

EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y LA LUCHA POR LA ARMONÍA DOGMÁTICA*

THE CIVIL SERVANT AND THE STRUGGLE FOR DOGMATIC HARMONY

Orlando Vignolo Cueva

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de Piura (Perú)

RESUMEN: En el presente trabajo, el autor analiza y propone la defensa de un concepto unitario de funcionario público, tratando de superar la excesiva elasticidad funcional que presenta la legislación penal referida a los sujetos que podrían cometer delitos contra la administración pública. Este fenómeno nacido de un listado de sujetos disímiles que son tratados como funcionarios públicos “a efectos de la jurisdicción penal”, ha saltado por completo lo construido por la dogmática del Derecho administrativo, e incluso en los últimos años ha empezado a mostrar una fuerte expansión en campos de la propia función pública, las diversas responsabilidades administrativas y el control gubernamental peruano.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, Derecho Administrativo, función pública, *ius puniendi*, funcionarios públicos, funcionario de hecho.

ABSTRACT: The author analyzes and proposes the defense of a unitary concept of public official, trying to overcome the excessive functional elasticity presented by the criminal legislation referring to the subjects that could commit crimes against public administration. This phenomenon born of a list of dissimilar subjects who are treated as public officials “for the purposes of the criminal jurisdiction”, has completely bypassed what has been built by the dogmatics of administrative law,

* Fecha de finalización del trabajo: 22 de octubre de 2021. Abreviaturas: CP: Código Penal. CEFP: Código de Ética de la Función Pública. CIC: Convención Interamericana contra la corrupción. CS: Corte Suprema de la República del Perú. TUO LPAG: Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General. TC: Tribunal Constitucional del Perú.

and even in recent years has begun to show a strong expansion in the fields of public service itself, the various administrative responsibilities and the Peruvian governmental control.

KEYWORDS: Criminal Law, Administrative Law, public function, *ius puniendi*, public officials, de facto official.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO BAJO EL PRISMA DEL IUS PUNIENDI ESTATAL.—3. EL OBJETO CENTRAL DE ESTUDIO.—4. EL “FUNCIONARIO PÚBLICO” DE NATURALEZA FUNCIONAL Y PENAL.—5. EL LISTADO PENAL DE LOS FUNCIONARIOS Y UN EXCURSUS SOBRE EL *FUNCIONARIO DE HECHO*. PRIMER INTENTO DE SOLUCIÓN.—6. LAS PRECISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL FUNCIONARIO PÚBLICO. EL INTENTO DE SEGUNDA SOLUCIÓN.—7. LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO QUE SE DEFIENDE.—8. CONCLUSIÓN.—9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene una *triple* finalidad, por un lado, presentar un problema de disparidad conceptual sobre la categoría de los funcionarios públicos a partir de lo propugnado por las normatividades específicas de Derecho penal y administrativo. En segundo término, tratar de encontrar una solución a la misma y finalmente plantear la necesidad de abrir los espacios de vasos comunicantes y mezclas obligatorias de datos de diversas ciencias jurídicas. Estimo que negar esta última visión es no solo vivir bajo un Derecho primitivo y que no responde a las variantes actuales. De alguna manera fuerza a nuestros ciudadanos a asumir que, en la búsqueda incansable e inacabada de orden y paz social, una misma materia puede tener infinidad de categorías conceptuales según el arbitrio de cada profesor y operador de turno, dependiendo de la rama a la que se dedique cada uno. Una especie de laberinto dogmático que se enreda con las correspondientes fuentes jurídicas disímiles que resultan aplicables a similares casos concretos.

Sobre los primeros objetivos propuestos en este trabajo vale adelantar que la persecución de conductas delictivas contra la Administración Pública, no tiene porqué convertirse en un fundamento para extender al máximo o generar la desintegración de la figura del *funcionario público*, fenómeno poco estudiado que no solo aparece recogido en la legislación penal peruana¹ y que termina siendo un pretexto lícito para que sujetos individuales de diversas naturalezas sean empaquetados en la lista de supuestos de una única noción normativa (muy maleable). La crítica incluso se puede extender a otras cuestiones de detalle, puesto que en ese grupo que puede ser

¹ En aras de entender que lo tratado en este trabajo puede tener recojo en otros países puede revisar el art. 427 del Código Penal español. Es más, debe asumirse que la irrupción potente de fuentes normativas de Derecho Internacional Público (como la CIC) hacen que el fenómeno se haya extendido por muchos lados.

pasible de esta categorización ultra funcional, se encuentra compuesto no solo por particulares, sino también involucra una distorsión de distintos tipos de funcionarios de los poderes públicos estatales (no únicamente las organizaciones administrativas), con variadas posiciones de jerarquía y ámbitos competenciales, disímiles caracteres jurídico-formales en los productos de sus actuaciones y por sobre todo grandes diferencias en sus orígenes y permanencias funcionariales (las grandes distancias entre los políticamente elegidos y los funcionarios públicos de vínculo formalizado). Todas cuestiones, al no tener una respuesta mejor elaborada en el Derecho penal, terminan generando situaciones injustas e imprecisas en las aplicaciones procesales de este mentado listado.

En la actualidad, todas estas cuestiones se han venido discutiendo fuertemente debido a varias situaciones procesales resumidas por la doctrina penal peruana más dotada², y en paralelo, sin mayores datos científicos que se puedan resaltar, tomadas en cuenta por nuestro Derecho administrativo debido a los reflejos que empieza a denotar esta noción en la legislación sectorial pertinente (principalmente en la desordenada idea de *función pública* que aparece preceptuada en el CEFP, la incorrecta fórmula de *denunciado* del régimen de integridad aprobado por D.L. N. 1367, la irrupción de los *locadores de servicio* como sujetos disciplinables y el servidor o funcionario público a efectos del control gubernamental).

Por tanto, estas finalidades tienen claros campos de análisis que se expanden por fuera del propio CP. Es más, la dilatación de esta problemática lleva a que ciertos estudios del propio Derecho penal empiecen a recular en los campos interpretativos de este listado funcional, a pesar de que no se admite la remisión del CP a las normas administrativas, pero —de alguna manera— se presenta la esencia funcionarial *mixta* que mezcla lo orgánico y funcional de esta categoría (persona con un vínculo efectivo y jurídicamente formalizado con una administración pública que le permite ejercitar potestades administrativas y tener una cobertura jurídico-formal distinta ante el interés público y los administrados)³.

Así, sobre esto último, el profesor GARCÍA CAVERO ha indicado con mucha claridad frente a estas necesidades de precisión de la definición a efectos penales que la “necesidad de desvincular la interpretación penal de la regulación administrativa o laboral para determinar el alcance del elemento típico “funcionario o servidor público” en los delitos de funcionarios públicos no debe, sin embargo, llevar a la falsa conclusión de que el juez penal puede considerar funcionario o servidor público a cualquiera que realice un trabajo o preste un servicio para el Estado. Tal comprensión dejaría de lado el sentido de los delitos de funcionarios públicos que se estructuran sobre la base de una posición especial del autor del delito en relación con el Estado. Así, seguir una simple interpretación fáctica que se apoye en el solo hecho de realizar

² Por todos ver el recientísimo trabajo de Percy GARCÍA CAVERO, “El concepto penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública”, *Actualidad Penal*, núm. 86, 2021, pp. 81-106.

³ Ver el citado trabajo de GARCÍA CAVERO, 2021: 84.

alguna labor en favor del Estado llevaría, por ejemplo, a tener que castigar como autor del delito de peculado al agente de retención de los tributos que se apropia de estos”⁴.

Frente a este panorama es posible pensar en algunas cuestiones nuevas para construir un mínimo respeto por la mencionada categoría funcional, que permita incluso desarrollar una serie de otros institutos, útiles en términos penales, para que distintos sujetos de derecho relacionados con las administraciones públicas tales como el concreto personal de empresas públicas (mayoritariamente conformadas como sociedades mercantiles), los particulares dependientes y sub-contratistas de contratistas administrativos (privados en general), delegados de potestades públicas, o incluso funcionarios de otros poderes públicos (jueces, fiscales o altos magistrados del TC), puedan tener un tratamiento punitivo propio.

Por tanto, este trabajo se resume en el doble de respeto por la *noción unitaria* de funcionario público y la aparición de nuevas categorías positivizadas (bajo un molde que asuma la esencia de cada interviniente en el supuesto penal). Pensando incluso que estas últimas deberían involucrar agravantes frente a los sujetos no funcionariales, con muestras de una mayor severidad al defraudar su servicio o tutela directa al interés público promovido y habilitado por el Derecho, o, de ser el caso, ejercitar disfuncional o indebidamente funciones, potestades o tareas administrativas (por ejemplo mediante una revalorización de la noción del *funcionario de hecho*, con su consecuente escalera de castigos penales más duros, por tratarse de conductas delictivas más reprochables de cara a determinados bienes jurídicos).

Ahora bien, en el afán de cumplir con estos propósitos centrales del trabajo y de demostrar que el intercambio de datos entre las ciencias jurídicas involucradas es posible, resulta indispensable reflexionar sobre algunas de las categorías que permiten la unidad de respuesta. En concreto, es importante revisar la conexión general que en la actualidad existe a través del *ius puniendi* estatal, figura constitucional que ha permitido ganar carta de naturaleza y equilibrio a la potestad sancionadora administrativa, a partir de tomar los avances garantistas desarrollados en su momento por el Derecho penal y que, de una manera gravitante, han sido amplificadas por las labores más recientes del TC y la CS de nuestro país.

Por ende, el trabajo intenta mostrar soluciones aplicables a algunos problemas, pero tratando de acometer una complicación original de visiones artificialmente separadas sobre el funcionario público (a partir de una fragmentación de fuentes normativas). En cualquier caso, el diálogo entre ciencias jurídicas podría colaborar en la búsqueda de soluciones cercanas y viables de cara a la justicia material.

⁴ *Ibid.*, p. 84.

2. EL DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO BAJO EL PRISMA DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL

El Derecho es una ciencia jurídica que se ha diversificado mucho en la última centuria. La cantidad de materias nuevas que tiene que atender se ha multiplicado, enrevesado y complejizado de una manera exponencial y sin tener precedentes comparables, no existiendo posibilidad alguna de parar este fenómeno de *particularización*. Pero esto no se trata de un hecho que no haya tenido eco en la antigüedad, menos que se haya buscado de minimizar, pues siempre se ha asumido que algunas fuentes o institutos pueden cambiar, pasar a ser meros antecedentes de otros, o, incluso desaparecer. Sin embargo, subsistirán las nociones esenciales y de propósito último (las definiciones imperecederas sobre *ius* o *iustitia* son muestras palpables de ello).

Por ende, los cambios de la realidad siempre obligan a tener fuentes jurídicas dinámicas y en constante adaptación, sostenidas sobre bases teóricas sólidas y muchas veces inalterables, siempre en pos de servir a la justicia material. Justamente, la búsqueda de estos niveles de adaptabilidad obliga a mirarnos entre los juristas “particulares”, a fin de todos encontrarnos en un verdadero diálogo abierto y científico que permita afrontar la realidad común y a veces mal segmentada (desde la artificialidad normativa y el prurito de los campos producidos por una incipiente doctrina nacional que tiene poco ánimo por ser *multidisciplinaria*). Este primer plano de discusión, hecho principalmente por los que hacemos doctrina, debe inspirar para que el resto de operadores también asuma la necesidad y humildad de siempre mirar a la otra ciencia jurídica, a veces distante e ignota, con preferencia y como un efectivo medio instrumental para afrontar los casos concretos.

Este trabajo intenta colarse en esa línea de ser una investigación razonadamente *multidisciplinaria*. Asumida, concebida y desarrollada para servir al objetivo de tener un claro intercambio entre datos relevantes jurídico-penales y administrativos, pero agregado con un plus de perspectiva *holística* (que a la larga termina evitando el empequeñecimiento de una mirada hacia al ombligo o, lo que es peor, el recorte de la propia justicia a partir de una errada calificación jurídica de hechos y que no sigue las categorías de la otra ciencia jurídica).

Quizás, el gran punto de inflexión de lo antes afirmado es quitarnos del lenguaje cotidiano aquella mala frase, de que existe una categoría *propia* que solo se condice con la que utilizo en mi ciencia de práctica forense. El avance y dificultad técnica de los hechos que tienen que ser instrumentalizados por el Derecho penal (a través de una judicatura cada vez más robusta y mediática), lo obligan a entender que hay otras ciencias jurídicas que han estudiado previamente a los mismos institutos de manera profunda, creando dogmática acorde para explicarlos y adaptarlos al servicio de la justicia, dentro de un necesario equilibrio respecto al propio interés público involucrado.

Así, solo por citar algunos ejemplos, los funcionarios públicos y el personal de empresas públicas, el funcionario de hecho, el particular usurpador, las propias potestades administrativas, las actividades o tareas materiales de la administración

pública, la actividad prestacional de la organización administrativa (reducida irregularmente en nuestro país al *servicio público*), los fondos públicos, la variopinta y compleja contratación administrativa, los bienes públicos corpóreos, el patrimonio público inmaterial, los recursos naturales como cosas públicas, la división de competencias, funciones o potestades administrativas entre funcionarios individualizados, las competencias entre administraciones públicas, el órgano administrativo, las distancias conceptuales entre los particulares y la administración pública, entre otros; son figuras que para el Derecho administrativo tienen décadas de estudio, de profusa producción bibliográfica, tesis contrapuestas y conceptos. Mucha tinta se ha escrito sobre estas nociones (incluso en nuestro país), y claro está, los regímenes jurídicos existentes tienen demasiado que decir cuando se les necesite en un supuesto específico.

Pero además de lo expresado, y como lo había adelantado, existe una figura macro y constitucional que ha unido al Derecho penal y administrativo de una manera muy fuerte. El *ius puniendi* estatal único ha enlazado la potestad administrativa sancionadora y la potestad jurisdiccional penal, mediante unos *principios punitivos comunes*, limitantes, universales, imposibles de rebatir (dada la naturaleza singular de esta fuente) y, por, sobre todo, de recojo constitucional⁵ y con luces claras en el propio Derecho Internacional Público (todas aplicables en nuestro país). A esto habría que adicionarle que las últimas dos décadas estos principios han servido para cimentar el despliegue de esta categoría fundamental a la luz de mucha jurisprudencia de nuestro TC (valgan verdaderas a veces errática y dispar), contando con el adicional y tímido aporte de la CS y con importantes resoluciones (mucho más vigorosas) de los jueces contenciosos-administrativos de primera instancia (al menos de los que existen solitariamente en la capital de la República).

Ahora bien, el ingreso pleno del *ius puniendi* estatal como figura de amalgama no ha sido nada sencillo, costó mucho romper con tesis internas del Derecho administrativo peruano (que pregonaban la singularidad y especialidad a ultranza de la potestad sancionadora de la administración pública), o de un purismo del Derecho penal que impedía tomar sus avances garantistas para mejorar el ejercicio de una competencia punitiva distinta (en la que la organización del poder público pertinente y titular es claramente “juez y parte”)⁶. Pero, lo más difícil en nuestro Derecho fue

⁵ El vigente numeral 2.24 literal d) de la Constitución reconoce el *ius puniendi* estatal en todas sus manifestaciones fenomenológicas, al asumir de manera expresa que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

⁶ Estas razones, entre otros argumentos, me llevan a descartar y oponerme abiertamente a un *eficientismo punitivo*, que admiten la rebaja velada o expresa de las correspondientes garantías aplicables al ejercicio de la potestad sancionadora, prevista tras la idea de que el Derecho sancionador no aflige tanto en la imposición de sus puniciones, o, que es solo necesario para completar las conductas reprochables que no son alcanzadas por el Derecho penal. En ese sentido, incluso proponiendo la elevación del estándar de garantías en el Derecho sancionador se ha pronunciado recientemente el profesor Manuel GÓMEZ TOMILLO. Así, indica el importante autor español que: “las garantías operativas en el derecho administrativo sancionador, en ocasiones, son, o han de ser, superiores a las propias del Derecho

instalar el citado *ius puniendi* de manera formal y material, existiendo una evolución muy reciente de la categoría (a desmedro de otros países occidentales que contaban con algunas décadas extras de recojo y práctica de esta esencial figura).

Así, el siglo XIX nos muestra un *proto ius puniendi* que se reserva básicamente para el castigo judicial y causas criminales, sin los contornos y elementos claros, pero con un intento de tener alguna solidez material. La mayor muestra de lo afirmado se encuentra en el art. 117 de la llamada Constitución vitalicia de 1826: “*Ningún peruano puede ser preso sin prudente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del Juez ante quien ha de ser presentado*”. Esta misma forma de regulación y recojo se mantuvo en las Constituciones posteriores de esta centuria y sin mayores cambios que permitieran extraer principios u otras formas punitivas alternativas a las establecidas por el Derecho penal.

Es recién en el pasado siglo, con la aparición del art. 57 de la Constitución de 1933, que se puede hablar de un verdadero y jurídico *ius puniendi*, en el que caben extraer varios principios propios de la legalidad material, teniendo además una clara tendencia a la des-judicialización del castigo debido a la irrupción de la importante noción de *infracciones* que se ha mantenido hasta nuestros días⁷ y que finalmente permite reafirmar un formal monopolio *público* de la imposición de la punición. La composición de esta regla constitucional se ha mantenido —casi intacta— hasta nuestros días, rezando claramente que: “Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia”.

Esta fórmula de *ius puniendi* se ha repetido en las dos siguientes Constituciones que ha tenido nuestro país, tomando claramente un énfasis *beccariano* que muchas veces es olvidado en tiempos actuales (siempre para liquidar la eficacia punitiva a secas y la rapidez irreflexiva que nos agobia en la post-modernidad). La infracción punible solo practicada por poderes públicos estatales ha aparecido completamente juridificada, a partir de la aplicación de unos principios sustanciales que saltan a la vista de cualquier operador medianamente formado, tal como por ejemplo se puede

penal”. *Vid.* Manuel GÓMEZ TOMILLO, “Los principios constitucionales nucleares del Derecho penal y matices característicos del Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Derecho aplicado LLM UC*, núm. 6, 2020, p. 12.

⁷ Como bien ha afirmado el profesor Víctor BACA, la infracción es un elemento constitucional de unión entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, pues si “la sanción se justifica por la comisión de una infracción, es posible trasladar a este ámbito las distintas categorías de infracciones que se emplean en el Derecho penal. Así, tendremos infracciones materiales o formales (según sea parte del tipo la materialización de un resultado o no) infracciones de lesión o peligro (según se requiera el daño al bien jurídico o únicamente su puesta en peligro), infracciones instantáneas, instantáneas de efectos permanentes, permanentes o continuadas (según la acción infractora se consume y únicamente permanezcan sus efectos, permanezca dicha acción en el tiempo o se realice en repetidas ocasiones en un único contexto infractor”. *Vid.* Víctor BACA ONETO, *Apuntes de Derecho administrativo sancionador*, pro manuscrito, 2017, p. 5.

examinar en el derogado numeral 2.20 d) de la Constitución de 1979⁸ y en el antes citado numeral 2.24 literal d) de la actual Carta Magna de 1993.

Esto último finalmente se ha reflejado en una idea de fronteras y control pre-existente de todo tipo de potestades punitivas, basado exclusivamente “en el escrupuloso respeto de los límites a los que el *ius puniendi* estatal está sometido, de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades”⁹.

Por tanto, las conexiones naturales entre el Derecho administrativo y penal existen, es más las primeras son constitucionales y fuerzan a respuestas concretas más o menos parejas y correspondientes. Todo lo que se haga desde el Legislador debe respetar este punto de comunicación y concordancia sin que esto implique la pérdida de autonomía de cada ciencia jurídica involucrada (allí en donde sea necesaria).

3. EL OBJETO CENTRAL DE ESTUDIO

Pero si el *ius puniendi* presenta una base conceptual innegable que unifica y otorga límites específicos a las potestades sancionadores y penales de la Administración pública y el Poder Judicial, incluso extiende su reflejo tuitivo sobre el actual fenómeno de la privatización punitiva; existen otros campos de la realidad en los que nuestras ciencias jurídicas involucradas se contraponen abiertamente, existiendo un caos de nociones evidente e inexplorado, casi una suerte de regímenes segmentados y contrapuestos a pesar que se refieren al mismo objeto de estudio. En esta parte, creada desde la poca pulcritud del legislador, me referiré a uno solo de estos hoyos negros: el *funcionario público*.

Actualmente, en el régimen de los delitos del Título XVIII del Libro II del CP el *funcionario público* es considerado como sujeto activo de varias de las primeras conductas delictivas¹⁰. Ahora bien, un sector importante de la doctrina penalista, siempre en aras de proteger y colocar como el centro de atención al principal bien jurídico protegido por estos delitos, ha terminado creando una mirada propia y singular sobre la persona-funcionario. Así, partiendo por el *correcto funcionamiento de la organización administrativa* como un objetivo de tutela, se ha indicado que estas conductas reprochables se castigan en pos de lograr la “preservación de la forma de actuación de la Administración conforme a sus fines y en el sometimiento a aquellos principios

⁸ Esta regla constitucional indicaba que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado por pena no prevista en la ley”.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N. 010-2002-AI/TC, p. 87.

¹⁰ Giovanna RODRÍGUEZ OLAVE, *El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública* (tesis para optar por el grado de Magíster. Pontificia Universidad Católica del Perú), pro manuscrito, 2015.

que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia”¹¹. Otros agregan que estos delitos implican “el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común”¹², o, incluso algunos señalan a los intereses de la ciudadanía en orden a los principios constitucionales como un asunto ligado al bien jurídico antes señalado¹³.

Adicionalmente, nuestro TC también se ha pronunciado sobre el citado bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública en múltiples ocasiones, tal como puede verse en: (i) Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 21 de julio de 2005 recaída en el expediente N. 0019-2005-PI/TC; así como la (ii) sentencia del 8 de agosto de 2008 expedida en el expediente N. 01271-2008-PHC/TC; (iii) la resolución de aclaración de fecha 23 de abril de 2007, emitida en el expediente N. 006-2006-PCC/TC; (iv) la sentencia de fecha 29 de agosto de 2007 expedida en los expedientes acumulados N. 0009-2007-PI/TC y 0010/2007-PI/TC; y la (v) Resolución de fecha 3 de mayo de 2012, emitida en el Expediente N. 00017-2011-PI/TC.

De esta forma, se puede advertir que el TC, al tratar el contenido del bien jurídico citado, señala que *el buen funcionamiento de la Administración Pública* está conformado por un conjunto de garantías y principios constitucionales que dan contenido a dicho instituto, siempre manteniendo un lenguaje un poco difuso y sin mayores precisiones¹⁴. Quizás, este bien jurídico se asemeje mucho, con problemas y ventajas, a lo que cierto sector de la doctrina administrativista ha denominado las obligaciones surgidas del derecho de buena administración, las cuales en el mundo comunitario han sido introducidas a partir de la Carta Europea de Derechos Fundamentales¹⁵.

¹¹ Adela ASUA BARRATITA, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en Adela ASUA BARRATITA (ed. lit.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 21.

¹² Ramiro SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2011, p. 8.

¹³ RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 19.

¹⁴ Por todas revisar el fundamento 16 de la mencionada sentencia recaída en el Expediente N. 00017-2011-PI/TC: “A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho Penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los arts. 39 y 41 de la Constitución (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N. 009-2007-AI, 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N. 58)”. Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que: “la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por la naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones pública, así como los actos de corrupción específicamente vinculadas con tal ejercicio”.

¹⁵ El autor iberoamericano que más ha defendido este nuevo derecho subjetivo comunitario, incluso con la idea de autonomía conceptual de la figura, ha sido Jaime RODRÍGUEZ-ARANA. *Vid.* Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y

En nuestro país, estos deberes se deberían encontrar a lo largo de algunos de los principios recogidos en el artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG (principalmente legalidad, debido procedimiento y razonabilidad).

Frente a estas cuestiones, es claro que la tutela de este bien jurídico involucraría a *múltiples* agentes físicos, algunos con una participación colaborativa interna respecto a la administración pública, otros con una ligazón orgánica demostrable, deberes funcionariales cualificados, potestades habilitadas, tareas públicas y de promoción directa de esas actuaciones, y un tercer gran número de intervinientes que más bien tienen un rol externo al citado poder público y que no practican más que su condición efectiva de ciudadano (a partir de derechos constitucionales), con adicionales fórmulas de apariencia o camuflaje (creadas por ordenamientos sectoriales). Para desentrañar esta individualización de roles y el valor de la naturaleza jurídica de cada participante en estos delitos especiales aclararé algunas nociones a continuación.

4. EL “FUNCIONARIO PÚBLICO” DE NATURALEZA FUNCIONAL Y PENAL

La doctrina penal moderna considera que los delitos contra la Administración pública gravitan sobre las *infracciones al deber*¹⁶, obligaciones últimas que de forma clásica —y poco clara— han sido entendidas como aquellos “deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización [...] están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho”¹⁷. En ese mismo sentido, también se ha manifestado el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la CS, a través del Acuerdo Plenario N. 2-2011/CJ-116, afirmándose que existen tipos legales que se forman a partir de la infracción del *deber especial* que le corresponde al autor, siendo esta una “característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”¹⁸.

No obstante, esta visión extendida se ha visto cuestionada por la búsqueda de un verdadero y correcto deber *objetivizado*, lo cual implica un análisis específico “en función de cada tipo penal”, a fin de determinar “cuál es el ámbito de la función pública que ha sido vulnerado por el funcionario o servidor público, siendo que tras analizar la configuración del cargo de cada funcionario podremos concluir cuál es el “deber” vulnerado”¹⁹. Esta perspectiva estricta permite que algunos autores afirmen que estas

administración pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 16, 2012, pp. 260-262.

¹⁶ Raúl PARIONA ARANA, “La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias”, *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 19, enero 2011, pp. 69-83.

¹⁷ José Antonio CARO JOHN, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, *Anuario de Derecho penal*, núm. 1, 2003, pp. 3-4.

¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 23.

¹⁹ *Ibid.*, p. 25.

obligaciones deban provenir estrictamente del Derecho penal y no de otras ramas del ordenamiento jurídico (“los criterios materiales se basan en construcciones penales cuyo punto de partida es el tipo penal”)²⁰.

En el mismo sentido, la más reciente doctrina peruana asume intentos por discriminar el valor de los deberes de los funcionarios, asumiendo que debe negarse *categorícamente* la aplicación de estos delitos, si se ha infringido ciertos *deberes penalmente nimios* tales como la fidelidad, la obediencia u otros establecidos por el CEFP. De esta forma, “si el funcionario infringe un deber de su cargo, tal circunstancia no implica *per se* la comisión de un ilícito penal”. Por ende, la prevención y represión de la mera infracción de deberes propios del funcionario público solo importan punitivamente, si los primeros tienen una trascendencia o impacto sobre el bien jurídico antes aludido²¹.

Por tanto, los deberes y el bien jurídico protegido componen los elementos esenciales de estos delitos, quedando el problema a resolver en puntualizar sus contenidos respectivos. Por eso, parte de la doctrina penal moderna considera que esas nociones deben configurarse a partir de definiciones autónoma²². Por ende, se confina mucho al operador pertinente a solo mirar y aplicar las *fuentes especiales*, sin darse cuenta que la ciencia jurídico-penal no creó estos conceptos y tampoco lo desarrolló (finalmente puso en marcha solo una categoría utilitaria y secundaria de funcionario para los fines punitivos y persecutorios propios). Es más, estos últimos datos se vuelven esenciales, pues como bien señala (GARCÍA CAVERO, 2012: 199), existe un avance innegable del Derecho administrativo en muchos campos de control y con evidentes relaciones especiales de sujeción aplicables a funcionarios públicos y persona bajo custodia estatal²³.

Así, si bien esta doctrina y legislación han aceptado la configuración de las denominadas infracciones de deber, en aras de eliminar problemas diversos es obligatorio llevar adelante un necesario proceso de expurgación y objetivación de dichas obligaciones, toda vez que una consideración subjetiva o meramente funcional de los mismos puede llevar a la indiferenciación entre delitos de funcionarios y las infracciones disciplinarias²⁴ (problemas de *ídem*), o lo que es peor, a no saber distinguir un privado individual de un verdadero funcionario o empleado público. En consecuencia, la construcción del *deber funcional* es el hilo de la madeja que conecta

²⁰ PARIONA ARANA, 2011: 75-79.

²¹ Cfr. Inés OLAIZONA NOGALES y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La responsabilidad penal de los funcionarios públicos. El código penal de 1995”, *Auditoría Pública*, núm. 6, 1996, pp. 39-52.

²² La defensa de esta visión autónoma ha sido repetida recientemente por el importante penalista de GARCÍA CAVERO, 2021.

²³ Percy GARCÍA CAVERO, “El principio del *nom bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa”, en Nicolas QUELOZ, Marcel Alexander NIGGLI y Christof RIEDO (eds.), *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Schulthess, Zurich, 2012, p. 199.

²⁴ RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 24-25.

con la noción exacta de cobertura para la persecución penal (el concepto final de funcionario público estándar y constitucional)²⁵.

¿Pero que define el Derecho penal sobre la noción de funcionario público? La respuesta a esta cuestión ha sido dada por la doctrina mayoritaria²⁶ en el sentido de un concepto de dos elementos: (i) la participación de la función pública; y que (ii) la persona deba ser incorporada heterónomamente a la actividad pública, circunstancia conocida en el Derecho penal como *título habilitante*²⁷. Sobre el primer punto, es decir, la participación en la función pública como noción organizativa (el cuerpo organizado y sistémico de funcionarios públicos), el Código Penal no hace referencia a un sentido del primer elemento, por lo que, acertadamente, se señala que “si se asigna una extensión inusitada a la función pública, es posible ampliar la consideración de funcionario público a un número indefinido de sujetos”²⁸.

Vale considerar que es evidente la irrupción *funcionalista* reflejada en este anterior componente, el cual incluso se ha ido acrecentado a partir de la más reciente aplicación de dispositivos de Derecho internacional público. Así, por ejemplo (VILLAVICENCIO TERREROS, 2015: 85) ha seguido la definición lata de “función pública” desarrollada por la CIC²⁹, señalando que esta definición (sin indicar si es en clave subjetiva u objetiva), debe entenderse como el conjunto de intereses “de cuya tutela

²⁵ Al respecto, se ha escrito recientemente que “lo que caracterizaría a los deberes [...] como responsabilidades en el ámbito público (caracterizado por ser un marco institucional formalizado y jerarquizado) sería el hecho de que se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos, que sería lo que justificaría la exigencia de prestarles «cuidado y atención»; lo que a su vez suele provocar tanto la «complejidad» como la mayor «duración» a la que hace referencia HART. Y es precisamente esa vinculación con la promoción de ciertos fines la que determina las funciones (el *status*, rol o cargo) que el sujeto desempeña en el marco de la institución social de que se trate. Ocupar un determinado cargo en el marco de una institución social compromete con la persecución de los fines que justifican su propia existencia y la búsqueda del bienestar o las metas o propósitos propios de la institución; que en el caso de la Administración pública ha de estar al servicio de los intereses generales”. *Vid.* Isabel LIFANTE VIDAL, “¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la administración pública?”, *Documentación administrativa*, núm. 7, 2020, p. 38.

²⁶ Entre ellos: Edgardo Alberto DONNA, “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 4, 2005, p. 272; Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 987; Manuel ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 22; y RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 41.

²⁷ Es claro que, para el Derecho administrativo, el título habilitante tiene otras connotaciones dogmáticas y va directamente referido al ejercicio de derechos, actuaciones y bienes diversos gestionados por los particulares en la práctica de sus libertades propias. A modo de comparación, el profesor penalista GARCÍA CAVERO ha señalado que esta categoría implica “la existencia de un acto lícito que incorpora al sujeto a la administración pública o le asigna el cumplimiento de una función pública”. *Vid.* GARCÍA CAVERO, 2021: 89.

²⁸ Inmaculada VALEIJE ALVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, p. 463.

²⁹ Ver lo señalado en el art. 1 de este dispositivo: “Toda actividad temporal o permanente, remunerada y honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación, o lo que es lo mismo, función pública es toda aquella actividad material o jurídica que directa o indirectamente le es imputable. Lo esencial, pues, es la titularidad de la actividad o función, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual esta se desempeñe”³⁰.

Sobre el segundo elemento de la noción, el Derecho penal ha tenido un tratamiento muy exiguo, que lo lleva a no fijar una organicidad mínima del denominado título habilitante. Esto permite una elasticidad sin límites de supuestos que, sin perjuicio de casos evidentes de verdaderos funcionarios públicos, termina reflejándose en la idea legislativa y desordenada del numeral 3 del art. 425 del CP: “Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral, contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”.

Al menos en nuestro Derecho (visto de una manera sistémica), esta norma legal unifica a supuestos de naturalezas jurídicas muy distintas, e incluso a personas de organizaciones muy disímiles entre sí. Por un lado, se tiene al *auténtico funcionario* con un vínculo *orgánico* de función pública (contractual, estatutario o mixto) mantenido con verdaderas organizaciones administrativas, elemento que debe gozar de un reconocimiento expreso en la variopinta legislación sectorial existente. Este supuesto incluiría al personal de las denominadas empresas públicas de forma jurídico-pública (las “administraciones públicas empresariales” tales como el Banco de la Nación, FONAFE, Caja Militar-Policial, entre otras de corte municipal)³¹. En segundo lugar, aparece al *funcionario de hecho* sin vínculo orgánico reconocible y que ostenta una condición de apariencia o de cercanía a uno previo. En tercer lugar, estaría el *privado* que hace las veces de funcionario público con un vínculo orgánico inexistente (más adelante hare algunas necesarias explicaciones). En cuarto lugar, el *personal* de las empresas públicas de forma jurídico-privada (principalmente societarias y que aparecen reguladas por normas especiales, el régimen de actividad empresarial del Estado y o legislación municipal o interna).

Todo lo afirmado ha determinado que nuestro CP se sustente en una concepción muy amplia y de mero desempeño activo, incluyendo dentro del mismo a sujetos de

³⁰ Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción*, Instituto de Estudios Internacionales-PUCP, Lima, 2001, p. 15.

³¹ Esta denominación sintética de *administraciones públicas empresariales* se inspira en el Derecho español. Su referencia puede encontrarse en los numerales 1 y 2 del art. 103 de la Ley 40/2015, normas en las que son definidas como “entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian con ingresos de mercado [...] y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación”. En nuestra doctrina este tema ha sido tratado por Antonio ABRUÑA PUYOL, *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010, pp. 20 y ss.

derecho de diverso origen, que comparten relaciones jurídicas (no todas necesariamente públicas o funcionariales), tales como el personal de empresas del Estado (de forma societaria), los propios agentes físicos de empresas concesionarias, los políticos democráticamente elegidos, los privados que practican o ejercitan —jurídicamente o de hecho— actividades materiales y potestades administrativas. Asimismo, destacamos que no es una lista cerrada, toda vez que el numeral 7 del art. 425 del CP, deja un espacio a otros sujetos que puedan ser incluidos en la Constitución o legislación (siendo un listado de *numerus apertus*).

Pero además es una lista y postura que podría tener dificultades para sostenerse ante ciertas reglas supra-legales, como por ejemplo la categórica distinción que plantea nuestra Carta Magna respecto a la función pública (en sentido de cuerpo organizado) y el personal de empresas públicas (sin hacer las distinciones antes explicadas), por la cual, se señala la delimitación negativa de la primera pues no “están comprendidos” en ella “los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta” (ver el art. 40 de la Constitución). Extrañamente, esta regla constitucional solo ha sido usada e interpretada para producir efectos laborales y lograr algún nivel de separación legislativa entre ambos grupos humanos (con la consecuente privatización del empleo respecto a la *mayoría* de empresas públicas), sin que el Congreso de la República señale ninguna consecuencia adicional respecto al principio de responsabilidad punitiva³².

Es evidente que esta anterior definición penal marca una clara diferencia con otros “conceptos de funcionario público” en nuestra legislación (como en el Derecho administrativo o en relaciones laborales), siendo una visión autónoma y autárquica que se defiende férreamente en este campo jurídico. En este sentido, como bien señala ABANTO VÁSQUEZ “el CP por su propia materia no puede dar efectos administrativos ni laborales a su definición de “funcionario público”. Sería absurdo por ejemplo que un funcionario de confianza, alegando la definición penal de “funcionario público” pretenda amparo legal en el campo administrativo laboral”³³.

Asimismo, y como también señala GARCÍA CANTIZANO en una posición extrema, el citado art. 425 del CP no conceptualiza al funcionario público, sino que simplemente enumera diversos supuestos para facilitar la tarea del operador jurídico³⁴. En este sentido, “a efectos penales, para ser funcionario público no interesa la naturaleza jurídica del régimen bajo el que se halle el funcionario (*privado* o público), por lo que mal puede sostenerse que función pública es la que solo se ejerce por partes reguladas por el régimen de Derecho público”³⁵. Por tanto, la tesis conceptual

³² Por todas, ver las aplicaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en el Pleno Jurisdiccional recaído en los expedientes N. 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PUTC, 0017-2014-P1/TC.

³³ ABANTO VÁSQUEZ, 2003: 36.

³⁴ Esta ponencia de García CANTIZANO aparece citada por RODRÍGUEZ OLAVE, 2005: 65.

³⁵ Rafael CHANJAN DOCUMET, “El concepto peruano de *funcionario público* en el Derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020, p. 9.

de funcionario público que más se adecua a la regulación penal peruana es la llamada *tesis teleológica intermedia*, pues incluso “permitiría comprender como función pública a aquellas actividades que son realizadas por instituciones o empresas públicas adscritas al régimen de sociedades privadas o concesionarios privados que cumplen determinados servicios públicos especiales”³⁶.

Sin embargo, a pesar de estas anteriores aproximaciones apriorísticas y hasta operativas del CP, siempre cabe la siguiente pregunta si la responsabilidad punitiva de un determinado sujeto activo es tan inerme como se pretende indicar en estas posturas, y luego su aplicación no abre los reconocimientos de otras situaciones funcionariales (como sueldos, estabilidad o derechos pasivos), tal como por ejemplo viene sucediendo en el Derecho disciplinario peruano con el conjunto de los locadores de servicios que sirven en las Administraciones públicas (personas que conforman nuestra lacerante *burocracia informal*). Todo lo anterior siempre bajo una perspectiva sistémica y de aplicación del principio general *a maiori, a minus*.

Entonces para el Derecho penal el concepto de funcionario público se basa en una *cercanía material* del agente físico con la función pública (que para esta ciencia no es solamente la pura potestad o su práctica pues podría abarcar elementos diversos como el interés público, bienes públicos, fondos públicos u otros), y sin que importe una serie de datos jurídicos de diferenciación funcional que puedan ser aplicables a supuestos específicos (como el vínculo orgánico antes citado), los cuales provienen de una perspectiva objetiva de la noción (como cuerpo organizado de personas-funcionarios). Así, la función pública se convierte para el Derecho penal en multi-conceptual y polisémica, siendo esta mirada tan particular la base para su autosuficiencia conceptual.

Lo dicho se nota claramente en la postura de (MONTTOYA VIVANCO, 2013: 44), para quien “cuando un sujeto ya accede materialmente al aparato estatal (aunque por aspectos de forma aún no ejerce efectivamente la función pública) se origina una relación en la que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública depende de su comportamiento”³⁷; y, por ende, “desde ese momento ya se podrá hablar de un funcionario público en el sentido penal”³⁸. En el mismo sentido, se pronuncia (LORENTE VELASCO, 2011: 72) cuando señala que “en consecuencia, podemos extraer una primera conclusión: el concepto penal de funcionario público es más amplio que el administrativo, pues a tenor de sus exigencias se puede catalogar como tal a un individuo que en virtud de las directrices del ámbito administrativo no merece esa consideración”³⁹.

Es así que la configuración de los delitos contra la Administración pública buscan eliminar posibles disputas sobre el sujeto activo, pues pueden ser aplicados a diversos

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Yvan MONTTOYA VIVANCO, *Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, IDEHPUCP, Lima, 2013, p. 44.

³⁸ CHANJAN DOCUMET, 2020: 11.

³⁹ Susana María LORENTE VELASCO, *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 72.

agentes físicos que afecten a la administración pública. No obstante, esta salida de *pura* eficacia punitiva a la larga puede terminar trayendo otros problemas y, como no, la propia afectación del concepto original de funcionario, agrupando a sujetos dentro de las condiciones y elementos pertinentes del tipo penal a pesar que muchas veces no tienen similares desenvolvimientos funcionales, ni naturalezas jurídicas equiparables, ni menos una pertenencia efectiva a una organización del Poder Público (como pasa en la actualidad con los directivos y el personal de las empresas públicas constituidas de forma societaria).

Por tanto, me vuelvo a cuestionar, como es jurídicamente posible que, tras la idea de configurar los elementos de los delitos administrativos, exista un concepto de funcionario público para el Derecho penal y otros muy diferentes para el Derecho administrativo (o laboral). Por el contrario, resulta una tarea importante y constitucional mostrar una definición única e integral, pues como también señala (DONNA, 2005: 271) la noción en cuestión “es eminentemente jurídica y debe ser sacada de la estructura del Derecho como tal”. En cualquier caso, este razonamiento tiene algún recojo y matización en cierta doctrina penal que señala que “aunque el concepto penal de funcionario público es [...] autónomo, distinto, por tanto, del concepto administrativo, no es [...] totalmente ajeno a este último, y ello en la medida en que el Derecho administrativo regula las formas en que el funcionario público puede adquirir dicha condición, bien por disposición inmediata de la Ley, bien por elección, o bien por nombramiento de la autoridad competente. La consulta al Derecho administrativo resulta obligada, por tanto, para determinar el concepto penal de funcionario público”⁴⁰.

5. EL LISTADO PENAL DE LOS FUNCIONARIOS Y UN EXCURSUS SOBRE EL *FUNCIONARIO DE HECHO*. PRIMER INTENTO DE SOLUCIÓN

Si el sinuoso concepto de funcionario público se muestra muy dificultoso y harto complejo, la revisión pormenorizada de la lista de “funcionarios” establecida en el art. 425 del Código Penal puede presentar varias sorpresas al operador. Por ejemplo, si examinamos detenidamente su numeral 3 se puede extraerse fácilmente la vieja tesis administrativa del *funcionario de hecho*, siempre tras la mera aparición de un “vínculo [...] contractual de cualquier naturaleza” que une a un particular con una organización administrativa. Ante esto, es necesario mostrar un breve análisis jurídico, a partir de un rápido recuento de las teorías formuladas sobre esta interesante cuestión, las cuales podrían colaborar y dar algunas soluciones al intérprete de esta

⁴⁰ Eduardo RAMÓN RIBAS, “La derogación jurisprudencial del artículo 2.24 CP (concepto de funcionario público)”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXXIV, 2014, p. 176. Esta mirada nueva y de matización también se nota en el reciente trabajo de GARCÍA CAVERO, 2021: 81 y ss.

norma penal en pos de entender los disímiles sub-supuestos que pueden deducirse de la noción recogida legislativamente.

En primer término, en la primera mitad del siglo pasado el profesor uruguayo (SAYAGÜES, 1974: 300) definió a un *funcionario de hecho* como “la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario”⁴¹. Casi en la misma época, (MARIENHOFF, 1970: 139) añadió una noción orgánica extra, pues “si bien la nota esencial que caracteriza al funcionario de “hecho” es la “irregularidad” de la investidura, ello no autoriza a que sea considerada funcionario *de facto* todo aquel cuya investidura tenga alguna falla por violación de la ley (formal o material)”⁴².

En paralelo, es en España donde se empieza a gestar una respuesta teórica más sistematizada ante este supuesto problemático. Así, FUEYO ALVAREZ produce la idea de la “Administración *de facto*” destinada a asumir las consecuencias y el estatus producido sobre los terceros por parte de un sujeto no funcional, puesto que “sin negar la exigencia de una autoridad regular encargada de la actuación administrativa, se respetaría la situación de derecho creada al amparo de una apariencia de legalidad o por una imposición de la urgencia, situación sobre la que [...] no se debe volver por razones de seguridad jurídica”⁴³.

En ese sentido, como se habrá notado esta categoría de la *administración de facto* tiene un fuerte componente funcional, estabilidad ante los terceros y de eficacia, puesto que “postula la validez frente a terceros de los actos producidos por una Administración o un funcionario no *de jure*, pero que externamente se ponen como titulares legítimos, y la de los actos efectuados por quienes asumen funciones públicas cuando de hecho se impide o es materialmente imposible la actuación efectiva de la Administración o del funcionario *de jure*”⁴⁴.

En cualquier caso, el privado, que actúa con apariencia de funcionario público, sea visible o jurídica (siendo esta última un supuesto cada vez más restringido debido al avance de la tecnología, la transparencia y el acceso frecuente al dato público), plantea el mayor problema que saca a la luz (FUEYO ALVAREZ, 1950: 37). Así, este autor español, siguiendo un camino de amplitud conceptual en aras de proteger la confianza y seguridad jurídica generada sobre los administrados ajenos y terceros, presume la apariencia de legitimidad del *funcionario de hecho*. Si se quiere, en términos que podría ser útiles para el común de los penalistas, la *administración de facto* “es una válvula de seguridad jurídica en cuanto respeta las conclusiones legales del

⁴¹ Enrique SAYAGÜES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 1974, p. 300.

⁴² Miguel MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 139.

⁴³ Jesús Florentino, FUEYO ALVAREZ, “La doctrina de la administración de facto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950, p. 37. Esta cita del profesor FUEYO ALVAREZ también aparece citada en doctrina peruana en Antonio ABRUÑA PUYOL y Víctor BACA ONETO, *Notas al curso de Derecho administrativo*, pro manuscrito, 2008, p. 196.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 37.

principio de autoridad regular, pero postula que, en determinados casos y a ciertos efectos, se respete la situación de derecho creada al amparo de una apariencia de legalidad o por una imposición de urgencia, situación sobre la que no se puede o, al menos, no se debe volver por razones de seguridad”⁴⁵.

En la orilla opuesta DE LA VALLINA planteó la tesis más *restrictiva* de la figura del funcionario de hecho, produciendo una obligatoria reducción de sus alcances desde una *doble perspectiva* que recoge la esencia mixta de la función pública (como vínculo orgánico y cobertura para el desempeño funcional singular del sujeto), puesto que la “irregularidad en el ejercicio de la función administrativa puede ser objetiva o subjetiva, esto es, puede depender de ella misma objetivamente considerada —que sustancialmente venga afectada por un vicio jurídico, que los actos en que se concreta sean jurídicamente defectuosos, independientemente de que el agente que la realiza sea el llamado para ello—. Otras veces, por el contrario, la irregularidad se debe a que la función administrativa es realizada por individuo incompetente [...], independientemente, ahora, de que la función que realiza esté, materialmente considerada, de acuerdo con el ordenamiento jurídico; irregularidad relativa a la cualidad del autor del acto”⁴⁶.

Luego, ambas tesis españolas contrapuestas no mostraron una solución final de cara a la persecución penal, pues nunca fueron pensadas para el torrente funcional que luego sería recogido en la “lista abierta” de nuestro CP. Por más que estas posturas españolas fueron creadas para justificar soluciones ante problemas subjetivos de las actuaciones administrativas (finalmente conectados con la teoría del acto administrativo), los datos de ambas necesitan pasar obligatoriamente por un posterior agregado de reprochabilidad y búsqueda de conexiones con bienes jurídicos protegidos, a fin de no perseguir comportamientos nimios, de bagatela, o que podrían ser atendidos por el Derecho de la organización, el régimen sancionador general o la potestad disciplinaria.

Ahora bien, resulta interesante mirar las críticas peruanas a las dos tesis españolas que las muestren como *incompletas* para los propósitos de buscar soluciones punitivas, tal como por ejemplo sucede con la formulada por DE LA VALLINA, pues “pese a su posible utilidad al proporcionar un concepto más estricto del funcionario de hecho, no serviría para explicar todos los casos en los que actúan determinados sujetos *en nombre* de la Administración [...] subyace en las afirmaciones de este último *la intención de distinguir al funcionario de hecho del usurpador de funciones*, que le lleva a incluir dentro de la primera categoría a quienes ejercieran función administrativa en casos de emergencia, recurriendo a un hipotético nombramiento tácito (que al mismo tiempo debería ser inválido, pues de otro modo nos encontraríamos ante un funcionario *de iure*), para así exonerar a ciertos sujetos de la responsabilidad penal”⁴⁷.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁴⁶ Juan Luis DE LA VALLINA VELARDE, “Sobre el concepto de funcionario de hecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 29, 1959, pp. 103-104.

⁴⁷ ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO, 2008: 196-197. Los autores peruanos terminan cerrando su crítica a ambas tesis indicando que “sin embargo, no es posible oponer la categoría de usurpación

En todos los casos, y tomando parte de las anteriores críticas, creo que lo relevante pasa por mezclar los aportes de las tesis anteriormente expuestas, y poder buscar protección para los terceros involucrados, sumado a una necesidad de *discriminación* entre sub-supuestos de funcionarios de hecho, debiendo a continuación valorarse aquellas conductas más reprochables que si afectan a cualquiera de las siguientes tres cuestiones esenciales (verdaderos bienes jurídicos tutelados): (i) el ejercicio válido de las potestades administrativas, el reparto competencial y las actuaciones materiales de las administraciones públicas, (ii) las relaciones internas de la organización administrativa sean intra-orgánicas o intra-funcionariales (en aplicación de la jerarquía, unidad, cooperación y coordinación) y (iii) la protección efectiva final de los intereses públicos a cargo de la correspondiente organización administrativa.

En ese sentido, considero desde el Derecho administrativo es posible plantear una escalera de supuestos de *funcionarios de hecho* que tendrían relevancia penal, de menor a mayor nivel de *reprochabilidad*⁴⁸, algunos de los cuales ya han sido acogidos en esta ciencia jurídica (como pasaría por ejemplo con el delito de usurpación de funciones). Todo esto a partir de eliminar las posturas extremas como la aceptación en términos penales de un ingreso elástico e indefinido del individual mediante una arbitraria “incorporación heterónoma a la función pública”⁴⁹.

Así, asumiendo que la noción clave es la existencia o no del *vínculo funcional orgánico* (a pesar de las reticencias que muestra un sector de la doctrina penal respecto a cualquier elemento funcional)⁵⁰, en tanto elemento de cobertura para el nacimiento y desarrollo de todo tipo de relaciones de función o empleo público, sea este de naturaleza contractual, recogido en un acto administrativo o previsto bajo una mixtura de las dos modalidades anteriores, resulta jurídicamente posible presentar la siguiente enumeración de supuestos de *funcionarios de hecho* con alcance penal⁵¹:

de funciones a la de los funcionarios de hecho, pues responden a criterios diferentes: mientras que en el primer caso el Derecho penal busca sancionar a quienes ilegítimamente se atribuyen una condición que no tienen, en el segundo se pretende justificar la validez de ciertos actos dictados por quienes no estaba legitimados para hacerlo, *a pesar de la existencia de una indebida irrogación de funciones*. Así, será responsabilidad del Derecho penal, y de la dogmática que estudia dicha rama del ordenamiento, determinar en qué casos la actuación de quien carecía de investidura para hacerlo será perseguible judicialmente” (ver páginas 196 y 197 de este pro manuscrito).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 142. También en RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 103-104.

⁴⁹ GARCÍA CAVERO, 2021: 90.

⁵⁰ *A contrario sensu* de lo que vengo desarrollando, es destacable lo señalado por RODRÍGUEZ OLAVE, para quien el “introducir el concepto de funcionario de hecho no consiste en una interpretación al concepto funcionario o servidor público, ya que el concepto de funcionario de hecho no se ajusta al sentido literal posible del texto de la norma penal, por lo que se trata de una analogía *in malam partem*. En tal sentido, reconocer dicho concepto desborda el tenor literal o alcance jurídico de la noción de funcionario público”. *Vid.* GARCÍA CAVERO, 2021: 110.

⁵¹ Como se notará, esta lista es mucho más pormenorizada que la planteada por un sector de la doctrina penal nacional. Al respecto, el profesor NAKASAKI SERVIGÓN ha señalado que en el Derecho penal se distinguen dos supuestos de *funcionario de hecho*. Por un lado, el particular que, sin nombramiento nulo, ejerce funciones públicas; y, por otro, el particular cuyo nombramiento es nulo que ejerce funciones públicas. De esta forma, para el citado autor, “solo el sujeto que ejerce funciones

— Funcionario público que posterior a su *vínculo orgánico* se le inhabilita para el ejercicio del cargo o puesto y que, no obstante, lo anterior, continúa ejerciéndolo por un lapso determinado.

— Funcionario público que, habiéndosele aceptado la renuncia, o que, habiendo sido relevado temporalmente del cargo o puesto (por razones extra disciplinarias), sigue ejerciendo sus respectivas funciones como si el *vínculo orgánico* no hubiese sufrido menoscabos jurídicos.

— Funcionario público que continúa ejerciendo labores y potestades luego de vencido el término de contrato, designación, o nombramiento, o se ha producido una extinción de su *vínculo orgánico* (incluyendo la disciplina).

— Funcionario público, que, sin perder su previa condición, asume efectivamente competencias o potestades que no le corresponden, según las correspondientes normas existentes de organización, sectoriales y de reparto competencial. Esta misma regla es aplicable a las tareas materiales públicas ajenas al funcionario público en cuestión.

— Diversos privados que —materialmente— ejercitan potestades administrativas o realizan tareas públicas sin ningún *vínculo orgánico funcional* de cobertura, pero sin demostrar posición de jerarquía.

— Privados que, con *vínculo jurídico general de colaboración* ejercitan potestades administrativas sobre órganos administrativos, grupos de funcionarios públicos o de manera externa. Debiendo agravarse la ponderación en aquellos casos en los que las actuaciones de estos particulares se dan sobre órganos con potestades más intensas o de mayor responsabilidad ante el interés público.

En el caso de los dos últimos sub-supuestos vale indicar que se agravaría la intervención de estos particulares, si es que no cuentan con una habilitación legal de *delegación* de potestades administrativas, entendida esta como una técnica propia y exclusiva que permite el ejercicio privado de funciones administrativas bajo vigilancia de una administración pública específica y titular del objeto de delegación⁵². En este punto se debe tener mucho cuidado porque la legislación administrativa peruana ha cometido errores de fondo al equiparar a la delegación con la concesión y autorización, existiendo una antijurídica idea de que los privados autorizados o concesionarios dejan de ser tales para convertirse en “entidades de la administración

públicas a pesar de que su nombramiento como funcionario es nulo podrá ostentar la categoría de funcionario de hecho”. *Vid.* César Augusto NAKASAKI SERVIGÓN, “Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú”, en Alonso PEÑA CABRERA FREYRE, Efraín MONTES FLORES y Miguel Angel SÁNCHEZ MERCADO (coords.), *El Derecho Penal Contemporáneo: Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Ara, Lima, 2006, p. 779. También puede revisar estos datos en RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 110.

⁵² Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1977, p. 85

pública”, a partir de aplicárseles cualquiera de las dos técnicas antes señaladas (ver el numeral 8 del art. I del TUO LPAG)⁵³.

Ahora bien, la jurisprudencia peruana tiene un histórico caso relacionado al concepto de *funcionario de hecho*⁵⁴. En su momento, los órganos jurisdiccionales pertinentes utilizaron esta categoría para fundamentar la condena penal contra Vladimiro Montesinos Torres como autor del delito de peculado en el “Caso Bedoya de Vivanco” (Exp. N. 010-2001) y en el “Caso de los dueños de los medios de comunicación”. Esta forma de utilización fue también reconocida por nuestro TC mediante la sentencia del Exp. N. 2758-2004-HC/TC, señalándose que:

“Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el art. 387 del Código Penal”.

Es valedero afirmar, a partir de la simplicidad de tratamiento jurisprudencial antes mostrado, que la mejora dogmática de esta categoría parte por un fundamento esencial: la necesidad de complementar la utilización procesal de un instituto ajeno al Derecho penal, mediante conceptos dados por el Derecho administrativo (la ciencia que construyó originalmente el *funcionario de hecho*). Esto último, no solo permitirá hacer encajar mejor las piezas en el desarrollo de la correspondiente teoría del caso, además logrará marcar las necesarias diferencias entre la categoría general y el específico *usurpador de funciones* que puede ser desprendida de la lista legal antes mostrada.

Todo lo antes señalado puede demostrarse en la realidad práctica, pues no debe olvidarse que por ejemplo, respecto al señalado caso de Montesinos Torres, surgió la duda y se expresó finalmente un sentido jurídico de cara al principio de responsabilidad (funcionarial), respecto a las diferencias entre actuar sin “título alguno, que hubiera ocupado una competencia que no le corresponde o si existiendo título, el mismo resultaba insuficiente para manejar los fondos públicos [...] entonces no podría llegar a ser funcionario con aptitud para ser sujeto activo en el delito de peculado”⁵⁵; cuestión que es muy distinta a asumir una competencia ajena como funcionario público ante lo cual “estaríamos ante un supuesto de usurpador de funciones”⁵⁶.

⁵³ Esta norma legal ha sido criticada de manera certera por ABRUÑA PUYOL, 2010: 25 y ss.

⁵⁴ Este caso se suma a otros en los que la jurisprudencia penal ha considerado al funcionario de hecho como *funcionario público* para efectos penales: (i) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia Casación N. 442-2017-ICA. Resolución de fecha 11 de diciembre de 2019; (ii) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Nulidad N. 1813-2003, de fecha 29 de mayo de 2003; (iii) Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N. 045-2001, de fecha 15 de noviembre de 2005.

⁵⁵ RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 118.

⁵⁶ *Ibid.*

En cualquier caso, todos los supuestos del *funcionario de hecho* deberían ser estimados como *no funcionariales*, al tratarse siempre de sujetos privados, que, sin perder su naturaleza propia, ejercitan potestades administrativas, se revisten de atributos ajenos o realizan tareas materiales pertenecientes a verdaderos empleados públicos. Por tanto, las precisiones terminológicas y de fondo son más de necesarias en este cajón de sastre introducido por nuestro CP.

6. LAS PRECISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL FUNCIONARIO PÚBLICO. EL INTENTO DE SEGUNDA SOLUCIÓN

El Derecho administrativo ha construido el concepto de funcionario público (incluso antes de la revolución francesa) a través de diversas fuentes (principalmente jurisprudenciales, normativas y de doctrina). Por ejemplo, en la Prusia del siglo XVIII se pasó de una privatización contractual muy rudimentaria, a una serie de relaciones “fundadas en actos de autoridad unilaterales, para los que no resultaba preciso la celebración de pruebas que demostrasen la capacidad de los servidores. El Derecho territorial prusiano (Allgemeines Landrecht, ALR) garantizaba al funcionario frente a las separaciones arbitrarias del servicio. El título 10, segunda parte, «Derechos y obligaciones de los servidores del Estado», de la legislación mencionada, marca profundamente la transformación del servidor del monarca en servidor del Estado”⁵⁷.

Lamentablemente, nuestro país ha tenido un largo periodo de silencio sobre esta materia especial, situación que ha ido cambiando desde hace unos diez años a partir de diversas construcciones jurídicas, e incluso la aparición de un intento de unificación y publicación de la categoría. Así, es necesario revisar lo estipulado en la frondosa legislación administrativa de función pública compuesta en orden —en cronológico de publicación— principalmente por: (i) la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada mediante el Decreto Legislativo N. 276; (ii) la Ley de Fomento del Empleo, aprobada mediante Decreto Legislativo N. 728; (iii) el recientemente desaparecido régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios, aprobada mediante Decreto Legislativo N. 1057; (iv) La Ley marco del empleo público, y, (v) La vigente y fundamental Ley del servicio civil⁵⁸.

⁵⁷ María Jesús MONTORO CHINER, *La función pública en el federalismo alemán*, INAP, Madrid, 1987, p. 11. También es necesario revisar la evolución de la función pública en los tramos de existencia del Estado absolutista en la obra de Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA, *Derecho administrativo laboral*, Universidad del Externado, Bogotá, 2013, pp. 20 y ss.

⁵⁸ De estas anteriores normas podemos extraer que, en un primer momento, se excluyen de la aplicación de dichas leyes a los trabajadores de empresas del Estado (siguiendo el esquema de separación obligatoria planteada por la Constitución) y a los miembros de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, entre otros históricos cuerpos funcionariales (funcionarios de carreras especiales). Más adelante, aparece una diferenciación jerárquica entre servidores y funcionarios públicos, siempre en los cuales se necesitará obligatoriamente un nombramiento, contrato de autoridad competente, o una técnica

Por encima de todas estas fuentes legislativas se encuentran los artículos esenciales 39 y 40 de la Constitución que definen aspectos de la función pública en versión subjetiva⁵⁹ (como distintos cuerpos burocráticos que pueden adoptar diversos modelos de organización), además de alguna incipiente doctrina jurisprudencial pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fundamentalmente centrada en el tema de estabilidad y el derecho a no ser privado injustamente del trabajo público)⁶⁰.

¿Pero qué exactamente plantea nuestra Carta Magna respecto al funcionario público? Más allá, de las disquisiciones teóricas sobre la categoría ante lo errática de nuestra doctrina, vale la pena revisar cómo nuestra CP ha recogido la figura del funcionario público, indicándose la sola existencia de meros señalamientos, sin mayores luces o tratamientos específicos de cierta profundidad. Por el contrario, el constituyente ha concentrado su mayor cantidad de datos en la carrera pública, considerada de manera doble como *garantía institucional* y, en segundo término, como *medio para organizar y sistematizar* el empleo o función pública de los trabajadores adscritos o vinculados exclusivamente a las diversas organizaciones administrativas peruanas (ver el art. 40 de la Constitución).

En ese sentido, cabe reconocer que la CP ha recogido un núcleo esencial de la carrera pública, el cual es completamente vinculante para nuestro legislador y, por extensión, para todas las otras organizaciones del Poder Público existentes. La CP, al haber elegido el sistema descrito y no otro, como el usual y común bajo el cual debe gravitar toda la función pública peruana, con la lógica aceptación de otros moldes de carrera especiales⁶¹ y de ciertos sistemas de Derecho laboral que deberán ser adaptados sin confusiones al estatuto funcional; ha tomado indefectiblemente la decisión de establecer un molde *cerrado* al estilo francés (en un estado no puro). Este último exige y tiene rasgos básicos imposibles de rebatir. Pero claro todo esto se refiere —en exclusiva— al personal que labora en las organizaciones administrativas.

mixta que mezcle las dos anteriores (en cualquier caso, todos estos últimos sujetos, salvo el personal de empresas públicas, quedarían involucrados en el concepto de funcionario y función pública en sentido constitucional y objetivo).

⁵⁹ Sobre las diferencias del concepto objetivo y subjetivo de función pública debe revisarse obligatoriamente a Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 15 y ss. Existe otro tratamiento que no comparto, por el cual se mezcla figuras ajenas al instituto (tales como el puesto o plaza). En este punto me refiero al trabajo escrito por Janeyri BOYER CARRERA, *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales*, PUCP, Lima, 2020, p. 22.

⁶⁰ Por todas ver la sentencia CIDH caso trabajadores cesados del Congreso vs. Perú.

⁶¹ Como bien se ha indicado, estas carreras especiales distintas a la ordinaria servirían para organizar a los miembros del “Poder Judicial y Ministerio Público [...] Los institutos armados y la Policía Nacional [...] Los integrantes de la carrera diplomática [...] El magisterio [...] Los profesionales de la salud”. Vid. Jorge, DANOS ORDOÑEZ, “El régimen de carrera pública y la necesidad urgente de su reforma”, en Jorge DANOS ORDOÑEZ, José Antonio TIRANO BARRERA, Verónica ROJAS MONTES y Roberto JIMÉNEZ MURILLO (eds.), *El Derecho administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008, p. 514. Podríamos agregar dentro de este grupo a los profesores de las universidades públicas gobernados por el grupo normativo encabezado por la Ley universitaria.

En el mismo sentido, en concordancia con lo expuesto el segundo párrafo del art. 40 de la CP los directivos y trabajadores de las empresas del Estado (empresas públicas) no se encuentran comprendidos en la función pública, lo cual resulta coherente con lo preceptuado en la anterior disposición, puesto que la regla constitucional entiende y ordena que los primeros al trabajar en organizaciones económicas de colocación de bienes y servicios en el mercado no pueden involucrarse ni pertenecer al conjunto de funcionarios públicos pertenecientes a las entidades administrativas, ni menos ser considerados o participar dentro de su sistema básico de función pública (la carrera administrativa). Además de tampoco practicar —al menos originalmente— potestades públicas para realizar estos propósitos mercantiles.

En otras palabras, tal como ya se adelantó, es necesario entender e interpretar que el término función pública incorporado en nuestra Constitución, y que además vincula a todos nuestros Poderes Públicos, aparece en una versión subjetiva y única (como el conjunto de funcionarios que se involucran o adscriben a los distintos cuerpos burocráticos de las organizaciones administrativas)⁶². A su turno, nuestro legislador, aunque confuso en plantear y desarrollar la carrera administrativa, ha sabido entender que el funcionario o empleado público es el trabajador que labora exclusivamente en las entidades administrativas, indicando en diversas leyes antes citadas que las relaciones de empleo público o función pública se refieren únicamente a la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una organización administrativa y un sujeto funcional, excluyendo de plano a los trabajadores de las empresas públicas de este primer colectivo⁶³.

Por tanto, el verdadero concepto de funcionario público en Perú no tiene origen constitucional (como una sola definición irrefutable, clara y sintética). En nuestro actual Derecho, el contenido de esta noción debe nacer de un exclusivo trabajo de expurgación e interpretación legislativa, además de poder ir construyendo espacios de revisión sistémica con otras reglas constitucionales y variados intentos normativos que se refieren a sujetos dependientes. Y claro, todo esto afecta de sobre manera las relaciones y soporte que el Derecho administrativo pueda dar al Derecho penal (para cumplir sus cometidos propios).

⁶² Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, 2018: 18.

⁶³ En este sentido, es fundamental señalar que el legislador peruano ha ido acercando ciertos tratamientos jurídicos de los funcionarios públicos con el personal de las empresas públicas. Por ejemplo, en las disposiciones del Código de Ética de la Función Pública y el ordenamiento de control gubernamental. Esta confusión legislativa que se genera por el intento de aproximar ambas figuras en los ordenamientos mencionados responde a una visión economizadora y funcionalista de la administración pública (muy cercana a la perspectiva de eficiencia punitiva que subsiste en las nociones penales del funcionario público mantenidas en el Código Penal). Todo esto no descarta la naturaleza constitucional de ambos ni niega que el personal de empresas del Estado tenga un régimen especial. Sin embargo, se debe tener claridad suficiente para aceptar que, el personal de empresas públicas, no deberían responder bajo la figura de funcionarios, servidores o empleados públicos (que, para estos efectos, no guardaría diferencias importantes); sino que deberían ser incluidos dentro de una nueva figura jurídica más amplia (como el *empleado del sector público* que aparece por ejemplo en la legislación de control gubernamental).

Por último, debe entenderse la parquedad constitucional en su justa medida. Así, la CP simplemente plantea diferencias entre dos grupos humanos. Su art. 40 es una cláusula de discriminación positiva (desigualdad entre los desiguales), que no fundamenta ni indica directamente detalles sobre elementos conceptuales del funcionario público, siguiendo así la forzosa línea de revisión posterior del dato legislativo. Si se quiere la Carta Constitucional simplemente sustenta la división existente entre la función pública como cuerpo organizado y los empleados que laboran en las empresas públicas (los cuales quedan sometidos —generalmente— al Derecho laboral privado). Es más, el contenido de la CP solo recogió una dicotomía existente en ese momento y que hasta podría catalogarse de necesaria (por la flexibilidad de mercado que debían tener las empresas públicas para aplicar efectivamente su objeto social, la mayoría de ellas constituidas como sociedades mercantiles destinadas a colocar bienes y servicios a consumidores o usuarios).

7. LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO QUE SE DEFIENDE

En virtud de lo antes fundamentado, el funcionario o empleado público en el Derecho peruano debe ser entendido como el sujeto físico que, según las distinciones de la CP, trabaja por y mediante un vínculo real, orgánico y exclusivo con la Administración pública, sea este recogido en acto, contrato administrativo o un híbrido de ambos. De esta forma, es sobre la base de cualquier estos anteriores instrumentos, que nace todo su *status* propio y ajeno a la esfera jurídica de un ciudadano común (deberes, derechos, obligaciones, cargas, incompatibilidades contenidas en una relación especial con régimen propio y de Derecho público).

A partir de estas consideraciones existirían *cuatro elementos fundamentales* de la *definición* de funcionario público que se defiende, a saber: (i) un elemento *orgánico* (el vínculo de función pública); (ii) un elemento *funcional* (el desempeño funcional y conductual distinto al trabajador por cuenta ajena y subordinado del sector privado); (iii) un elemento *normativo-estructural* (un régimen o regímenes jurídico que crean un modelo organizativo abierto, cerrado o mixta); y, por último, (iv) un elemento *subjetivo* (una persona individual que voluntaria y libremente asume las anteriores cuestiones para tener la condición funcional).

En adición, se puede indicar que el concepto de funcionario público, servidor público, empleado público, o servidor civil (la nomenclatura cambia según la legislación), se sintetiza en la idea de una persona individual que cuenta con un *vínculo orgánico y formal* con una concreta Administración pública, sea este de carácter estatutario, contractual o híbrido, y que le permite desplegar a continuación una serie de actividades excluyentes ligadas a derechos, deberes, incompatibilidades y otras situaciones específicas mediante un régimen y modelo de organización creado exclusivamente por el legislador, permitiéndole además tener cobertura jurídica necesaria

para ejercitar potestades administrativas y tareas públicas a nombre de un órgano administrativo determinado.

Por ende, se es funcionario público con pertenencia efectiva a la función pública, más allá del rango o posición jerárquica, o de las expresiones o nomenclaturas literales que aparecen en algunos dispositivos, solo a partir de un *vínculo* concreto que permite —a continuación— tener un desempeño funcional diferente, subordinado y dirigido mediante relaciones jurídicas muy concretas y legalizadas (protocolizadas desde la legalidad en vinculación positiva o *positive bindung*). Estamos en conclusión ante una categoría de naturaleza híbrida que permite hacer nacer las variopintas relaciones de empleo o función pública⁶⁴.

En cualquier caso, vale aclarar que los conceptos y nomenclaturas de función pública, funcionario público, servidor civil y el propio de empleado público (que aún se mantiene en algunas leyes puntuales) no deben confundirse con nociones tales como carrera pública, puesto público, plaza o sistema de gestión de recursos humanos. Todas son cuestiones distintas que han sido definidas y diferenciadas por la doctrina más reputada, entendiéndose que las primeras son nociones propias de las personas, mientras las segundas son relativas a la organización y racionalización del sistema de función pública que ha adoptado un país. Incluso, por ejemplo, entre funcionario y función pública (en versión subjetiva) aparecen las distancias propias del individuo funcional frente a un grupo homogéneo (o no) de los primeros⁶⁵, debiendo establecerse incluso que puede existir la última integrada por no funcionarios públicos (por simples asalariados sin un proyecto de vida pública que se encuentran sometidos a las clásicas taras del patronazgo o la no preparación previa)⁶⁶.

Por tanto, la aparición de funcionarios públicos creados por mandatos sucesivos de la CP y el legislador podrían determinar el despliegue y puesta en marcha de una función pública profesionalizada, pero finalmente puede existir un remedo de esta última sin que realmente existan los primeros (cubriéndose el modelo escogido de sujetos individuales que conformarían una burocracia informal o de destajo). Siendo esta cuestión mostrada otro dato que deben valorar y tomar en cuenta los operadores penalistas al momento de usar las nociones con corrección mínima.

Pero volviendo a los datos organizativos de la función pública, se ha indicado claramente que entre los modelos existentes aparece el llamado “abierto o de empleo, que pivota sobre el puesto de trabajo y su clasificación previa, y el sistema cerrado

⁶⁴ Parte de estas definiciones se han ido expresando a lo largo de distintos trabajos científicos. Para citar uno de ellos puede revisarse el libro colectivo coordinado por el suscrito: Orlando VIGNOLO CUEVA *et al.*, *Comentarios y críticas a la ley del servicio civil*, Thomson Reuters-ECB Ediciones, Lima, 2014.

⁶⁵ Las distinciones entre ambas categorías no han sido claras en la jurisprudencia constitucional. Por todas revisar la perspectiva amplia y difusa mantenidas en los fundamentos jurídicos N. 20-22 de la STC recaída en los Expedientes N. 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC; 0008-2014-PI/TC; 0017-2014-PI/TC.

⁶⁶ Cfr. Juan MAHILLO SANTOS, *La función pública local española y sus problemas actuales*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1976, p. 10.

o de carrera, que es un modelo basado en los cuerpos de funcionarios. El primero procede del mundo anglosajón y tiene como espejo la organización empresarial privada donde prima el objetivo de la eficacia, algo que no debe ser ajeno tampoco a las organizaciones públicas y es hoy también un valor constitucional [...] El segundo sistema es de origen europeo, se basa históricamente en el modelo militar napoleónico y pretende hacer primar la objetividad, la igualdad y el espíritu de servicio que se pretende sea también el del cuerpo⁶⁷. Por ende, estos datos muestran que la noción de funcionario público también impacta en el régimen que se pretende seguir en un país, determinando la necesidad de una estructura organizativa más adaptable a su correcto despliegue como categoría. Pero, vale la advertencia, no cabe confundirlos (error que se nota permanentemente en la doctrina penalista).

Por otro lado, es claro que la noción planteada colisiona directamente respecto a la utilitaria visión *elástica* de funcionario público que preceptúa el Código Penal, y permite no solo separar al verdadero sujeto funcional del resto de individuales, a partir de elementos jurídicos de cobertura, también es capaz de poder darle vida a elementos organizativos propios de cada modelo de función pública que existe en nuestra legislación⁶⁸.

Como se notará, la correcta definición del funcionario público no solo marcará el derrotero de cara al principio de responsabilidad (que es la perspectiva que más le interesa al Derecho penal), es una categoría que marca el desenvolvimiento de modelos organizativos enteros de función pública. Por ende, el instituto en cuestión tiene una visión *extra punitiva* demostrada en repetidas normas legales de función pública y otras sectoriales, y eso es una complicación adicional para el operador del Derecho penal. El alcance conceptual alcanza también las situaciones personales y el conjunto del régimen funcional que pudiera estar analizándose (en sus moldes estructurales), incluso en términos amplios, impacta también sobre el Derecho de la organización y la propia teoría del acto administrativo.

En suma, tiene toda la razón la doctrina penal cuando reclama la falta de claridad conceptual al Derecho administrativo respecto a esta categoría⁶⁹. Al menos en Perú, tiene verdaderos argumentos para defender una postura autónoma que se aparte de ese maremágnum desordenado de nociones administrativas sobre el sujeto funcional. Sin embargo, el apartamiento produce serias complicaciones y terminan apareciendo explicaciones posteriores para entender este listado y alejar sus alcances fuera del campo de la arbitrariedad judicial.

⁶⁷ Luis Martín REBOLLO, *Estudio preliminar relativo al empleo público publicado en leyes administrativas*, pro manuscrito, p. 134.

⁶⁸ José María RECIO SAEZ DE GUINOA, “Carrera y desarrollo profesional en el marco de la reforma del empleo público aragonés”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XIII, 2011, p. 331. Así, por ejemplo, si se toma en cuenta el actual régimen del servicio civil, solo será funcionario-servidor civil aquel que puede poner en marcha el sistema híbrido de carrera profesional vertical y horizontal establecido por el legislador. Esto solo podría darse mediante un acto de concurso público otorgado a partir del voluntario acceso e incorporación final de un determinado postulante.

⁶⁹ GARCÍA CAVERO, 2021: 86-87.

8. CONCLUSIÓN

Una única conclusión salta a la vista de todo lo planteado en este trabajo, la necesidad de poder darle una vuelta de tuerca al desorden dogmático existente respecto al *funcionario público* en sus relaciones de corte punitivo con el Derecho penal, el cual afecta su configuración conceptual y que se opone a una mirada necesaria de datos constitucionales y jurídico-administrativos. Aunque comprensible, esta postura funcionalista penal no tiene ninguna razón de cobertura, tal como se ha podido mostrar en las partes pertinentes de este trabajo, y merece a continuación un análisis profundo para plantearse los correspondientes caminos alternativos.

Por otro lado, en línea con la anterior conclusión, aparece una recomendación de fondo, esto es la obligatoriedad de introducir fórmulas innovadoras legislativas para saltar la unificación artificial de sujetos de derecho de naturaleza completamente distintas, tras la comisión de los delitos contra la Administración pública, y que aparece reflejada en la multicitada lista funcional preceptuada en el art. 425 del vigente CP peruano. Claro, las posibles soluciones podrían ser eficientes siempre que se asuma —desde ambos extremos involucrados— que existen avances teóricos sobre estas cuestiones que deben mirarse en perspectiva sistémica y de revisión mutua (un necesario diálogo científico de ida y vuelta, que además debe ser permanente).

Finalmente, la ciencia jurídica crece y se expande siempre que exista la humildad de aceptar que todo lo aplicado está bajo permanente re-evaluación, siempre en pos de lograr que la justicia material prevalezca. Asumir lo contrario, produciría el estancamiento del Derecho y el prurito de la mera imposición normativa por la sola existencia de lo establecido.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Manuel ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, Palestra, Lima, 2003.
- Antonio ABRUÑA PUYOL, *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010.
- Antonio ABRUÑA PUYOL y Víctor BACA ONETO, *Notas al curso de Derecho administrativo*, pro manuscrito, 2008.
- Adela ASUA BARRATITA, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en Adela ASUA BARRATITA (ed. lit.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- Víctor BACA ONETO, *Apuntes de Derecho administrativo sancionador*, pro manuscrito, 2017.
- Janeyri BOYER CARRERA, *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales*, PUCP, Lima, 2020.
- José Antonio CARO JOHN, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, *Anuario de Derecho penal*, núm. 1, 2003.
- Rafael CHANJAN DOCUMET, “El concepto peruano de *funcionario público* en el Derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020.

- Jorge, DANOS ORDÓÑEZ, “El régimen de carrera pública y la necesidad urgente de su reforma”, en Jorge DANÓS ORDÓÑEZ, José Antonio TIRANO BARRERA, Verónica ROJAS MONTES y Roberto JIMÉNEZ MURILLO (eds.), *El Derecho administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008.
- Juan Luis DE LA VALLINA VELARDE, “Sobre el concepto de funcionario de hecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 29, 1959.
- Edgardo Alberto DONNA, “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 4, 2005.
- Jesús Florentino, FUEYO ALVAREZ, “La doctrina de la administración de facto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950.
- Percy GARCÍA CAVERO, “El principio del *nom bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa”, en Nicolas QUELOZ, Marcel Alexander NIGGLI y Christof RIEDO (eds.), *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Schulthess, Zurich, 2012.
- Percy GARCÍA CAVERO, “El concepto penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública”, *Actualidad Penal*, núm. 86, 2021.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1977.
- Manuel GÓMEZ TOMILLO, “Los principios constitucionales nucleares del Derecho penal y matices característicos del Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Derecho aplicado LLM UC*, núm. 6, 2020.
- Isabel LIFANTE VIDAL, “¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la administración pública?”, *Documentación administrativa*, núm. 7, 2020.
- Susana María LORENTE VELASCO, *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Dykinson, Madrid, 2011.
- Juan MAHILLO SANTOS, *La función pública local española y sus problemas actuales*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1976.
- Miguel MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
- María Jesús MONTORO CHINER, *La función pública en el federalismo alemán*, INAP, Madrid, 1987.
- Yvan MONTOYA VIVANCO, *Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, IDEHPUCP, Lima, 2013.
- Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Augusto NAKASAKI SERVICIÓN, “Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú”, en Alonso PEÑA CABRERA FREYRE, Efraín MONTES FLORES y Miguel Angel SÁNCHEZ MERCADO (coords.), *El Derecho Penal Contemporáneo: Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Ara, Lima, 2006.
- Inés OLAIZONA NOGALES, y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La responsabilidad penal de los funcionarios públicos. El código penal de 1995”, *Auditoría Pública*, núm. 6, 1996.
- Raúl PARIONA ARANA, “La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias”, *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 19, enero 2011.
- Eduardo RAMÓN RIBAS, “La derogación jurisprudencial del artículo 2.24 CP (concepto de funcionario público)”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXXIV, 2014.
- Luis Martín REBOLLO, *Estudio preliminar relativo al empleo público publicado en leyes administrativas*, pro manuscrito.
- José María RECIO SAEZ DE GUINOVA, “Carrera y desarrollo profesional en el marco de la reforma del empleo público aragonés”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XIII, 2011.
- Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA, *Derecho administrativo laboral*, Universidad del Externado, Bogotá, 2013.
- Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 16, 2012.

- Giovanna RODRÍGUEZ OLAVE, *El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del "funcionario de hecho" en los delitos contra la administración pública* (tesis para optar por el grado de Magíster. Pontificia Universidad Católica del Perú), pro manuscrito, 2015.
- Ramiro SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2011.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2018.
- Enrique SAYAGÜES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 1974.
- Inmaculada VALEIJE ALVAREZ, "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997.
- Orlando VIGNOLO CUEVA *et al.*, *Comentarios y críticas a la ley del servicio civil*, Thomson Reuters-ECB Ediciones, Lima, 2014.
- Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción*, Instituto de Estudios Internacionales-PUCP, Lima, 2001.