBN 9972-04-105-0 p..23

acceso a la función pública<sup>149</sup>. En el presente caso, la primera dama no es designada por disposición normativa alguna. Si bien es cierto, como se ha estudiado en los acápite precedentes, existen decretos que desarrollan participación de la primera dama dentro de las funciones generales del despacho presidencial, estos están enmarcados netamente actividades protocolares de carácter benéfico y social, sin mayores incidencias que en competencias políticas, por lo que no puede decirse que la primera dama ha sido incorporada en funciones públicas por medio de este título que la hagan catalogar por tanto como una funcionaria.

En segundo lugar, la primera dama tampoco ha sido designada incorporada mediante designación o delegación, en mérito a que para ello se necesita que este sea efectuado por una autoridad que debe tener una perfecta atribución legítima y pueda con ello crear una relación jurídicamente hablando válida entre el funcionario y la Administración pública<sup>150</sup>. Esta forma prevista para considerar válido el título habilitante se da en el contexto de legitimar por ejemplo al personal de confianza política, interinos o accesorios. Escenario que difiere sobre la calificación de la primera dama, ya que a la actualidad no existe nombramiento expreso por parte de algún funcionario a favor de la primera dama en que se le hayan delegado nuevas facultades de carácter político, incluso de realizarse no sería un nombramiento legítimo para el caso de la primera dama dado que su figura está enmarcada desde su origen con fines protocolares, y a su vez en el caso materia de investigación de ser así se denotaría un claro interés particular el pretender otorgar facultades en el tema de contrataciones con el Estado.

En tercer y último lugar, tampoco ha sido designada por elección, ya que para ello necesita que se le haya designado como tal en mérito a los votos para desempeñar un cargo o una comisión vinculada a una representación política<sup>151</sup>. Situación que no encaja en el caso de la primera dama, dado que obtiene tal calificación de manera automática y tradicional al ser la esposa del presidente de la República electo, sin la necesidad de ser elegida a título personal.

Ahora bien, atendiendo a todas las consideraciones expuestas, si el funcionario de facto necesita de un título habilitante pero que por alguna irregularidad devenga en nulo, entonces no se cumple con este requisito y así no puede ser calificada como funcionaria de facto, porque no puede devenir en nulo algo que no existe, ya que no es posible alegar como título habilitante ser primera dama sin más.

---

<sup>149</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003. p.24

<sup>150</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003. p.24

<sup>151</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003.p.29

En lo que respecta al segundo requisito, que es el ejercicio de la función pública, debe tenerse en cuenta que solo puede ser realizado por determinados destinatarios, lo que implica que estén legalmente previstos, regulados normativamente y que estas funciones estén asignadas a personas identificadas con los fines de la Administración pública y con ello del Estado<sup>152</sup>. Aunado a ello, debe advertirse, que la función pública no comprende únicamente actos de carácter político y de ejecución o legislación, sino que por el contrario comprende la totalidad de los asuntos estatales, entre ellos los ejercidos con fines sociales a nombre del Estado, razón por la cual la actuación de la primera dama si atiende al ejercicio de una función pública<sup>153</sup>. Sin embargo, doctrinalmente para ser calificada como funcionaria requiere la concurrencia de los dos requisitos, y al no determinarse la existencia del título habilitante, no será funcionaria de hecho, y es que sin la existencia de la figura del funcionario público no puede existir un funcionario de hecho.

En esta misma línea de ideas, a nivel jurisprudencial, la Corte Suprema mediante Casación N°442-2017/ICA estableció determinados criterios para que se califique a un sujeto como funcionario de hecho, los cuales son la existencia legal del cargo, posesión del cargo de manera pacífica, publica, continuada y de buena fe, así como una apariencia de legitimidad del título o nombramiento<sup>154</sup>.

En este sentido, para que Nadine Heredia en calidad de primera dama sea funcionaria de hecho debe cumplir con todos estos requisitos. Sobre la existencia legal del cargo, ya se ha hecho mención que para que sea considerado como tal, debe existir de iure el título habilitante y en este caso el título protocolar de primera dama no es un título habilitante. En segundo lugar, se requiere que la primera dama haya tenido una posesión del cargo en la que su actuación sea la misma que la de un funcionario de iure. Desde luego, debe advertirse que, si bien esta posesión del cargo puede ser continuada, no tendría cabida la exigencia de una posesión pacífica dado que al no existir un título habilitante en donde ejercer válidamente estaría más bien usurpando funciones que no son de su competencia, así como tampoco se estaría actuando de buena fe o bajo fines lícitos porque de serlo no ejercería dichas funciones a sabiendas que no son propias pese a que si tenga apariencia de legitimidad frente a terceros. Es por ello que,

<sup>152</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley: 4ta ed., 2007. ISBN 9972-04-105-0 p.21

<sup>153</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley: 4ta ed., 2007. ISBN 9972-04-105-0 p.34

<sup>154</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. SALA PENAL TRANSITORIA. *Casación N°442-2017-ICA*. 2019 [consulta: 5 agosto 2023]. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/248dd2804d869377b5c7f75cd3eb06f8/CASACION%2B442-2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=248dd2804d869377b5c7f75cd3eb06f8>. fund.44

según lo expuesto, estos dos elementos que se exigen para la configuración del funcionario de hecho corresponderían más bien para la configuración del delito de usurpación de funciones en las modalidades que se exige la participación de un funcionario<sup>155</sup>.

En esta línea de ideas, atendiendo a la interpretación propuesta en el capítulo precedente, se puede sostener que aun haciendo un análisis separado con fines académicos entre un perfecto funcionario de iure y un funcionario de hecho, no se ha logrado demostrar que el ser primera dama constituye una cualidad de funcionaria pública, esto básicamente porque no se cumplen con ambos requisitos formales y materiales, aun aplicando los criterios de delimitación si es que se piensa considerarla como funcionaria de hecho, ya que si bien es cierto si existe una especial vinculación con la Administración al tener a su disposición aspectos protocolares o fines sociales con el Estado, no tiene capacidad decisoria puesto que el contratar en representación del Estado con los particulares no es una atribución que le compete, si no únicamente al de un presidente; así como tampoco estamos ante la existencia de un título habilitante que le permita contratar según lo expuesto en el caso concreto por las consideración ya expuestas en los acápites anteriores.

Por todas estas consideraciones expuestas, se concluye entonces que, según lo establecido en la doctrina, jurisprudencia, y criterios propuestos, no es válido considerarse a una primera dama como funcionario público en sentido amplio para el Derecho penal, indistintamente si se hable de uno de iure o de facto. Esta calificación de primera dama, por el contrario, es un mero título protocolar cuyo enfoque de desarrollo normativamente estipula fines benéficos como lo son la promoción de programas sociales e implementación de políticas públicas. Asimismo, se advierte además la exigencia innecesaria de la posesión del cargo pacífica y con fin lícito, ya que parecería que estas exigencias desvirtúan la figura del funcionario de hecho al encajar más en el ilícito penal de Usurpación de funciones.

### **3.3 Balance Parcial**

El desarrollo de las investigaciones a nivel judicial en los casos emblemáticos traídos a colación como lo son el caso “Bedoya de Vivanco” y “Gasoducto Sur Peruano”, reflejan una errónea aplicación de la figura del funcionario de hecho al no tener claro el desarrollo de tal figura, así como los parámetros propios de su configuración y que además permita diferenciarlo de otras figuras como por ejemplo el ilícito penal de Usurpación de funciones.

---

<sup>155</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. p. 312.

Respecto al caso Bedoya de Vivanco, Vladimiro Montesinos ha sido sentenciado por el delito de Peculado toda vez que ocupaba de facto el cargo de Director General de Administrador del Servicio de Inteligencia Nacional. Sin embargo, no se cumple con el contenido esencial para ser considerado un funcionario, al no determinarse el requisito formal que es la existencia de un título habilitante sobre el cual devendrá en nulo por una irregularidad, ya que el cargo que ostentó fue el de asesor del SIN, y sobre el cargo de director no ostentó ni devino irregularidad alguna que lo convierta en nulo, sino que más bien usurpó. Así como tampoco cumplió con el requisito material dado que el ejercicio sobre el que se desempeñó y cometió los actos ilícitos demostrados judicialmente no fueron en razón al título habilitante asumido.

En este mismo sentido, sobre el caso Gasoducto Sur Peruano, la fiscalía en su teoría de caso viene imputando a Nadine Heredia como autora del delito de Colusión agravada toda vez que sería funcionaria de facto al ostentar el cargo de primera dama. Sin embargo, debe tenerse claro que el título de primera dama no ha sido adquirido por ninguna de las formas señaladas como designación, nombramiento o elección popular, por lo que no puede ser considerado un título habilitante. Dicha figura de primera dama por el contrario se cataloga como un cargo meramente protocolar cuyo enmarco son los fines sociales. En consecuencia, no puede ser funcionaria pública penalmente hablando al no cumplir con el requisito formal de título habilitante dado que no existe y tampoco respecto al requisito material, dado que el ejercicio de competencias sobre dicho título, el cual no se le estaba permitido ejercer ni delegarse; siendo que dicha conducta presuntamente ilícita, de demostrarse, se aproximaría más bien al de un usurpador de funciones.

## Conclusiones

**Primera.** La figura del funcionario público tiene un alcance propio que reconoce la autonomía y exclusividad funcional en el Derecho penal, ya que lo que importa es que el sujeto indispensablemente ostente una relación ineludible con el Estado, esto es, que exista una especial vinculación entre el funcionario con la institución, mediante el ejercicio de funciones públicas en el cargo que desempeñe, y así poder cumplir con la exigencia de autor en los delitos contra la Administración pública.

**Segunda.** El funcionario público a efectos penales será definido bajo una concepción amplia como aquel sujeto que a través de un nombramiento, elección popular o designación se le otorgan determinadas competencias para poder actuar en representación del Estado y atender fines públicos. Identificándose así dos requisitos esenciales, uno formal que atiende al título habilitante ostentado y uno material referido al ejercicio de competencias públicas.

**Tercera.** El funcionario de hecho debe ser entendido como aquel sujeto que a través de un existente título habilitante pero que por algún defecto o irregularidad deviene en nulo, se le otorgan competencias para actuar representando al Estado en función cargo ostentado. Dicha concepción, formará parte del contenido esencial del concepto amplio de funcionario público al cumplir de igual manera con los requisitos esenciales formales y materiales, siendo que dicho matiz especial que es la irregularidad posterior al otorgamiento que lo convierte en nulo, importará en el desarrollo administrativo, pero no para el Derecho penal. En este sentido, su diferenciación se realizará con fines académicos ya que tanto en los escenarios de iure como de facto, se abre la posibilidad de calificar como un válido sujeto activo en los delitos cometidos por corrupción de funcionarios.

**Cuarta.** En mérito a la seguridad jurídica y con el fin de no dejar vacíos mercedores de sanción penal o que de manera desmedida se intente calificar como un funcionario público a un sujeto bajo la cualidad de uno de facto, deberán determinarse la concurrencia de tres criterios a saber, los cuales son la existencia de una especial vinculación entre el sujeto y la Administración, la capacidad decisoria del sujeto, así como la existencia del título habilitante sobre el que ejerce las funciones, ya que de esta manera no se desnaturalizaría dicha concepción de funcionario público, ni se confundiría con otra figuras como el llamado usurpador de funciones.

**Quinta.** Vladimiro Montesinos a raíz del caso “Bedoya de Vivanco”, no debe ser considerado autor del delito de Peculado bajo la calificación de funcionario de hecho. Ello, en mérito a que no cumple con los requisitos exigidos para ser considerado como tal.

En primer lugar, no cumple con el requisito formal, porque no deviene nulidad alguna respecto a su título habilitante que ostentó como Asesor del SIN, sino que más bien él arrogó funciones en un cargo diferente como el de director del SIN, lo que hace en consecuencia que sea un usurpador de funciones. En segundo lugar, tampoco cumple con el requisito material, ya que el ejercicio de competencias debió ser únicamente sobre las de un asesor, y los hechos cuestionados e irregulares devienen respecto a un cargo arrogado, por lo cual no estaba facultado para ejercerlos.

**Sexta.** La denominación primera dama, no constituye un título habilitante en el que pueda ser considerada a efectos penales como funcionaria pública, al no reconocerse por nombramiento en el que se determine una funcionaria como tal y con funciones establecidas, tampoco por elección popular al no ser elegida, ni por delegación válidamente permitida. En este sentido, únicamente debe entenderse que su designación ha sido enfocada netamente con fines protocolares, participación en programas sociales, de carácter benéfico, sin incidencias en capacidad decisoria sobre temas por ejemplo de contrataciones con el Estado.

**Séptima.** Nadine Heredia en el caso Gasoducto Sur peruano, no debe ser calificada como autora del delito de Colusión bajo la acepción de funcionaria de hecho, al no cumplirse con la calidad de sujeto activo, ya que no es funcionaria pública. Dichas razones atienden a que no se cumple con el requisito formal al no existir el título habilitante de primera dama. Asimismo, bajo los criterios propuestos, si bien es cierto existe una vinculación con la Administración, no tiene capacidad decisoria que se le esté permitida, como lo es en dicho caso el participar en las contrataciones en representación del Estado.

### **Abreviaturas y Leyes en concordancias**

<b>AP</b>	Administración Pública
<b>Const.</b>	Constitución Política del Perú
<b>CP.</b>	Código Penal
<b>CS.</b>	Corte Suprema
<b>Ley 3003</b>	Ley del Servicio Civil
<b>Ley 276</b>	Ley de la Carrera Administrativa
<b>SBS</b>	Superintendencia de Banca y Seguros
<b>CGB</b>	Cuerpo General de los Bomberos
<b>MOF</b>	Manual de Organización de Funciones
<b>ROF</b>	Reglamento de Organización de Funciones
<b>SIN</b>	Servicio de Inteligencia Nacional



## Referencias

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003. ISBN:99727344
- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, Manual de los delitos contra la Administración Pública. Lima: Instituto Pacífico S.A.C, 2018. ISBN:978-612-322-083-9
- BELLETICH, Elena. La "Usurpadora" ¿un caso de la vida real? ¿Tiene asidero una posible acusación penal contra la primera dama Nadine Heredia, por el delito de usurpación de funciones públicas? Dos expertos de la UDEP ayudan a dilucidar este tema. Universidad de Piura [en línea]. 2015. Disponible en: <https://www.udep.edu.pe/hoy/2015/11/la-usurpadora-un-caso-de-la-vida-real/>.
- BENAVIDES SCHILLER, Andrés, El delito de fraude del funcionario público. 1era ed. España: J.M BOSCH EDITOR, 2016. ISBN:99727344
- ECHEVARRÍA, Marcelo, Delitos de los funcionarios públicos. Dykinson. 1era. ed. Madrid, España, 2019. ISBN:978-84-1324-224-8
- FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EQUIPO ESPECIAL. Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, Carpeta Fiscal 12-2017. 27 de febrero del 2020, pp. 198-199. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/05/05232832/dfip-caso-gaseoducto.pdf>.
- FRISANCHO, Manuel, Delitos contra la Administración Pública. 4ª ed. Lima: Editora FECAT E.I.R.L, 2011.
- GARCÍA CAVERO, Percy. El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. Actualidad Penal [en línea]. 2021, Vol.86, ISSN 2415-2285. Disponible en: <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-86/el-concepto-juridico-penal-de-funcionario-o-servidor-publico-en-los-delitos-contra-la-administracion-publica>.
- LA MATA BARRANCO, Norberto Javier de. El funcionario público ante el Derecho Penal. Revista Jurídica de Castilla y León [en línea]. 2010, (20). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3121878>.

- LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. Sobre el concepto de funcionario de hecho. Revista de Administración Pública [en línea]. 1959, vol. 29. ISSN 00347639. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112428>.
- MONJE YUCRA, Bryan y GEORGE OTAZU PINTO, Problemática de la definición de funcionarios y servidor público en el Código Penal Peruano. Tesis. Puno, 2017. [en línea] Disponible en: [http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14082/4630/Monje\\_Yucra\\_Bryan\\_Antony\\_Otazu\\_Pinto\\_Georges\\_Morgan.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14082/4630/Monje_Yucra_Bryan_Antony_Otazu_Pinto_Georges_Morgan.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- MONTOYA VVIVANCO, Yvan Manuel, Manual sobre los delitos contra la Administración Pública. Primera. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. ISBN: 978-612-47133-5-4. Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>
- MORENO NIEVES, Jefferson, La defensa de Nadine Heredia. Aspectos Procesales. Primera. Lima: Clic Derecho SAC, 2021. ISBN 97861248629
- NAKAZAKI SERVIGÓN, César. Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del sub sistema de justicia anticorrupción del Perú. En: El Derecho Penal y Procesal Penal Desde la Perspectiva de abogado penalista litigante. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2017. ISBN:9786123114091
- NOLASCO VALENZUELA, José y Érika AYALA MIRANDA, Delitos contra la Administración Pública. Tomo I Parte General/Especial. Acuerdos y Sentencias Plenarias. Primera. Lima: Ara Editores, 2013.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, Derecho Penal parte especial. 2ª ed. Lima: Idemsa, Tomo V, 2010. ISBN:978-603-4037-00-7
- PRADO SILVA, Miguel, La pareja presidencial en las labores del ejecutivo y la gobernabilidad en el Perú. Tesis, 2018.
- ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la Administración Pública. Grijley: 4ta ed., 2007. ISBN 9972-04-105-0
- ROJAS VARGAS, Fidel, Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. 2da edición. Lima: Nomos&thesis, 2017. ISBN 978-612-47405-1-0
- ROJAS VARGAS, Fidel, Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos. 3ª ed. Lima: Grijley, 2020. ISBN: 978-603-4037-00-7

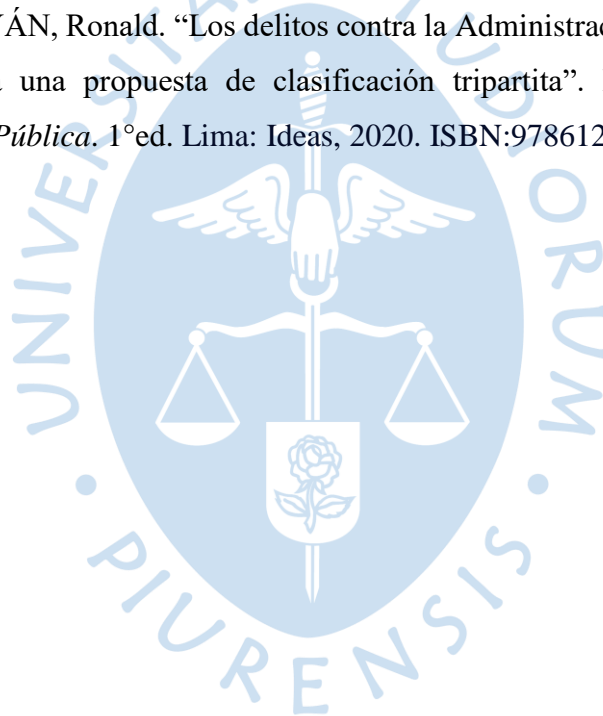
SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública. 5ª ed. Lima: IUSTITIA, 2019. ISBN: 978-612-4362-13-2

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, Amicus Curiae. Lima, 2021.

VIGNOLO CUEVA, Orlando. Derecho penal y administrativo: El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática. Revista de Derecho Público: Teoría y Método [en línea]. 2022, Vol. 5, 22. Disponible en: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/574>.

VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, Delitos contra la Administración Pública. Una revisión a la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación. Editores del Centro. Lima: Editores del Centro, 2021. ISBN: 978-612-48290-6-2

VILCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald. “Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita”. En: *Delitos contra la Administración Pública*. 1ºed. Lima: Ideas, 2020. ISBN:9786124800191.



## Jurisprudencia y leyes

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Constitución Política*. Art. 39, 1993.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Constitución Política*. Art.40, 1993.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley del Servicio Civil*. Ley N°30057, 2013.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley que declara de necesidad e interés público la construcción del Gasoducto Camisea*. Ley 29129, 8 noviembre 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. SALA PENAL TRANSITORIA. *Casación N°442-2017-ICA*. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/248dd2804d869377b5c7f75cd3eb06f8/CASACION%2B442-2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=248dd2804d869377b5c7f75cd3eb06f8>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL PERMANENTE. *Sentencia de Revisión N°503-2017/CALLAO*. 2018. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Revision-de-sentencia-503-2017-LP.pdf>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL TRANSITORIA. *Sentencia de Casación N°634-2015*. 2016. Disponible en: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casacion-634-2015-Lima-Legis.pe_.pdf)

LEY N°29758, *Art.384 Segundo Párrafo*, 21 de julio del 2011.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, *Decreto Supremo N°081-2007-EM*, 22 noviembre 2007.

NACIONES UNIDAS, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* [en línea]. New York, 2004. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1586885/1.1.2.%20CONVENCION%20DE%20LAS%20NACIONES%20UNIDAS%20CONTRA%20LA%20CORRUPCION.pdf.pdf?v=1612470808>.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *Decreto Supremo N°077-2016-PCM*, 5 octubre 2016.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *Decreto Supremo N°082-2011-PCM*, 20 octubre 2011.

SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Expediente N° 010-2001-SPE / CSJL*. En: *Jurisprudencia Penal generada en el subsistema anticorrupción (Corrupción gubernamental)* [en línea]. Lima: Palestra Editores, 2006. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/articulo-delito-peculado-resolucion-23-365685154>.

TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA NACIONAL PERMANENTE ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS. *Impedimento de salida del país. Resolución N°38 Exp.0003-2017-11-5001-JR-PE-02*. 14 enero 2020. Disponible en: <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2020/01/Caso-Gasoducto-Sur-impedimento-de-salida-Nadine-Heredia-LP.pdf>.

TERCERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL. *Apelación de auto sobre excepción de improcedencia de acción. Resolución N°09 Exp.0003-2017-61-5001-JR-PE-02*. 5 julio 2023. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f/5-7+TERCERA+SALA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6f7634804c08e5e58760b7dd50fa768f>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Sentencia*. 2003. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01076-2003-HC.html>