

*Definición y Alcances del
Concepto Jurídico de Funcionario Público a la
luz del Artículo 425° del Código Penal Peruano*

*Definition and scope
of the Legal Concept of Public Official under
Article 425° of the Peruvian Criminal Code*

Carlos Alberto Juárez Muñoz* <https://orcid.org/0000-0003-4385-5300>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i34.2791>

* Abogado. Fiscal Provincial Penal Titular de Lima. Perú.
Correo Electrónico: c_juarezm@hotmail.com

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Mi madre me criaba entre retamas, óleo sobre lienzo 120 x 120 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

El legislador nacional, primigeniamente, al momento de establecer el Código Penal peruano de 1991, no vio la necesidad de regular de forma extensiva la categoría jurídica de funcionario y servidor público dentro de la gama de los delitos, en los cuales, estos eran pasibles de responsabilidad por su condición de tal. Situación que, debido a la praxis judicial, fue enmendada hasta en dos ocasiones, siendo la reforma del 2013, la que materializó un vasto inventario de categorías que determinan – para el derecho penal – cuando nos encontramos frente a un funcionario o servidor estatal. Sin embargo, esta delimitación resulta un tanto abierta y, muchas veces, problemática al momento de establecer un título de imputación respecto del infractor de la ley. En tal sentido, el objetivo principal del presente artículo se delimita en la necesidad de determinar un concepto claro y preciso - bajo el marco de la teoría actualmente vigente - respecto de lo que, en nuestro sistema jurídico penal consideramos como trabajador público, así como su consideración dentro del análisis de su intervención delictiva especial, y de los terceros implicados que no dotan de dicha calidad. Para tales efectos, hemos utilizado un método dogmático-jurídico a fin de, tras el análisis de la norma vinculante, desarrollar una noción clara de lo que se considera en la actualidad como funcionario y servidor público.

Palabras clave: *funcionario público, tipo penal, rol funcional, intervención delictiva, funcionario de facto, delito contra la administración pública.*

ABSTRACT

The national legislator, originally, at the time of establishing the Peruvian Crime Code of 1991, didn't see the need to regulate extensively the legal category of public official and public servant within the range of crimes in which they were passible for liability for their status as such. This situation, due to the judicial praxis was amended up to two times, being the 2013 reform the one that materialized a vast inventory of categories that determine - for criminal law - when we are in front of public official and public servant. However, this delimitation is somewhat open and, many times, problematic at the time to establishing a title of imputation with respect to the offender of the law. In this sense, the main objective of this article is delimited in the need to determine a clear and precise concept - under the framework of the theory currently in force - regarding what, in our criminal legal system, we consider as a public official, as well as its consideration within the analysis of special criminal intervention, and of the third parties involved that don't endow with such quality. For such purposes we had use a dogmatic-legal method in order to, after the analysis of the binding norm, develop a clear notion of is currently considered as public official and public servant.

Keywords: *public official, criminal type, functional role, criminal intervention, facto official, crime against public administration.*

I. INTRODUCCIÓN

El funcionario¹ público es una figura jurídica de amplio espectro en materia penal, que ubica su desempeño en el ejercicio de una función pública en una entidad del Estado. En tal sentido, se puede deducir, en prima facie, que su rol se reduce en prestar un servicio público debidamente regulado por la ley.

Esta frase conceptualmente la encontramos desarrollada en el artículo 425° del Código Penal (en adelante CP); el mismo que, de forma extensiva, nos otorga un concepto de “funcionario público” un tanto distinto a la que otras ramas del derecho determina dentro de su propia doctrina.

El presente trabajo, analítico y, en algún momento, descriptivo, está basado en el estudio de la doctrina, la jurisprudencia y la ley, con el objetivo de esclarecer, desde distintos ángulos, la figura del funcionario o servidor público; generando de esta manera, un concepto diferenciado, respecto de las demás ramas jurídicas que otorgan una definición propia; y estableciendo el rol que cumple en el quebrantamiento de las figuras penales que le dan cabida.

En tal sentido, se nos hace menester desarrollar, a su vez, los fundamentos por el cual el legislador, determinado por el interés que tiene con el Estado de proteger su organización y su sistemática, ha desarrollado, a lo largo de nuestra historia jurídica penal, un concepto extenso a partir de la normativa sustantiva, con el objeto de sancionar a todo aquel que dote, desde el concepto normativo y jurisprudencial, de un rol como agente estatal.

1 Entiéndase, en adelante, funcionario o servidor público de forma indistinta.

Bajo esta perspectiva se han encauzado los distintos puntos que conforman este trabajo, que, por su reducido espacio, nos es imposible tocar algún tema a profundidad, como lo es los distintos niveles de participación de personas ajenas a la actividad funcional, pero, que terminan apoyándolo en el crimen de delitos especiales.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es casi unánime, sin dejar pasar algunas excepciones, visualizar que el inicio de una regla de custodia de un bien gubernamental, está relacionada - para el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos -, con la calidad diferenciada del sujeto que la transgrede, sabemos que, por la amplia variedad de tipos penales que identifica una de las características de la parte general del plexo que unifica las reglas de coerción, la norma cualificada también puede ser lesionada, como cualquier otra, indistintamente, por terceros que no cuentan con la competencia institucionalizada que legitima la actuación del agente en ámbitos de la norma especial, titularidad que se les otorga, como más adelante desarrollaremos, en calidad de *extreñei*.

Una norma especial de carácter propio o impropio, aspira a ser transgredida por los sujetos reconocidos normativamente, y -en casos amplios- como, por no consignados; pero sí consideramos en la parte inicial del estamento legal, es universalmente irreversible posponer esta situación referida a la consideración de una persona no caracterizada que accione el comportamiento que la ley pretende disuadir.

En el contexto comentado, la singularidad del tipo de persona es una característica personal, unívoca, individual e inconfundible de la que abusa el sujeto contextualizado para inmiscuirse en la cosa pública, a fin de exponerla, desprotegerla, teniendo como consecuencia: el resquebrajamiento utilitario de la cosa estatal, o como bien se ha desarrollado, el correcto funcionamiento de la administración pública.

Esto es, conforme al desarrollo de la norma especial, la ley busca sancionar, principalmente, el comportamiento detestable de nadie más que del sujeto consignado de forma expresa en el dispositivo normativo; sin embargo, ello no resta de que un sujeto impropio, también coadyuve de forma directa en la realización del hecho delictivo, o tal como se ha evidenciado, en la actualidad, por funcionarios determinados de forma fáctica, y no mediando un ingreso regular.

En tal sentido, el legislador, en la tarea de efectivizar la aplicación de la sanción penal frente a las distintas formas en las que los criminales buscan afirmar la impunidad, ha creído

pertinente establecer una defición listada de lo que podría ser considerado como funcionario y servidor público; asimismo, dentro del espectro de los que no calzan en la definición del vigente artículo 425° de nuestro CP, pero que sin lugar a duda, aportan, y hasta determinan la materilización del hecho delictivo, también se les ha establecido, doctrinaria y legalmente, un supuesto jurídico, mediante el cual, se les castiga por su intervención en la configuración de la actividad criminal.

La conclusión que nos lleva este pensamiento, es que la universalidad de personas están totalmente facultadas (fácticamente) a ser consideradas como autores o partícipes (en el extremo de los terceros que no detentan de un puesto como funcionario o servidor público, o que no dotan del rol funcional exigido por la norma penal) de conductas prohibidas por tipos penales, sean estos reservados al campo del dominio del hombre sobre el mundo circundante, como a supuestos en los que esto no cuenta, asimilándose ambos, con el mismo resultado de efectividad sobre la norma deslegitimada.

Por ello, la problemática que se pretende abordar, se reduce en el encasillamiento de los sujetos activos del ilícito penal, frente a las nuevas formas de intervención delictiva en los delitos contra la administración pública, en los cuales, el trasgresor responde a un rol especial dentro de la sociedad, y de tal manera se genere una reafirmación a la teoría actualmente vigente, mediante la cual, se determina la autoría y participación de los sujetos activos del ilícito penal.

III. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

Funcionario Público, sin perjuicio de los criterios sostenidos en el artículo 425° del CP, es un concepto jurídico de alcances netamente nacional que integra a las personas que, aun sin ostentar un alto rango en la organización estatal, ejecutan funciones públicas, o sea, de las que realiza cualquier estamento estatal, al final de todo, conforme indica, Valeije, en beneficio del bien común o generales de la comunidad², por ejemplo, la persona que recepciona la declaración jurada para el pago de impuestos.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada el 6 de abril de 1997, conformante del derecho nacional de acuerdo con el artículo 55° de la Constitución, plantea

2 I. Valeije, citada por Dino Caro Coria, “El Delito de Enriquecimiento Ilícito”. en *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita para Delinquir*. (Perú: Jurista Editores, 2002), 498.

que los Estados parte consideren que funcionario público es lo mismo que oficial gubernamental y que servidor público, por lo que centrándose en la condición de empleador del Estado, señala que lo son: a) cualquier funcionario o empleado del Estado, b) cualquier funcionario o empleado que conforman las entidades del Estado, c) las personas que han sido seleccionadas, designadas o electas, siempre que lo hayan sido para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado; y d) cualquier persona que se desempeñe en cualquier nivel jerárquico del Estado.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada el 16 de noviembre de 2004, con rango de ley al igual que la anterior (art. 200.4 Constitución), los entiende en relación a lo siguiente: a) ocupe un cargo en el Estado, y b) desempeñe una función pública.

Para el primer supuesto, incluye al poder legislativo, ejecutivo y judicial, así como al administrativo. Y, ampliando la responsabilidad de estos, precisa, a los designados o elegidos. Le otorga las características de permanencia en el cargo o simplemente temporal, así como, podría ser un cargo remunerado u honorario. Asimismo, sin interesar su estancia en el cargo, esto es, la antigüedad en el cargo.

En el segundo supuesto, el ejercicio de la función pública, se considera a la que se realiza para un organismo del Estado, una empresa del Estado, así como, lo será la que preste un servicio público, según normas internas.

En ese sentido, quien sirve al Estado, labora para él, ocupa un cargo, realiza una función para él, tiene un empleo del Estado, donde el Estado es una institución jurídica que incluye toda aquella institución que realiza una función pública al servicio del bien común. Debiendo considerar función pública, aquella que se realiza en nombre del Estado o al servicio del Estado o sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Por lo tanto, será funcionario público, por ejemplo, el Embajador del Perú ante un país, como, la persona que tiene un contrato de tercero como auxiliar en una empresa que brinda servicio a la ciudadanía.

En tal sentido, el artículo 425° del CP define que es empleado estatal, sí y solo sí, aquel sujeto que responda de forma cualitativa, al acervado conjunto de criterios y títulos que desarrolla la precitada normativa; dicho dispositivo penal regula de forma expresa, y de cierta forma, inacabada, al sujeto activo propio sobre quien recae el título de imputación como autor de los delitos en los cuales se exige la habilitación de funcionario o servidor público (sin adelantar a aquellos tipos penales que exigen, además, las vulneración de sus roles especiales).

Así las cosas, el dispositivo normativo desarrolla un listado de supuestos en los cuales se determina de forma expresa quien podría ser pasible, preliminarmente, de sanción penal

producto de la configuración de un ilícito penal de aquellos delitos que requiera, literalmente, un rol especial para que dicha actividad criminal sea perpetrada.

En tal sentido, esta nomenclatura será utilizada cuando se determine que el sujeto interviniente en el delito, se entienda con un servidor gubernamental, ya sea en el ámbito desarrollado por delitos agrupados principalmente por la teoría del dominio del hecho desarrollada por Claus Roxin, como en el caso de los que de manera puntual, el direccionador de la conducta ilícita tiene el título propio de empleado estatal con el rol específico que la norma penal requiere para su efectiva configuración.

Aún más, para identificar al funcionario público como emisor del acto transgresor, que se quiere conocer, no es necesario, mucho menos, fundamental, tener en mente cuál es el título que otras unidades jurídicas le otorgan, pues, nada de eso sería imprescindible. Tanta fuerza y potencial jurídico-penal se encuentra en el artículo 425° CP, para los efectos de identificar al *Publicus officialis* como sujeto consignado en un delito de autoría especial, que otras normas (inclusive la Constitución) no aplican interpretativamente cuando pretenden estatuir un régimen diferenciado al que establece la citada disposición penal.

Como conclusión de lo previamente descrito, la interpretación que se debe otorgar respecto del sujeto activo que desdeña el tipo penal especial en calidad de autor (siendo su accionar conforme a su rol como funcionario o servidor público), únicamente puede extraerse a la luz citado artículo, no siendo factible utilizar otras definiciones de funcionario o servidor público respecto de otras ramas del derecho.

En realidad, en el contexto del artículo 425° del CP - de manera lata - , podemos definir globalmente al funcionario público por el lazo o, inclusive, el trato que una persona tiene con la Administración Pública o viceversa, no siendo necesario para establecer su definición, que ostente poder de mando, ni que ocupe algún cargo de alta dirección en una entidad pública, como sería, en el primer caso, un miembro del Tribunal Constitucional (autoridad) o, en el segundo, el Secretario General de un Despacho Ministerial; pues, según nuestro sistema punitivo, no se requiere de ese atributo, sino, basta que el actor tenga relación con la Administración Pública, incluso, en el nivel primario de la organización.

Para tales efectos, desde otras ramas ajenas al derecho penal, la idea de administración pública representa al Estado como persona pública soberana, incluso cuando es meritorio que los actos administrativos de las otras entidades que fraccionan el poder a través del accionar de sus miembros, también trasuntan la representación del Estado. Complementariamente, se debe incluir a este breve concepto, la concepción de las entidades descentralizadas, que se complejizan con personería jurídica, también, de carácter estatal, pero propia y ajena de la

persona pública del Estado, a la cual se unen lazos de tutela y de garantía de sus actos frente a los que no son propios de la administración³.

Asimismo, Fidel Rojas sostiene que es entendida como un conjunto de entidades, instituciones u organismos del Estado, debidamente sistematizados y organizados, cuyo norte es el servicio al país, equiparando a estas, las empresas del Estado, quienes son las únicas habilitadas a ejercer una función pública⁴. De forma sincrética, podemos señalar que la administración pública responde a un conjunto de entidades que emanan del Estado con el objetivo de concretizar la finalidad propia de la existencia de la personería jurídica estatal.

En ese entendido, para los efectos de la disposición mencionada, no resulta del todo acertado reemplazar al empleado estatal con el nombre que los identifica ante la sociedad, por ejemplo: “presidente regional”, “regidor”, “director general de administración”, “gerente de logística”, “director de abastecimiento”, “abogado II”, “auxiliar”, y otros análogos a cualquiera de ellos, porque esta mención resulta reductora y, hasta podemos pensar, con pretensiones de confusión o delimitación del entendimiento jurídico penal.

En efecto, y teniendo en cuenta lo sostenido por el autorizado Salinas Siccha, el sujeto infractor del tipo penal, para ser acreedor del título de autor - en la mayoría de los delitos contra la administración pública- debe dotar de un atributo especial de funcionario o de servidor público, pero no circunscrita a la definida por el derecho administrativo, sino de acuerdo al artículo 425° del CP. En tal sentido, el derecho penal, considera una definición de funcionario y servidor público más extensa que en otras ramas adyacentes propias del derecho⁵. Esto es, el derecho penal diseña una definición de “sujeto público”, meramente de carácter normativo, lo cual no desestima que, en cierto, extremo pueda coincidir con el parámetro administrativo que establece la ley; sin embargo, la norma penal, expande los parámetros.

Ahora bien, dentro del ámbito del artículo en comento, para el caso de los sujetos no reconocidos por otras normas legales como funcionarios o servidores públicos, el derecho penal solo hace incidencia a partir de cuando se vulnera un objeto identificado para el servicio público que la norma defiende y custodia; pues, por ejemplo, un secigrista que realiza sus prácticas para el Estado, seguirá en ese nivel mientras no se encuentre en alguna de las facetas de una figura penal que requiere su intervención; en tal sentido, solo será pasible de la intervención del ius puniendi del Estado, cuando este acepte un provecho a fin de realizar, o no, alguna función encomendada por ley.

3 Juan Cassagne, *Derecho Administrativo*, 1er Tomo, (Perú: Palestra Editores, 1era Ed., 2010), 241.

4 Fidel Rojas Vargas, *Delitos contra la Administración Pública*. (Perú: Gaceta Jurídica, 2021), 49.

5 Ramiro Salinas Siccha, *Delitos contra la Administración Pública*, (Perú: Editorial Iustitia, 2023), 8.

Por otro lado, no se es funcionario público en el ámbito social (reconocido por otras ramas del derecho) meramente por estar señalado en el artículo de referencia. Lo que se quiere decir es que, el derecho penal no es fuente de origen para determinar la calidad de funcionario o servidor público; en ese entendido, aun cuando el dispositivo penal que define la condición de agente del estado precisa que: “son funcionarios o servidores públicos” y detalla un complejo organigrama de tal mención, no acepta ser tomado como disciplina creadora del un concepto imponible en el marco regulatorio general; sino mas bien, dicha definición normativa es invocable, toda vez que, el funcionario público se encuentra inmerso en una actividad criminal imputable desde su condición de tal.

Si el derecho penal no acepta ser dador de títulos funcionariales en la sociedad, tampoco permite que otras ramas del derecho le recomienden o impongan quién es, o no, funcionario, si no es que pasa por el análisis del conjunto de supuestos que enarbola el artículo 425° del CP.

Sin embargo, es posible asimilar la noción de funcionario gubernamental desde las reglas penales, siempre que sea bajo los alcances de la grandiosa nomenclatura que engloba el artículo 425° del CP; lo que, en nuestra opinión, se encuentran en la Administración Pública el elemento que los unifica conceptualmente.

Desligándose del artículo 425° del CP, dentro del terreno de las normas que incluyen dentro de sus componentes al sujeto especial, la doctrina mayoritaria ha dicho que funcionario público es aquel que estando regulada su relación con un bien en específico, infringe el deber que le es exigible, así regulado⁶. Es decir, en este caso, se vincula la identificación del funcionario público con la relación funcional que se tiene para con el objeto material del delito -integrado, muchas veces, por recursos públicos- que no es más que la justificación de su presencia en el puntual ámbito no privado en el que se desenvuelve.

Precisamos que, para el derecho penal, en algunos ilícitos penales contra la administración pública, el sujeto activo, aparte de tener la condición de funcionario o servidor público, debe tener una relación funcional específica con el objeto del delito dentro del aparato público⁷.

Así las cosas, funcionario público es quien tiene alguna relación o nexo legal con el Estado, los poderes que lo integran, empresas públicas, destinadas, según su rol, a realizar una función o actividad que se caracteriza por ser propia de la administración estatal.

En ese sentido, para el derecho penal, en el delito de peculado, se requiere, además, que el funcionario o servidor, realice un acto o comportamiento en específico, en que deslegitimando

6 José Reaño Peschiera, *Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*, (Perú: Jurista Editores, 2010), 23.

7 Ramiro Salinas Siccha, *Delitos contra la Administración Pública*, (Perú: Editorial Iustitia, 2023), 16.

su posición, esto es, sus roles o funciones según el cargo o título adscrito, confronte recursos públicos debidamente asignados para su ámbito de gobierno.

Por lo que, tratándose de la norma especial, por ejemplo, en el delito de *peculatus* - para ser considerado como el sujeto determinado - no basta con aparecer en cualquiera de los supuestos del artículo 425° del CP, puesto que, el funcionario público al que se refiere el tipo penal especial, tiene como particular entendimiento el deber que tiene el agente para con la administración pública, el mismo que vulnera, no únicamente, un nivel preponderante en el Estado propia del Derecho Administrativo⁸.

Mientras que, bajo la regla antes dicha, se es funcionario público, por sus características inherentes que caen dentro de cualquiera de las posiciones que tiene una persona en relación al ente público como tal, en cualquiera de sus manifestaciones; y que, por cuya razón -que desarrolla nítidamente este dispositivo penal general- se ingresa al servicio público, lo que, a diferencia del precedente, no tiene entre sus regulaciones un deber u obligación específica en movimiento relacionada con un objeto público determinado.

En tal sentido, el 425° enmarca de forma genérica una definición propia de lo que es considerado como trabajador estatal, lo que no estima de forma tajante que, frente a la participación de uno, dentro de la configuración de un ilícito penal, de manera directa y sin cuestionamiento alguno, se le debería imputar a título de autor. Para dichos efectos, el tipo penal específico (respecto a alguno de los delitos contenidos en el capítulo de los Delitos contra la Administración Pública), señala entre línea que, dicho accionar imputable debe ser uno contrario a sus funciones definidas por la administración pública, esto es, debe existir una correlación entre funcionario imputado, y rol afectado.

Como toda norma de alcance penal, el artículo 425° del Código Penal se rige en base del principio de legalidad, por lo que, los supuestos y requisitos que en esta se contemplan son inamovibles (pétreos). Ello garantiza (con seguridad inalterable) un filtro insoslayable con efectos sobre las personas que no son las indicadas, ingresen a ser consideradas en ese estamento.

Es decir, sirve para saber a quién debemos identificar como tal. Por ejemplo, reza el acápite 1, es agente del estado, los que están comprendidos en la carrera administrativa y, como es de esperarse, a esta se accede por concurso público de mérito⁹, el que concluye con su nombramiento, mediante el acto administrativo respectivo; en cambio, en el supuesto puntual del numeral 6, muy diferente al anterior, referido a “los designados, elegidos o proclamados”, no menciona a la resolución que reconozca tal calidad de nombrado.

8 Corte Suprema de Justicia de la República (2018), Revisión de Sentencia N° 503-2017-CALLAO, F.J. 5, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Revision-de-sentencia-503-2017-LP.pdf>

9 Tribunal Constitucional (2005), sentencia contenida en el Expediente N° 00025-2005-PI/TC., F. J. 50, <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf>

Por lo tanto, para los casos de este último acápite, no se requiere de la resolución de nombramiento, mucho menos, que una persona hubiere participado en un concurso público de méritos, ni que hubiere sido examinado por un jurado calificador, tampoco, que hubiere sido sometido a etapas preclusivas y eliminatorias, por el contrario, bajo dicho dispositivo legal, únicamente se necesita que una autoridad competente, indistintamente, designe o elija o proclame a una persona particular, con lo que a partir de ese instante, es tildado de funcionario o servidor público, sin que resulte obligatorio que hubiere ingresado a desempeñar la labor; inclusive, como sucede en otros casos, acepte y jure el cargo, así, por ejemplo, un fiscal luego de ingresar al servicio, para que lo ejerza no basta que se publicite su nombramiento o se expida al título que así lo acredite, sino, debe juramentar el cargo, firmando el acta respectiva.

La situación de los designados, elegidos o proclamados, como personas que en el futuro ejercerán un cargo público, obedecerá a una mayor protección otorgada al bien jurídico protegido en los delitos que se tiene al *Publicus officialis* como su autor, contra el abuso de poder y falta de ética de estos, que podría sobrevenir a su designación. En ese sentido, el legislador ha visto por conveniente la colocación de mayores exigencias de punibilidad a los que aún no ocupan el cargo público, menos todavía, desempeñan la función pública, siendo esto, una especie de barrera que refuerza la protección del objeto tutelado, desde que son posibles de implicancias penales antes del ejercicio del cargo, con lo que se aplaca cualquier interés que podría tener el “seleccionado” al momento que lo ejerza. De este modo, como apunta León, se prohíbe cualquier acto desleal que desmerezca el cargo¹⁰.

IV. AUTORÍA DIRECTA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO, Y LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS*

Tal como precisa Villavicencio, la descripción de los elementos típicos del ilícito penal, se despliegan a partir de la determinación del sujeto activo, el cual, el derecho penal, lo concibe como una calificación dogmática que resulta útil para describir las características y requisitos que debe reunir la persona al momento en el que ejecuta conducta pasible de responsabilidad penal. Generalmente, el tipo penal describe a un sujeto genérico, indeterminado, sobre el cuál se refiere como “el que”, sin precisar una cualidad específica que lo pueda diferenciar de otros¹¹.

10 Vladimir León Vidal, Hésbert Benavente Chorres y Leonardo Calderón Valverde, *El Funcionario Público*, (Perú: Gaceta Jurídica, 2015), 27.

11 Felipe Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*, (Perú: Grijley, 1era Ed., 2006) 304-305..

En cambio, cuando se está encabezado por una persona específica, cualquiera que lo cometiere, no incurriría en ese delito, pues, su calidad no ha sido legalmente considerada por el tipo penal. En este último caso, solo puede ser autor el que reúne el requisito de autoría establecido en la norma penal; por lo que se trataría de un delito exclusivo, debido a la particularidad de la persona que lo comete; es, como apunta Villa: un tipo especial¹².

Tan es así que, en concordancia con lo señalado por Salinas, en gran parte de los delitos contra la administración pública (tal como lo hemos señalado) no todo sujeto puede ser autor. Para dotar de dicha condición en los tipos penales en los que el rol establecido sea uno de funcionario o servidor público, se requiere – en correspondencia con el tipo penal correspondiente –, de la condición de funcionario o servidor público (en el marco del artículo 425° de nuestro código penal sustantivo) e incluso en algunos delitos, además de dicha condición, se necesita portar de un vínculo funcional especial con el objeto del delito al interior del estrato estatal. Por lo que, en dichas situaciones nos solo se requiere la condición de agente del estado por parte del sujeto activo del hecho delictivo¹³.

La llamada participación, por su parte, resulta ser otro modo de intervención en el delito, a la que se le concede un rol de signo secundario, y que se manifiesta bajo la idea de un acto de apoyo o de instigación al ilícito¹⁴. Tratándose de complicidad, el dispositivo legal (art. 25° del CP) no le impone ninguna condición a la persona para ser tal, basta que haga los actos que la ley indica. De ningún modo le consigna algún criterio de imputabilidad, igual o parecido al del autor para responder como él.

De la misma forma, el artículo 25° del CP, no prescribe que quien preste auxilio o asistencia, deba gozar de la misma calidad especial de la persona que prevé la norma para el autor -de quien es su subordinado-; por ejemplo, el tercero no requiere ser funcionario o servidor público o, mejor dicho, no debe serlo, para asistir al autor en el delito de peculado, pues, si así fuere, dejaría de ser considerado un dependiente, para convertirse en un sujeto principal en el citado delito singular.

En palabras de Percy García Caveró, la participación se diferencia, para este tipo de casos, como una afectación al bien jurídico tutelado sin perjuicio del deber especial respecto de un autor que, a su vez, no se delimita por el dominio del hecho. Esta especial consideración evade toda traba dogmática para sancionar al que instiga o ayuda a un instrumento cualificado. Existen doctrinas que pretenden establecer criterios de participación en los delitos de infracción del deber, por un lado, se delimitaría la participación como una atenuante, y por otro, la imposibilidad dogmática de admitir la posibilidad de participación¹⁵.

12 Javier Villa Stein, *Derecho Penal. Parte General*, (Perú: Ara Editores E.I.R.L, 2014), 285.

13 Percy García, *Derecho Penal. Parte General*, (Perú: Ideas Solución Editorial, 3era Ed., 2019), 788 – 789.

14 Percy García, op. cit, 727.

15 *Ibidem*, 788 – 789.

Lo que sí podemos advertir es que, no hay cómplice especial, o sea, una persona que pudiera ostentar una cualidad especial, que lo diferencie del cómplice común; más bien, el cómplice siempre será una persona indeterminada, un sujeto cualquiera, no cualificada, el que su apoyo no sea de carácter definitivo en el devenir del injusto.

Gacia agrega que, respecto al *extraneus* se determina una sanción penal, en general, y de manera subsidiaria, respecto de los actos de organización que coadyuvan a que el funcionario pasible de responsabilidad penal, infrinja su propio deber¹⁶.

En tal sentido, respecto a los terceros intervinientes, Salinas señala: Si el tipo está desarrollado como uno de infracción de deber, el remedio no se haya previsto en la misma línea que de los que se encuentran aglomerados en la tipología de la teoría del dominio del hecho. Resulta imposible permanecer en la dogmática de la unidad del título de imputación, ya que al *extraneus* no se le puede inculpar de responsabilidad penal por una competencia institucional que no le alcanza. (...) si bien el *extraneus* se pudo hallar beneficiado tras la realización del hecho punible, la ausencia de vinculación con el Estado lo hace incapaz de contrariar la específica expectativa normativa que compone a los delitos de infracción de un deber¹⁷.

Por otro lado, salvo en el caso que el tipo penal hubiere incluido conductas auxiliares o secundarias a la realización del hecho punible, las llevadas a cabo por personas de nivel secundario, no es posible considerarlas como autores, salvo excepciones sustentadas en la naturaleza del comportamiento.

Según el plano expuesto por Roxin la autoría no está en relación al dominio del hecho, sino por el contrario, en no acatar un deber que le impone la legislación distinta de la penal¹⁸. En tal sentido, y aterrizando a un caso en concreto, en el delito de *peculatus*, se es autor -funcionario o servidor público- porque sobre él recae el deber especial extrapenal, ninguna otra persona interviniente en ese delito tiene la obligación importante que la configuración del delito trata de impedir; por ello, un tercero que se apropia o utiliza el bien público, en su provecho, lo extraerá del lugar donde se encuentre y, hasta quizá se comportará como el dominus, pero de ningún modo, cuando sustrae o saca del lugar un objeto de servicio público, romperá una regla especial que les inherente, ya que, esta no está dirigida hacia él, sino, al funcionario o servidor público.

Entonces, el actuar del tercero -inclusive, si fuere un funcionario público no vinculado al rol funcional-, así fuere bastante, carecerá de importancia en relación al que desarrolla el

16 *Ibidem*, 802.

17 *Ibidem*. 801.

18 Corte Suprema de Justicia de la República (2016) Recurso de Casación N° 102-2016-Lima, https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CasacnN102-2016-Lima_unlocked.pdf

funcionario público consignado; pues, no surtirá ningún efecto sobre la regla que ha sido creada para ser aplicada al funcionario público; ergo, de ninguna manera puede ser considerado autor. Bajo esa consideración, en la fractura del tipo penal de naturaleza especial, el aspecto funcional es la condición sine qua nom para su realización.

Todo lo cual, conlleva a apuntar que, en el delito especial, no es conducente la autoría por otra persona distinta al sujeto especial; por tal motivo, la autoría se reduce a aquel sujeto activo que responde a la infracción del deber funcional; por ello, el único considerado legalmente para infringir el deber inmerso, es el sujeto especial en el que reposa el deber jurídico protegido por el tipo penal.

La Corte Suprema de la República, en un caso específico sobre peculado, ha dicho que, quien no tiene las calidades de funcionario o servidor público que el tipo penal exige, entonces, es un cómplice, así, en el caso del delito de peculado, ha dicho que: “(...) *Es claro, por lo demás, que serán cómplices, aquellos funcionarios o servidores públicos que sin tener esa relación funcional específica, prestan auxilio o asistencia, cooperan, con la apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos. (...)*”¹⁹. Del mismo modo, la Corte, citando García y Vilchez ha indicado que los extranei, así dominen la situación, pero que no tienen un deber que vulnerar, les corresponde el entorno del citado delito, pero, no son autores²⁰.

V. FUNCIONARIO DE FACTO

La jurisprudencia, en su labor incansable de no generar estados de impunidad frente a situaciones no reguladas penalmente, esto es, la insuficiencia extensiva del artículo 425° del CP ante sujetos pasibles de sanción; ha creído menester establecer, por medio de su jurisprudencia en temática de autoría y participación, la institución jurídica del funcionario de hecho. Dicha medida responde a la necesidad de otorgar al sujeto pasible de responsabilidad penal la calidad de “intraeus” en razón de su desenvolvimiento dentro de la administración pública, esto es, que dicho sujeto adquiere la señalada condición debido a su actividad funcional sin que, de forma previa, este haya sido inducido a la administración de forma regular.

19 Corte Suprema de Justicia de la República (2022), Recurso de Casación N° 3513-2022-SAN MARTÍN, F.J. 3, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6111754/5403734-cas-3513-2022-san-martin-1.pdf?v=1711479251>

20 Corte Suprema de Justicia de la República (2019), Recurso de Casación N° 1609-2019-MOQUEGUA, F.J. 2, <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c2f8770043cc2af799de9b6745cba5c4/1609-2019%2C.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c2f8770043cc2af799de9b6745cba5c4>

En tal sentido, el alto tribunal judicial ha esgrimido, citando al autorizado De la Vallina Velarde, los 3 elementos configurativos que, de observarse, nos permitiría determinar que estamos frente a la existencia de un funcionario de iure; así las cosas, la Corte Suprema ha precisado:

“33.1. Existencia legal del cargo: necesidad de que exista el cargo y exista de iure. Es claro que no podría existir funcionario de hecho, si por no haber cargo alguno a desempeñar tampoco pudiera existir funcionario de jure.

33.2. Posesión del cargo: debe ser pacífica, pública, continuada y de buena fe. Su actuación externa ha de ser de la misma naturaleza que sería la del funcionario de derecho.

33.3. Apariencia de legitimidad del título o nombramiento: existencia de un título, aunque irregular, aparentemente válido y que así lo considere el interesado.”²¹

Como primer elemento, relaciona al funcionario de hecho con la existencia legal del cargo, esto es, que exista un espacio laboral que reúna las características de la actividad funcional desarrollada por el sujeto a quien se le imputa la calidad de funcionario de facto; esta actividad debe estar correctamente enmarcada dentro del Manual Operativo Funcional de la entidad administrativa (MOF), el mismo que tiene la función de determinar y especificar las funciones que tienen cada uno de los funcionarios y servidores del Estado.

Respecto al segundo elemento, la función no debe responder a un supuesto de suplantación ilegítima o usurpación del cargo, sino que, se debe acceder a esta de buena fe, esto es que, en el interín del acceso al cargo, no haya mediado una intervención belicosa ni contraria a ley; asimismo, esta debe ser pública y continuada, es decir, de conocimiento del área, o de los sujetos colindantes, no mediando ninguna interrupción durante un periodo de tiempo.

Como último elemento tenemos la apariencia de legitimidad, esto es que, el sujeto que desarrolla el cargo como funcionario o servidor, se observe como un administrativo o autoridad, determinado bajo los proceptos normativos, es decir, que pareciera un funcionario ingresado a la administración de forma regular.

En tal sentido, este precepto jurisprudencial adoptado desde la dogmática administrativa, nos permite incorporar y no soslayar la participación de aquellos que intentan desestimar su influencia en la configuración de ilícitos penales, por una supuesta ausencia de títulos que lo habiliten de ejercer dentro de la administración pública.

21 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2017), Casación N° 442-2017-ICA, FJ. 33. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casaci%C3%B3n-442-2017-Ica-LP.pdf>

VI. CONCLUSIONES

1. Funcionario Público es un concepto jurídico de alcance netamente nacional que, en el ámbito del artículo 425° del CP, y la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, es el único “sujeto” que puede lesionar una norma penal de carácter especial con mandato dirigido hacia él, y condicionado a inconductas de probidad relacionadas a la desatención dolosa de su rol institucional. Que, por el mismo cargo que ostenta, su tratamiento parte de una consideración especial que, en correspondencia de la ley, estipula una condición exclusiva en torno a su individualización al momento de determinar su intervención delictiva.
2. Dentro de las disposiciones normativas que refieren a delitos cometidos por funcionarios públicos en quebrantamiento de sus roles específicos, los terceros que no pertenecen a la administración pública, no quedan exentos de alguna sanción penal, el derecho ha considerado pertinente que, para dichas situaciones, a los extraneus intervinientes, se les castigue a partir de su condición de partícipes, toda vez que estos, no tienen un deber especial que deban resguardar.
3. La norma penal se ha encontrado limitada frente a la participación, dentro del ilícito penal, de ciudadanos que, fácticamente, desarrollan un cargo o una función pública y que, a la fecha de la comisión del ilícito, su ingreso a la administración no se hallaba regulado. En tal sentido, la jurisprudencia ha generado, en correspondencia al derecho administrativo, el concepto jurídico de: funcionario de hecho, o de facto, a fin de castigar al infractor legal en calidad de autor.
4. Resulta relevante concluir que la norma penal actual, que define las categorías respecto del Funcionario Público, se halla de cierto modo completa, sin embargo, dado la capacidad operativa de diversos grupos delictivos, en su debido momento, se deberá actualizar a fin de no generar espacios de impunidad frente a la imputación de algún sujeto que no cumpla con los criterios y requisitos legales.

REFERENCIAS

- Cassagne, Juan, *Derecho Administrativo*, 1er Tomo. Perú: Palestra Editores, 1era Ed., 2010.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016) Recurso de Casación N° 102-2016-Lima, https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/CasacnN102-2016-Lima_unlocked.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República (2018), Revisión de Sentencia N° 503-2017-CALLAO, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Revision-de-sentencia-503-2017-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2017), Casación N° 442-2017-ICA, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casaci%C3%B3n-442-2017-Ica-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019), Recurso de Casación N° 1609-2019-MOQUEGUA, <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c2f8770043cc2af799de9b6745cba5c4/1609-2019%2C.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c2f8770043cc2af799de9b6745cba5c4>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2022), Recurso de Casación N° 3513-2022-SAN MARTÍN, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6111754/5403734-cas-3513-2022-san-martin-1.pdf?v=1711479251>
- García Cavero, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. Perú: Ideas Solución Editorial, 3era Ed., 2019.
- León Vidal, Vladimir, Benavente Chorres, Heshbert. y Calderón Valverde, Leonardo. *El Funcionario Público*. Perú: Gaceta Jurídica, 2015.
- Reaño Peschiera, José. *Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*, Perú: Jurista Editores, 2010.
- Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. (Perú: Gaceta Jurídica, 2021.
- Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*. Perú: Editorial Iustitia, 2023.
- Tribunal Constitucional (2005), sentencia contenida en el Expediente N° 00025-2005-PI/TC, <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf>
- Ugaz Sanchez- Moreno, José y Ugaz Heudebert, Francisco. *Delitos Económicos, contra la Administración Pública y Criminalidad Organizada*. Perú: Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017. <https://doi.org/10.18800/9786123172602>
- Valeije, I., citada por Caro Coria, Dino. El Delito de Enriquecimiento Ilícito”. en *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita para Delinquir*. Perú: Jurista Editores, 2002.
- Villa Stein, Javier, *Derecho Penal. Parte General*. Perú: Ara Editores E.I.R.L, 2014.
- Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Perú: Grijley, 1era Ed., 2006.

Recibido: 10/09/2024

Aprobado: 25/10/2024