

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**PROBLEMÁTICA DE LA DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO Y  
SERVIDOR PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO**

**TESIS**

PRESENTADO POR:

**BRYAN ANTONY MONJE YUCRA**

**GEORGES MORGAN OTAZU PINTO**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

**ABOGADO**

PROMOCIÓN XXXVI

PUNO – PERÚ

2017

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

“Problemática de la definición de funcionario y servidor público en el  
Código Penal Peruano”

TESIS

Presentada por:

**BRYAN ANTONY MONJE YUCRA  
GEORGES MORGAN OTAZU PINTO**

Para Optar el Título Profesional de:  
**ABOGADO**



Fecha de Sustentación: 01 de febrero del 2017

**APROBADO POR EL JURADO DICTAMINADOR:**

**PRESIDENTE**

:   
Abg. JESUS LEONIDAS O. BELÓN FRISANCHO

**PRIMER MIEMBRO**

:   
Abg. JUAN CARLOS MENDIZÁBAL GALLEGOS

**SEGUNDO MIEMBRO**

:   
Abg. RENE RAÚL DEZA COLQUE

**DIRECTOR Y ASESOR  
DE TESIS**

:   
Abg. JOVIN HIPÓLITO VALDEZ PEÑARANDA

ÁREA : Derecho Público

LÍNEA: Derecho Penal

TEMA : Delitos contra la Administración Pública

**DEDICATORIA**

Dedicado a mis queridos padres con mucho amor,  
ellos son lo más valioso que Dios me ha dado.

**Bryan Antony Monje Yucra**

A mis padres, por estar conmigo, por enseñarme a  
crecer y si caigo debo levantarme, por apoyarme y  
guiarme, por ser las bases que me ayudaron a llegar  
hasta aquí. A mi amor Cintia por su apoyo  
incondicional

**Georges Morgan Otazu Pinto**

## AGRADECIMIENTO

A nuestros docentes de la Escuela Profesional de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano Puno por habernos compartido sus conocimientos y experiencias.

## ÍNDICE

ÍNDICE.....	5
RESUMEN .....	8
PALABRAS CLAVES .....	9
ABSTRACT.....	10
KEYWORDS.....	10
INTRODUCCIÓN .....	11
CAPITULO I .....	13
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	13
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA .....	13
1.2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA .....	14
1.2.1. PROBLEMA GENERAL.....	14
1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS .....	15
1.3. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA .....	15
1.4. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	15
1.5. JUSTIFICACIÓN .....	16
1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	17
1.6.1. OBJETIVO GENERAL .....	17
1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	17
CAPITULO II.....	18
MARCO TEÓRICO - CONCEPTUAL.....	18
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
2.2. MARCO HISTÓRICO RESPECTO EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO .....	20
2.2.1. POLÍTICA Y CORRUPCIÓN EN LA ANTIGUA ROMA .....	20
2.3. MARCO TEÓRICO .....	37
2.3.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO PENAL .....	37
2.4. MARCO CONCEPTUAL .....	40
2.4.1. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN LA DOCTRINA .....	40
2.4.2. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO DE HECHO .....	42
2.4.2.1. EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	42
2.4.2.2. EN EL DERECHO PENAL .....	43

2.4.3. REGULACIÓN LEGAL RESPECTO AL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO.....	44
2.4.4. DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO .....	44
2.4.5. EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL	46
2.4.6. DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN .....	47
2.4.7. JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO.....	48
2.5. GLOSARIO DE TÉRMINOS .....	49
2.6. HIPÓTESIS GENERAL.....	50
2.6.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS .....	50
2.7. OPERALIZACIÓN DE VARIABLES.....	52
CAPITULO III.....	53
DISEÑO METODOLÓGICO DE INVESTIGACIÓN .....	53
3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	53
3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA DE INVESTIGACIÓN .....	54
3.3. UBICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LA POBLACIÓN.....	55
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	55
3.5. PLAN DE TRATAMIENTO DE LOS DATOS.....	56
CAPITULO IV .....	58
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN.....	58
4.1. EN RELACIÓN AL SEGUNDO OBJETIVO: ESTABLECER LOS ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN EL CONCEPTO JURÍDICO – PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO. ....	59
4.1.1. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y SERVIDOR PÚBLICO A EFECTOS PENALES .....	59
4.1.2. ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL .....	60
4.1.2.1. PARTICIPAR EN LA FUNCIÓN PÚBLICA .....	60
4.1.2.2. TÍTULO HABILITANTE .....	64
4.2. EN RELACIÓN AL PRIMER OBJETIVO: DETERMINAR EL DESARROLLO LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL RESPECTO DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL PERUANO.	66
4.2.1. DESARROLLO LEGAL DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PUBLICO EN EL DERECHO PENAL PERUANO. ....	66
4.2.2. EL ARTÍCULO 425° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO .....	68

4.2.2. DESARROLLO DOCTRINAL RESPECTO DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO .....	91
4.2.3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL RESPECTO DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO.....	94
4.3. EN RELACIÓN AL TERCER OBJETIVO: DETERMINAR COMO EL CONCEPTO JURÍDICO – PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO INFLUYE EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA PENAL PERMANENTE EN LOS CASOS EMBLEMÁTICOS. .	98
4.4. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	104
4.4.1. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA I .....	104
4.4.2. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA II .....	105
4.4.3. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA III.....	106
CONCLUSIONES .....	107
SUGERENCIAS .....	109
BIBLIOGRAFÍA .....	110
ANEXOS .....	114

## RESUMEN

La presente investigación rotula “PROBLEMÁTICA DE LA DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO” como objetivo general, se ha establecido el determinar el desarrollo legal, jurisprudencia y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano; además, establecer los elementos propios que lo componen, y con los fundamentos expuestos se procederá a analizar la jurisprudencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, para poder determinar cómo influye este concepto en el contenido de la resoluciones.

En cuanto a la metodología el diseño de investigación es de enfoque cualitativo, en razón a que esencialmente los resultados de la investigación son argumentativos, pues se ha observado los hechos tal como se expresan en su contexto natural y mediante un proceso cognitivo los interpretamos jurídica, social y axiológicamente, proponiendo soluciones en base de argumentos razonables.

Llegando a concluir que el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal existente es todavía insuficiente e incompleto, por establecer un lista descriptiva enumerativa de supuesto que reenvían al operador de justicia en la búsqueda de normas extrapenales, y no poder establecer una definición técnica e univoca tomando como base el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, así también se logró identificar los elementos propios de la definición del funcionario y servidor público que son que ejerza función pública y ostente un título habilitante.

**PALABRAS CLAVES**

Funcionario Público, Servidor Público, Administración Pública, Función Pública, Título  
Habilitante.

## ABSTRACT

The present investigation labels "PROBLEM OF THE DEFINITION OF OFFICIAL AND PUBLIC SERVER IN THE PERUVIAN PENAL CODE" as a general objective, it has been established to determine the legal, jurisprudence and doctrinal development regarding the concept of civil servant and public servant in Peruvian criminal law; In addition, to establish its own elements, and with the aforementioned foundations will proceed to analyze the jurisprudence issued by the Permanent Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice, in order to determine how this concept influences the content of the resolutions.

As for the methodology, the research design is qualitative approach, because essentially the results of the research are argumentative, since we have observed the facts as they are expressed in their natural context and through a cognitive process we interpret them as legal, Socially and axiologically, proposing solutions based on reasonable arguments.

Concluding that the existing legal, jurisprudential and doctrinal development is still insufficient and incomplete, to establish an enumerative descriptive list of assumptions that refer the justice system to the search for extrapenal norms, and not be able to establish a technical and univocal definition taking as Based on Article I of the Inter-American Convention against Corruption, it was also possible to identify the specific elements of the definition of the official and public servant who are exercising public function and hold an enabling title.

## KEYWORDS

Public Officer, Public Server, Public Administration, Public Function, Enabling Title.

## INTRODUCCIÓN

La definición de Funcionario y Servidor Público es un fenómeno jurídico que ha merecido una amplia preocupación por parte del Estado y la sociedad, ya que su uso es amplio en dos esferas principales del derecho que son: el derecho penal y administrativo, pero al tener esta amplitud lingüística e interpretativa causa una diversidad de problemas de imputación penal y administrativa. La Constitución Política del Perú de 1993 no define los alcances al término de “funcionario públicos”, al igual que los de “servidor público” y “trabajador público” utilizados en diversos artículos de la Carta Magna, dejando la oportunidad de precisar los conceptos de cada uno de ellos situación que ha creado un problema de interpretación y aplicación en la determinación de responsabilidades en el ámbito administrativo y penal, lo que si se encuentra precisado es el deber de un funcionario público: “los funcionarios públicos desde el que ostenta la más alta jerarquía encarnada en el cargo del Presidente de la Republica, conforme el artículo 39° de la Constitución, están al servicio de la Nación, esto supone, ante todo un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado Peruano.

En virtud a lo anterior, se presenta la siguiente investigación como aporte para la solución de esta problemática, esta se divide en 4 capítulos, cuyo contenido es: Capitulo I donde se desarrolla el planteamiento del problema de la investigación que contiene, la descripción del problema, la justificación, la hipótesis y los objetivos trazados para la presente investigación, seguidamente en el Capítulo II que corresponde al marco teórico contiene las bases teóricas y la definición proporcionada por la doctrina, inmediatamente desarrollamos en el Capítulo III el diseño metodológico que contiene el tipo de método, y se describe el diseño optado como también los métodos utilizados para cumplir con los

objetivos que darán como resultado la exposición en el Capítulo IV referente al análisis e interpretación de resultados.

Por último, se presentan la contratación de cada una de las hipótesis específicas se dan a conocer las conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos.

Los autores

## CAPITULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La definición de Funcionario y Servidor Público es un fenómeno jurídico que ha merecido una amplia preocupación por parte del Estado y la sociedad, ya que su uso es amplio en dos esferas principales del derecho que son: el derecho penal y administrativo, pero al tener esta amplitud lingüística e interpretativa causa una diversidad de problemas de imputación penal y administrativa. La Constitución Política del Perú de 1993 no define los alcances al término de “funcionario públicos”, al igual que los de “servidor público” y “trabajador público” utilizados en diversos artículos de la Carta Magna, dejando la oportunidad de precisar los conceptos de cada uno de ellos situación que ha creado un problema de interpretación y aplicación en la determinación de responsabilidades en el ámbito administrativo y penal, lo que si se encuentra precisado es el deber de un funcionario público: “los funcionarios públicos desde el que ostenta la más alta jerarquía encarnada en el cargo del Presidente de la Republica, conforme el artículo 39° de la

Constitución, están al servicio de la Nación, esto supone, ante todo un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado Peruano, definido como un Estado Social y Democrático de Derecho conforme a los artículos 3° y 43° de la Constitución.

El Código Penal en su artículo 425° de la parte especial, remite a diferentes normas extrapenales para poder encontrar la definición de funcionario y servidor público ejemplo en el reglamento del Decreto Supremo Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, define la naturaleza jurídica de funcionario público, así también, los cargos políticos y de confianza son determinados en el artículo 4° del mismo reglamento, la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, utiliza la expresión de empleado público, también, existe en la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República define de forma autónoma al servidor y funcionario público, y no por ser menos, mencionar la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815, establece una definición genérica, como podemos observar existe una arbitrariedad en el uso lingüístico y en la connotación semántica de las palabras que aún no ha sido superada por el quehacer legislativo, lo que explica el desorden y la miscelánea de terminología existente a nivel del ordenamiento jurídico, este fenómeno produce un problema en la interpretación y aplicación de la definición del funcionario y servidor público en los delitos contra la administración pública

## **1.2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. PROBLEMA GENERAL**

¿Cuál es la regulación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano; así como,

identificar los elementos que lo constituyen y como este influye en las sentencias judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos?

### **1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS**

- ¿Cuál es la regulación legal, desarrollo jurisprudencia y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano?
- ¿Cuáles son los elementos que constituyen el concepto jurídico-penal del funcionario y servidor público?
- ¿Cómo influye el concepto jurídico – penal del funcionario y servidor público en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos?

### **1.3. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA**

- La limitada doctrina nacional especializada que trata el tema, ya que el acceso a libros de doctrina extranjera es limitado y de difícil acceso.
- La falta de información y de investigaciones en el tema investigado.
- Falta de informes donde se desarrollen aspectos dogmáticos, conceptuales de los delitos contra la administración pública.

### **1.4. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA**

La presente investigación se encuentra enmarcada en el área del Derecho Público por analizar las relaciones del Estado con los ciudadanos –particulares-, en la rama especializada del Derecho Penal, específicamente en la Parte Especial, a razón de que se analiza la definición del funcionario y servidor público, que se encuentra su tratamiento

en el Título XVIII – Delitos contra la administración pública en el Capítulo III – Disposiciones comunes del mencionado cuerpo normativo.

### **1.5. JUSTIFICACIÓN**

La importancia de la presente investigación radica en abordar la problemática surgida por la definición de Funcionario y Servidor Público en el Código Penal Peruano, siendo de utilidad para los campos teóricos y prácticos del derecho penal, por cuanto se pretende evidenciar que la definición de Funcionario y Servidor Público establecida en el artículo 425° del Código Penal, establece de forma diversa tal definición a causa de la técnica legislativa descriptiva enumerativa, que remite a normas extrapenales – administrativas- para poder establecer la definición adecuada, esto en relación con las denominaciones que merece la persona que presta servicios al Estado (funcionario, empleados públicos, trabajadores públicos y/o servidores públicos), existe una arbitrariedad en el uso lingüístico y en la connotación semántica de las palabras que aún no ha sido superada con el contexto legislativo, lo que explica el desorden y la miscelánea de terminología existente a nivel del ordenamiento jurídico, opinión que compartimos, a la luz de la diversidad normativa donde se reconoce el termino funcionario público ocasionando un inconveniente a los operadores de justicia.

El proyecto de investigación resulta novedoso y coadyuvara a resolver la problemática actual en los delitos contra la administración pública, así también, en la lucha contra la corrupción considerada como una política pública del Estado, al desarrollar la definición de Funcionario y Servidor Público se tendrá un panorama claro sobre la amplitud de estos términos, que ayudara realizar una mejor imputación penal en respeto al principio de legalidad y presunción de inocencia.

Fundamentos por los cuales, devienen en necesario estudiar todo lo referente al tema de investigación para aportar soluciones que vislumbren la temática y contribuyan a uniformizar los fundamentos en las decisiones judiciales haciendo uso de la definición unívoca de funcionario y servidor público.

## **1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1. OBJETIVO GENERAL**

Determinar el desarrollo legal, jurisprudencia y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano; y, establecer los elementos propios que lo componen, para poder fundamentar una propuesta legislativa que pueda ayudar a superar la problemática en su aplicación por los órganos jurisdiccionales.

### **1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Determinar el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano.
- Establecer los elementos que constituyen el concepto jurídico – penal del funcionario y servidor público.
- Determinar como el concepto jurídico – penal del funcionario y servidor público influye en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos.

## CAPITULO II

### MARCO TEÓRICO - CONCEPTUAL

#### 2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Se buscaron estudios e investigaciones previas referidas al tema de investigación a nivel local, nacional e internacional, teniéndose como fuente de búsqueda inicial las tesis de pregrado y posgrado de las universidades de la región de Puno, asimismo se consultó los repositorios de tesis e investigaciones de las diferentes universidades del país y del extranjero, entre ellas:

- <http://repositorio.ucsg.edu.ec>
- <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio>
- <http://cybertesis.unmsm.edu>
- <http://repositorioacademico.upc.edu.pe>
- <http://search.scielo.org>
- <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>
- <http://cybertesis.ucsm.edu.pe/biblioteca/control.php>

- <http://dialnet.unirioja.es/buscar>
- <http://www.latindex.org/>
- <http://bassi.derecho.unam.mx>

Teniéndose como único antecedente el siguiente trabajo:

“El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública”; Tesis presentada en el año 2015 por Giovanna Yahaira Rodríguez Olave en la escuela de Postgrado Área de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú para optar el grado de magister, en donde se concluye que: A modo de conclusión final de la presente tesis, debo señalar que no debemos de perder de vista que actualmente nos encontramos ante una nueva era en la lucha contra la corrupción, la cual debe ser combatida desde la prevención. Ello porque a mi juicio, este fenómeno debe enfrentarse desde un momento anterior a la materialización del hecho delictivo, es decir, mediante la definición de un concepto que es la piedra angular en los delitos contra la Administración Pública, a saber, la noción de funcionario público. En tal orden de ideas, resulta necesario trabajar en la capacitación de los operadores jurídicos a fin de que, a través del ejercicio práctico propuesto en este trabajo de investigación, puedan definir el concepto de funcionario público, ello con la finalidad de evitar la introducción de figuras problemáticas como la del funcionario de hecho.

## 2.2. MARCO HISTÓRICO RESPECTO EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO

### 2.2.1. POLÍTICA Y CORRUPCIÓN EN LA ANTIGUA ROMA

Desde un análisis jurídico – histórico, los conceptos de funcionario y servidor público, nacen como forma de legitimación del poder en el Estado, partiendo desde la forma básica de sumisión de las sociedades, que es el trabajo, que solo servía para enriquecer a la elite estatal –funcionarios y servidores públicos-, como en toda civilización, como describe el historiador francés Paul Veyne describe la cruda realidad de la corrupción en la Roma Imperial –punto de partida de las sociedades modernas y principal problema-, algo que no es mencionado en la mayoría de los libros de historia, que por lo general enaltecen tal período histórico.

En palabras introductorias del profesor Paul Veyne: ¿Qué es lo que posee un romano? ¿Qué es lo que pierde, si le envían al destierro? Pierde su patrimonio, su mujer y sus hijos, sus clientes y sus honore: lo repiten Cicerón y Séneca: los honores son los cargos públicos, anuales por lo general, de los que han disfrutado y cuya memoria es una adquisición para siempre, como una suerte de título de nobleza. Los nobles romanos tuvieron un agudo sentido de la autoridad y de la majestad de su Imperio, pero en cambio ignoraban lo que llamamos nosotros el sentido del Estado o los servicios públicos. No distinguían bien entre funciones públicas y dignidad privada, entre finanzas públicas y fortuna personal. la grandeza de Roma era propiedad colectiva de la clase gobernante y del grupo senatorial dirigente; por ello, cada una de las innumerables ciudades autónomas que formaban el tejido del Imperio se consideraban pertenencia de los notables locales.

En dichas ciudades, como en la misma Roma, el poder se atribuye legítimamente a su elite gobernante, que se distingue por su opulencia: sólo ella está calificada para

decidir a qué familia se ha de recibir en su seno. Los criterios legales, como la elección o la posesión de una fortuna determinada, no son más que un pretexto una condición necesaria, pero completamente insuficiente; por cada senador, habría habido miles de propietarios dispuestos a ambicionar su acceso al Senado, si la riqueza hubiera sido el criterio efectivo. La realidad de la vida política descansaba en la cooptación: el Senado, que era un auténtico club, decidía si un individuo se hallaba en posesión del perfil social peculiar que le hacía apto para ser admitido en su seno y si aportaría su parte correspondiente al prestigio colectivo que se repartían entre si los miembros del club. Sólo que no era el cuerpo senatorial el que efectuaba directamente la cooptación; ésta pasaba por uno de los numerosos filtros del clientelismo político. Las funciones públicas se trataban como dignidades privadas, y el acceso a las mismas pasaba a través de alguna vinculación de fidelidad privada.

Olvidándose de que en Roma no es un Estado moderno, no han sido pocos los historiadores que han interpretado estos viejos principios como una perversión de los principios modernos; y han puesto el grito en el cielo diciendo que en Roma la corrupción, la mordida y el clientelismo reinaban por doquier, o al contrario no han dicho ni media palabra, por estimar que semejantes abusos no tenían otro interés que el anecdótico (Veyne, Aries, Brown, Duby, & Thérbert, 1992, pág. 166).

Partiendo del clientelismo y del favoritismo, o lo que es lo mismo, del tráfico de influencias y de favores, en Roma reinaba la extorsión y la mordida –coima- desde los más simples funcionarios hasta el emperador. Por eso era tan provechoso estudiar retórica, porque era un requisito indispensable para postular a ser un servidor público; el dinero no bastaba, pues la élite se caracterizaba por tener educación (pepaideumenos), autoridad natural y buena dicción al expresarse.

Se consideraba culto a quien tenía cierta cultura literaria y conocía la mitología. Pero la educación era tan solo un requisito, y más que todo era necesario para redactar pulidos informes y cartas a los superiores, pues más importante aún era estar apoyado por un patrono poderoso o algún notable –clientelismo-, ser cliente de una persona influyente que pudiese recomendarlo (suffragia) para tal o cual cargo, o para determinada función pública (militia). Tales favores del patrono se pagan ya sea con otros favores o mediante propinas (sportula); en el caso de los dignatarios principales designados por el emperador, las propinas se pagaban al tesorero imperial.

El servicio público era entonces un medio efectivo para enriquecerse rápidamente, había incluso personas (proxenetae) especializadas en realizar dicho comercio de recomendaciones. Todo trámite se realizaba mediante el soborno, por pequeño que fuese; por eso cuando un funcionario de menor categoría se presentaba ante uno de rango mayor, debía hacerlo con un regalo en una de sus manos.

El ejército tampoco escapaba al régimen de las mordidas mejor conocidas como coimas pues los soldados se librarían de sus deberes de servicio pagando a los oficiales con parte de su renta; de aquel modo los soldados perdían de la manera más natural su tiempo en los regimientos, dedicándose a los placeres que encontraban en el acuartelamiento, favorecidos por los oficiales sobornados. Además de la renta de cada cual, pagada mediante las arcas del estado, los soldados obtenían dinero del pillaje ocurrido durante las conquistas, o del robo, o sometiéndose como esclavos. Por eso también era frecuente que los oficiales maltrataran o cargaran de trabajos a cualquier soldado que comenzase a enriquecerse.

El soborno, el tráfico de influencias y la extorsión reinaban en todo el imperio, ni Roma ni ninguna de las provincias fue nunca excepción, conductas practicadas

principalmente por los funcionarios y servidores públicos romanos, y esto era parte de su sistema. De hecho, el gobierno de las provincias era considerado como una “empresa económica privada”, y el gobierno central dejaba hacer, con tal que pagaran periódicamente ciertas sumas de dinero o de bienes. El propio Cicerón no escapó a ello cuando fue funcionario público e incluso afirmó que el pillaje de las provincias era el “procedimiento senatorial para enriquecerse”. Mas el enriquecimiento de los funcionarios no solo lo realizaban mediante sobornos y propinas, sino que también directamente de las arcas del estado, por medio de las dietas que absorbían la mayor parte de los fondos imperiales.

Cuando el pueblo era oprimido en demasía y reclamaba, se destituían frecuentemente a los funcionarios para calmar los ánimos del pueblo, el gobernador o el mismo emperador redactaba alguna carta pública pidiendo más mesura en los cobros, pero sin ninguna sanción. Cuando la corrupción era demasiado explícita el funcionario podía ser exiliado, lo que en Roma significaba que el inculpado perdía tanto su patrimonio como sus derechos y su ciudadanía, perdían lo que ellos mismos denominaban como “dignidad”, lo más deshonroso que podía ocurrirle a un romano, prefiriendo muchos de ellos perder su vida a perder su “dignidad”. Tal fue el caso de Cicerón, que sin embargo fue posteriormente reintegrado entre los romanos. Acceder a la función pública era algo muy parecido a adquirir un título aristocrático, constituía parte importante del honor de los romanos, era una adquisición de por vida.

Cada uno de los notables tenía una tropa de protegidos, de clientes, a quienes disponían en funciones importantes por medio del intercambio de favores. Pero eran dos las grandes clases de clientes, unos sometidos al patrono, que buscan sus favores o su protección, y otros que eran buscados por los propios patronos, quienes buscaban

influencias por medio de ellos. La clientela y el patronazgo no solo se aplicaban a los individuos sino también a las ciudades e incluso a las provincias, diciendo que tal o cual ciudad, tal o cual provincia eran cliente o patrona de tal otra.

El patronazgo también se aplicaba cuando había que defender a algún cliente ante los tribunales de justicia. Al parecer, un cliente no podía tener más que un solo patrono, pues debía obligatoriamente haber fidelidad entre el padrino y su protegido. Roma era en realidad una gran mafia, y cada patrono no quería tener menos clientes que cualquiera de sus pares; por medio de las influencias o de los cargos de sus clientes, requería tener un gran número de puestos que distribuir; así se aseguraba la fila de lamebotas que llegaban todas las mañanas a rendirle homenaje. No solo Roma era corrupta, toda la antigüedad está plagada de corrupción y de desmedidas ambiciones materiales, aunque hay que recalcar que el soborno, los favores, los recortes, eran considerados por todo el mundo como algo necesario.

Sólo las familias ricas podían acceder a cargos municipales o senatoriales, porque dichos cargos eran muy costosos. Pero pagaban con gusto, porque consideraban que un hombre que no hubiese participado en el gobierno público, por más rico que fuese, eran un don nadie. La función pública, que siempre duraba un año y otorgaba un título de por vida, era considerada como la consagración de un hombre libre, como “la realización de un hombre digno de tal nombre”. ¿Qué y a quién pagaban por el cargo? No era tanto el acceder a unos de estos cargos municipales sino las ofrendas que debían hacerse al pueblo que votaba, sediento de diversiones y de lujo. Para acceder a los cargos públicos las familias ricas mandaban a construir edificios públicos, o hacían grandes fiestas populares, costeados de su propio bolsillo.

Es en la institución llamada euergetismo donde más se confunden vida privada y vida pública, ya que los dignatarios (patrobouloi) locales se veían obligados a gastar de su propio bolsillo dinero para la construcción de algún edificio, o para realizar banquetes, o para financiar espectáculos: teatros, carreras, luchas, o incluso para financiar los gastos de la ciudad, baños públicos, reparaciones de acueductos, etc. Un hombre rico, un mecenas, por el simple hecho de donar parte de su riqueza al tesoro de la ciudad o por financiar la construcción de un anfiteatro, era considerado y designado patrono de la ciudad, o padre, o “bienhechor magnífico y espontáneo”. Los gastos en cuestión, en el caso de las designaciones municipales no eran retribuidos; pasaban a ser simplemente parte de la dignidad de tal o cual notable, que sin embargo influía en su hoja de vida para futuros cargos de mayor rango.

Por eso, en la función pública menor, más que gobernar, se gastaba, y pronto las postulaciones empezaron a faltar. La presión recayó entonces sobre los hijos o nietos de anteriores bienhechores, esperando de ellos que imitaran la generosidad de sus padres o abuelos. La presión sobre los dignatarios anuales también provenía del poder central, que obligaba a gastar a los cogobernantes con el fin de ganar popularidad, o, según el ambiente, limitaban los ánimos del pueblo favoreciendo a los notables. El euergetismo se resume en dos conceptos: abnegación patriótica para obtener la gloria personal (ambitus) y la gloria personal para hacer perdurar la casta, el nombre de familia, el recuerdo.

Pero la diferencia entre la vida privada y la vida pública también se presentaba en la vida cotidiana intrafamiliar; para los romanos había un tiempo para mostrarse grave y otro para desinhibirse (non intempestive lascivire), saber ser simple al interior del hogar era otro de los méritos de cualquier senador; Lucilio y Escipión dan muestras de gracia y sencillez al jugar un juego infantil de su época en una de sus casas de campo (villae),

persiguiéndose por entre los muebles de la casa. Era frecuente en algunos nobles esta vuelta a la infantilidad (repuerascere), pero siempre dentro del ámbito de lo privado, si se hacía en público lo habrían tildado de bufón.

Después de revisar el inicio de la administración pública, explicaremos la creación Estatal denominada administración pública pragmatizada en la Europa Occidente y cuyo elemento principal es el funcionario y servidor público.

La historia del funcionariado público ha significado una constante y progresiva tendencia por afirmar su personalidad jurídica, estatus y privilegios. Historia que se configura modernamente a fines del siglo XVIII y consolida en los países de la Europa Occidental durante todo el siglo XIX, es el caso de Inglaterra, dada su característica insular y la evolución de sus prácticas políticas parlamentarias es singular. Contrastando con los avances producidos en la Europa continental, Inglaterra no tuvo un funcionariado integrado y centralizado bajo control estatal. En palabras de (Vallespín, 1997, pág. 167) que nos describe mejor la realidad de ese momento precisa que: fuera de la armada, que servía de escudo protector frente a enemigos externos, Inglaterra carecía de un ejército permanente y de una administración centralizada con funcionarios profesionalizados y remunerados. Para la realización de funciones públicas claves, como la recaudación de impuestos aprobados por el Parlamento, supervisar y hacer ejecutar numerosas leyes y estatutos, alistar a la milicia, etc., el Rey dependía de los condados rurales, de un conjunto de servicios no remunerados de los nobles y de las figuras más relevantes de la gentry o nobleza menor, y en las ciudades de determinados ciudadanos de prestigio.

Lo que implicó pasar de una administración pública al servicio del Rey (siglos XV al XVIII) a otra al servicio del Estado (y más contemporáneamente y democráticamente al servicio de la nación o naciones). Largo proceso de transformación fundado en un

despliegue de acontecimientos económicos y políticos, que dieron sustento al cambio de estructuras sociales y superestructuras jurídicas (dentro de estas las administrativas), y en los que la revolución francesa jugó un papel de primer orden al introducir el principio de la sumisión de las administraciones, y por lo mismo de la actividad de los funcionarios públicos, a la ley, a diferencia de lo que sucedió con anterioridad en que la sumisión era debida al monarca o a los señores feudales, con lo que se inicia propiamente la historia moderna del funcionariado en la que, como bien precisa (Baena, 1996, pág. 130) “ La obediencia a la idea del Estado y no a una persona física concreta sitúa en una posición de independencia relativa a los funcionarios”.

El surgimiento de los Estados liberales, proceso que empieza a perfilarse luego de las revolución inglesa (de 1648 y 1688), norteamericana (1776), francesa (1789-1799) y se consolida en el siglo XIX, con la progresiva creación de los Estados de Derecho significó la concreción de los postulados liberales que exigieron desconcentración del poder y su sometimiento a pesos y contrapesos, controles y filtros, en suma la sujeción del poder a la ley, (Weber, 1984, pág. 26) llega a decir que: “sólo Europa ha conocido el Estado estamentario (...). También el Occidente es el único que ha conocido el Estado como organización política, con una Constitución racionalmente establecida, con un Derecho racionalmente estatuido y una administración por funcionarios especializados guiada por reglas racionales positivas: las leyes; fuera de occidente todo esto se ha conocido de modo rudimentario”.

La expresión de racionalidad legal capitalista formulada entre otros por Jhon Locke, el barón de Montesquieu, John Stuart Mill, Jeremy Bentham, Rousseau entre otros y que implicaría división de poderes, separación entre Estado e iglesia, partidos políticos, sistemas representativos de elección de los gobernantes, gestación de los derechos

humanos, defensa de la propiedad y la libertad, surgimiento del derecho codificado, etc., y que se constituyó en el escenario más propicio para la creación y consolidación de los cuerpos profesionales y tecnificados de funcionarios que reemplazaron las adocenadas redes de cortesanos y palaciegos de la administración aristocrática feudal. Fue así imponiéndose progresivamente el sistema del mérito a través del concurso o la convocatoria, como factores de incorporación. El funcionariado desde entonces, en tanto burocracia racional constitucional y legalmente configurada, jugaría un papel determinante en la administración pública, al ser parte activa que concretará con mayor o menor éxito los fines del Estado para con los ciudadanos.

La consolidación de la burguesía como clase social dominante en el siglo XIX y hegemónica en el siglo XX, en tanto portavoz del sistema económico-político capitalista y gestor del Estado moderno determinó el surgimiento de una nueva tipología de funcionarios, distinta a la de los Consejeros medievales y Agentes Territoriales, que ocuparon las funciones de gestión de la hacienda, justicia, la representación diplomática y las distintas Secretarías, que se formaron con el surgimiento de los Estados.

La abundante labor legisladora de principios de siglo XIX que sentó las bases de los Estados modernos contribuyó notablemente a dotar de un perfil jurídico propio al funcionariado, y dotarle de cierta estabilidad y lo que es más importante a eliminar la práctica común de la “venta de oficios” mediante la cual en el periodo jurídico preliberal se sometieron a compra-venta los cargos públicos en demasía acentuada en la magistratura de los Tribunales de Justicia y los puestos de confianza política e incluso, dependiendo de la cuantía del pago, a la calidad heredable del cargo.

Las formas de acceso a la administración pública del monarca absoluto, por nobleza de origen, conveniencias político-militares o por compra del puesto fueron

desplazadas en una buena proporción por criterios de mérito profesional o técnico, tendencia muy a tono con las exigencias del capitalismo para cubrir los espacios de la administración pública bajo estándares distintos a los del régimen feudal ya decadente, sin que ello implique necesariamente que el favoritismo haya de desaparecer con los nuevos requerimientos planteados por el orden económico social capitalista.

La evolución de la administración pública francesa, paradigma europeo en esta materia, bajo el influjo de las ideas y conceptos del iluminismo burgués en base a los principios de libertad, legalidad, igualdad; luego de la revolución de 1789 y el declive de los servicios público asumidos por la Iglesia, demarcaría el giro racionalizador que permitirá constituir, en términos generales, cohesionados cuerpos de funcionarios públicos profesionalizados que se extienden a todas las reparticiones públicas, que hacen carrera y que perciben sus emolumentos del Estado, no ya de los interesados, alejados de los avatares de los cambios de regímenes partidarios, provistos de estatutos que fijan reglas previsibles de actuación, que ven incrementados su número y poderes; factores que los convierten en importantes cuerpos burocráticos que se van separando de la ciudadanía y a la vez del control directo del control político.

Funcionarios públicos diferenciados en niveles con mayor o menor poder y capacidad de decisión, con mayor o menores prerrogativas, que forman la maquinaria administrativa del Estado en sentido amplio, en la que la movilidad horizontal y vertical posibilita ascender en la escala piramidal entendida como la carrera administrativa con base a una serie de condiciones las cuales son el mérito y el profesionalismo que muchas veces se imponen ante la influencia y la condición económico-social.

La historia del funcionario público como es lógico entender va paralela a la de la función pública, la que es entendida a partir del pensamiento ilustrado en tanto

atribuciones separadas y a cargo de órganos públicos distintos aseguran de dicho modo una división de poderes en contraposición a la concentración de los mismos propia de los sistemas absolutistas feudales. La función pública se diversifica y crece cada vez más con el desarrollo del Estado y la democratización de la política; es regulada con mayor precisión a efectos de evitar el predominio de la discrecionalidad en forma progresiva por las leyes que regulan la actividad administrativa que empiezan a establecer principios y garantías que vinculan la actividad funcional como asegurar los servicios público y los derechos de los ciudadano en su relación con la maquinaria burocrática; donde se garantiza la continuidad de las funciones y la prestación de los servicios públicos; para finalmente ser constitucionalizada consignándose expresamente las características de la vinculación del funcionario con la administración pública sus deberes y obligaciones así como los alcances de la función pública. Reflejo de esta última nota característica del estado actual de la función pública y del funcionariado se aprecia en las Constituciones Italiana de 1947 y Española de 1978, donde se precisa:

*Constitución de España de 1978*

*Artículo 103.1: La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*

*Artículo 103.3: Lay ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.*

*Artículo 149.1: El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:*

*a. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrado un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.*

En parte también la Ley Fundamental Alemana de 1948, también posteriormente en las Constituciones de Colombia, Perú y otros países.

La creación y consolidación de sólidos y profesionalizados cuerpos de funcionarios encabezando destacadamente en esta línea Alemania y Francia, la administración pública francesa durante el gobierno de Napoleón Bonaparte incorpora el denominado “régimen de carrera de sistema cerrado”, por el cual el funcionario público ingresa a un determinado sector de la administración en base a un procedimiento de selección fundado en el mérito y en el que podrá hacer movilidad vertical hasta acceder a determinados y mayores puestos dependiendo de una serie de factores, pero no podrá pasar a otro cuerpo organizativo o sector distinto, salvo que participe en un nuevo proceso selectivo.

El mérito de la administración francesa centralizada y jerarquizada radica, como bien indica (Sánchez, 2014, pág. 58) “(...) en instituciones estables, permanentes y duraderas, situadas al margen de las luchas políticas, se acierta en crear un ejercicio de funcionarios identificados con el Estado. El funcionario se considera no como un simple empleado, sino como un defensor del interés general, impregnado de una mística de servicio. En consecuencia, el funcionario debe reunir la capacidad y el mérito necesarios para desempeñar eficazmente sus responsabilidades, debe ejercer sus funciones con

carácter vitalicio, debe tener un estatuto especial que garantice su autoridad, su independencia y el prestigio del Estado al que encarna. Éste exige del funcionario lealtad, dedicación y disciplina (...) le ofrece a cambio una profesión honrosa, una retribución adecuada, la formación cualificada que precise, unas expectativas ciertas de carrera por antigüedad y por mérito y la garantía de la inamovilidad”.

En el caso de la administración pública alemana como lo señala (Guy Peters, 1999, pág. 80) “destacan la disciplina y el sentido del deber que histórica y tradicionalmente han definido las notas características del funcionario alemán, en la perspectiva de la teoría de las “relaciones especiales de sujeción”, por la cual el funcionario en virtud a su ingreso al servicio faculta al Estado Imponerle vinculaciones jerárquicas y disciplinarias necesarias para mantener la eficacia de la maquinaria administrativa e incluso supone un marco de libertad restringida en razón a lo cual una parte de sus derechos fundamentales quedan subordinados a las necesidades del servicio. Teoría que se ha visto relativizada con la entrada en vigencia de la Constitución Alemana de 1949. Actualmente la Ley Fundamental Alemana en su artículo 33.2 señala que: *“Todos los alemanes tienen igual acceso a cualquier cargo público según su aptitud, su cualificación y su capacidad profesional”*.

Generando en los países de Europa y también en los de América Latina y otras latitudes, el fenómeno de la burocracia estatal, en un modelo de estructura jerárquicas piramidales, legalizadas e impersonales que acumulan estratificadamente poder y que se halla destinadas a servir a los ciudadanos en el marco de aplicación de los fines del Estado.

La burocracia, que sustituyó a los antitécnicos, difusos e ideologizados cuerpos de funcionarios preliberales del denominado antiguo régimen ha constituido una necesidad para el sistema para organizar y hacer funcionar optimizadamente cuerpos

grandes de administración pública o privada, implicando una serie de ventajas en relación a otras formas de organización de la administración (colegiada, cortesana, honorífica, etc., o de otras más contemporáneas que enfatizan la participación ciudadana o la renovación constante de los cuadros administrativos), ya que, con palabras de (Weber, 1985, pág. 191) explica que: “la precisión, rapidez, certeza estricta subordinación, reducción de fricciones y de costes materiales y personales alcanzan su punto óptimo en la organización estrictamente burocrática (...). La burocratización ofrece sobre todo la posibilidad óptima de poner en práctica el principio de especializar las funciones administrativas de acuerdo con consideraciones puramente objetivas (...). La resolución objetiva de los asuntos supone primordialmente una resolución de acuerdo con normas calculables y sin consideración por las personas”. La burocratización que ha cubierto, en su inmensa mayoría, los sectores públicos de las sociedades modernas se presenta así como un proceso que una vez implantado genera una nueva realidad cultural que intermedia entre el ciudadano y el Estado y que puede ser objeto de anomalías y perversiones que degeneran las finalidades que legitimaron socialmente su existencia a un punto tal que comúnmente se llegue a identificar burocracia estatal con sinónimo de lentitud, ineficiencia y actitud abusiva del funcionario público.

Es interesante resaltar el pensamiento de Weber respecto de la burocracia señalando que: la burocracia también se rige, en un sentido específico por el principio de *sine ira ac studio*. Su naturaleza específica, bien acogida por el capitalismo se desarrolla con mayor perfección cuanto más se “deshumanice” la burocracia, cuanto más completamente logre eliminar de los asuntos oficiales el amor, el odio y todos los elementos personales, irracionales y emocionales que eluden todo cálculo (...). Cuanto más se complica y especializa la cultura moderna, tanto mayor es la necesidad de un experto personalmente indiferente y rigurosamente objetivo, para su aparato sustentador

externo, en vez del maestro de estructuras sociales más antigua, el cual se dejaba influir por la simpatía personal y el favor, la gracia y la gratitud.

Las burocracias estatales profesionalizadas integradas por funcionarios y servidores públicos que abonan a su favor características tales como la división racional del trabajo, jerarquización, legalidad, impersonalidad, calificaciones técnicas para el progreso interno y demarcación clara entre la esfera pública u oficial y la esfera privada de los funcionarios.

En su lado negativo usualmente presentan disfuncionalidades o anomalías de funcionamiento apreciables en todos los países latinoamericanos y en otras regiones de escaso desarrollo industrial, referidas a la rutinarización, la que, en tanta generalización de decisiones frente a conductas estandarizadas sujetas a los reglamentos, les impide ver lo singular o excepcional de cada caso, lo que lleva a que se apliquen políticas o decisiones eficaces en determinados contextos que se tornan ineficaces o dañinos en otros; a las notorias limitaciones e incapacidad para responder al cambio de forma inmediata, al hallarse configuradas conforme a las reglas y reglamentos estáticos, que deben esperar la respectiva modificación o reajuste legal; a la gestión y promoción interna de la unidad organizativa a la que dedican más tiempo y energías que a las funciones y servicios públicos, con la consiguiente protección y defensa de sus cargos y puestos (espíritu de corps) con lógico detrimento de sus finalidades sociales; al crecimiento desbordante e infuncional, anomalía muy común en épocas post electorales en las que los órganos de la administración pública se ramifican y captan a veces innecesariamente más empleados o simulan cargas mayores de trabajo, o son obligadas a absorber a la clientela de los políticos que acceden al poder, lo que trae consigo una serie de problemas colaterales de favoritismo, nepotismo y trabajo superfluo; finalmente, la tendencia a la

despersonalización despótica, por la cual la objetividad e imparcialidad con la que deben seguirse y decidirse las aplicaciones funcionales, los servicios públicos y la solución de casos se hallan absolutamente desprovistos de criterios de equidad y justicia. Anomalías que se tornan irremediables cuando la incapacidad de criterio del funcionario, la cosificación rutinaria, la personalidad alterada o la venalidad del mismo, o en otro plano el autoritarismo y carácter despótico, son ingredientes que tiñen negativamente su ámbito de atribuciones.

Es interesante el contraste que realizan los profesores (Burgos & Wildavsky, 2001, pág. 417) nos ofrecen un interesante y didáctico cuadro de “Contraste de las burocracias ricas y pobres”, en el que las primeras se caracterizan por ser: racionales, disciplinadas jerárquicamente, costosamente adiestradas y especializadas, con división racional del trabajo, eficientes, productivas, a tiempo completo, escasa burocracia, reclutamiento y ascenso por méritos, reglas legalistas y racionales, ricas en equipo y avanzadas en tecnología, orientadas hacia la planeación, honestas, bien pagadas, orientadas a la realimentación, formar parte de un sector publico grande. En cambio, las segundas (burocracias pobres) son: irracionales, no mal disciplinadas/fanáticamente disciplinadas, menos calificadas y especializadas, irracional división del trabajo, ineficientes, improductivas, a tiempo parcial, excesiva burocracia, reclutamiento clientelista; toma de decisiones formalista, arbitraria, caracterizadas por el papeleo; pobres en equipo y tecnología, desorganizadas, corruptas, mal pagadas, sin realimentación, parte de un sector público pequeño.

En la actualidad dependiendo de la naturaleza del Estado (liberal de derechos, social- democrático, autoritario formalmente de derecho, totalitario-policíaco) el status jurídico del funcionario, vale decir la naturaleza y formas de vinculación con la

administración pública, sus deberes y derechos, atribuciones, prerrogativas y limitaciones se configurarán de modo distinto con dependencia del régimen jurídico constitucional que se trate. Las sociedades europeas de Estado Social (Holanda, Dinamarca, Inglaterra, Alemania, Francia, Suecia o España) se hallan por lo general dotadas de un sólido, profesional y especializado funcionariado. Situación que contrasta con la región Latinoamérica. En el caso peruano, el funcionariado adolece de serias diferencias tan a nivel de estabilidad, autonomía funcional, delimitación de competencias, como de investiduras y profesionalización. No obstante, en lo formal la constitucionalización de la función pública y del funcionario tiene en los artículos 39 y 40 de la Constitución Política el respectivo refrendo del más alto valor normativo que precisa:

*Artículo 39. Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El presidente de la Republica tiene la más alta jerarquía, y en ese orden, los representantes al Congreso, Ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismo descentralizados y alcaldes de acuerdo a ley.*

*Artículo 40. La ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñen cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario y servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.*

*No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta.*

*Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.*

## **2.3. MARCO TEÓRICO**

### **2.3.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO PENAL**

La administración pública, entendida dinámica e institucionalmente, es la forma organizada más extendida del poder público que las sociedades contemporáneas exhiben, esta contiene atributos de calificación, competencia, tecnificación, infraestructura de medios, racionalidad, y contenido ético-teleológico bien definidos. Su existencia unidades burocráticas de funcionarios y servidores, siempre ha significado históricamente una necesidad para los fines del Estado, comprendidos éstos tanto al interior de los países o comunidades de países como al exterior del mismo.

La administración pública vista desde fuera es el poder articulado en niveles y competencias que se diferencian nítidamente de la ciudadanía o sectores privados de destino, a los que sirve, porque debe de servir para legitimar socialmente su existencia, pero sobre los cuales ejerce poder.

“La administración pública es un conjunto estratificado y piramidal de subsistemas organizativos, no siempre homogéneos, que tiene en la Constitución Política y en las leyes su fundamento jurídico de existencia”. Como nos lo recuerda (Baena, 1996, pág. 84).

La administración pública o las administraciones públicas constituyen una concreción del Estado, ya que de por sí éste carece de realidad en la vida práctica a no ser como una idea superior o abstracta.

La administración pública desde una perspectiva objetiva y teleológica vienen a constituirse en el mecanismo puente entre el Estado y la sociedad civil, entre las formas y el contenido humano de los países. Su existencia jurídica, en dicha perspectiva, solo cobra legitimidad social en la medida que se identifique con sus cometidos y destino: el servicio a la sociedad y a los ciudadanos, bajo estándares de igualdad, eficacia, sometimiento al ordenamiento jurídico y reafirmación del derecho de los seres humanos a convivir e interactuar en condiciones de racionalidad y dignidad, así como de recibir por parte del Estado, bajo el cual se acogen, gratificaciones que potencien su condición existencial y eleven su calidad de vida.

La administración pública en esta nueva versión conceptualizadora, en tanto expresión elaborada, racional y proyectiva hacia la comunidad, no puede ser una macro actividad de una sola dirección, sino que requiere estar siempre concordada con las legítimas expectativas de sus destinatarios, recepcionando y evaluando sus requerimientos a efectos de afirmar en cada momento, a través de sus actos la vigencia del Estado de Derecho.

Orgánica o subjetivamente, esto es, vista en base a sus entidades y estructuras, a sus niveles y jerarquías, en una sola frase, considerando su dimensión interna, representa quizás una lectura menos trascendente que la anterior, lo que se entiende si nos situamos en una perspectiva de sentido y cometido social-histórico, sin que esto implique desmerecer el trabajo que en tal dirección haya que efectuar para modernizarlo y dotarle de mayor funcionalidad. Efectivamente, el carácter instrumental que posee toda administración pública, nos recuerda, como acota (Asúa, 1997, pág. 79). Ella se halla puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y a la vez indica la responsabilidad política del Gobierno en cuanto a que es el responsable de dirigirla.

La existencia y posicionamiento de las administraciones públicas, pese a las tímidas orientaciones privatizadoras en determinadas funciones, plantea una serie de problemas al análisis político y sociológico, sobre todo en la tensa relación entre política y administración pública, en aspectos tales como la interacción en términos de poder (alcances y límites) entre los altos funcionarios políticos (que cambian cada cierto tiempo en los regímenes democráticos), los subsistemas burocráticos y cuadros de carrera, en la perspectiva de sus implicancias para la estabilidad y eficacia de la administración; la distinción (o subsunción) entre actos políticos y administrativos, las relaciones entre lo público y lo privado, el papel de la gerencia técnica y su difícil convivencia con los intereses político-partidarios, las preocupaciones éticas de la administración frente a las conveniencias y cálculos de los políticos, entre otros temas.

Problemática que adquiere particular gravedad en sociedades de frágil y alterada racionalidad administrativa, en las cuales la personalización del poder y los intereses de los grupos políticos ha sido el factor prevalente para encausar los cometidos del Estado y por lo mismo los fines de las administraciones públicas, cuyas organizaciones han sido involucradas, con frecuente ocurrencia, en el contexto de acción de la política partidaria, con las lesivas consecuencias que ello comporta. Situación que con facilidad y profusión se aprecia en la mayor parte de países latinoamericanos, donde los Estados exhiben fortaleza externa, pero oquedad interior, columnas débiles y piso frágil.

El Estado tiene sus propios órganos contralores y se halla dotado de reglamentos y procedimientos específicos internos y externos para proteger a la administración pública –con niveles más o menos optimizados– de los comportamientos de sus agentes que violando sus deberes infringen los reglamentos y pautas orgánicas. Así lo explica (Pantoja, 1996, pág. 122). “La historia del mundo occidental testimonia la

correspondencia que han guardado los diferentes regímenes políticos con las formas de control que han establecido para su Administración. Es que el control de la Administración del Estado no es, en verdad una función que pueda cumplir eficientemente sus objetivos al margen de la filosofía institucional de un país, en cuanto no es una actividad que tenga existencia por sí misma”.

En el Perú las infracciones administrativas y la desviación funcional imputable a los comportamientos de los funcionarios y servidores públicos de hallan normados en el Decreto Legislativo 276 del 6 de marzo de 1984 (Ley de Base de la carrera administrativa) y en leyes normas específicas; Decreto Supremo N° 005-90-PCM (Reglamento de la Ley de Bases), Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General de 11 de abril del 2001), Decreto Ley N° 26162 (Ley del Sistema Nacional de Control, de 24 de diciembre de 1992) y en numerosos textos orgánicos de las entidades públicas.

En este contexto el derecho penal como medio de control conminatorio y represivo es un mecanismo fragmentario de actuación es el último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable para la administración estatal e importe presencia de actuación dolosa. La fragmentariedad y ultima ratio del derecho penal rige tanto para delitos comunes como para los especiales por la calidad del autor y función.

## **2.4. MARCO CONCEPTUAL**

### **2.4.1. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN LA DOCTRINA**

Entre los más destacados podemos citar:

Precisa (Rojas, 2007, pág. 135). En lo que respecta a la condición de funcionario público, concepto poco uniforme y que presenta múltiples variantes en la doctrina, se

indica que es “todo aquel que, en virtud de designación legal o especial, y de una manera continua, bajo forma y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando este se dirige a la realización de un fin público”.

Para (Galvez, 2001, pág. 98). “Ser considerado funcionario público es ocupar un estatus especial dentro de la sociedad, el mismo que comporta privilegios y obligaciones distintos al estatus del servidor o empleado público, como veremos más adelante. Los funcionarios son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión y de representación del Estado o del organismo público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal, así como el exterior de la misma”.

Para (Urquiza, 2002, pág. 136). El funcionario público es una de las partes en la prestación del servicio estatal, con significación propia, pues sus procesos de comunicación se cumplen con la administración misma y con el servicio de la administración a terceros, se puede concluir entonces que el funcionario público es todo aquel que, con independencia del carácter de la actividad que realice, ha sido nombrado o designado como tal, mediante un acto formal de la administración, válido y eficaz para ejercer potestades públicas en el campo de su competencia; independientemente de la naturaleza del vínculo establecido con el Estado.

Precisa (Rodríguez, 1999, pág. 178). El funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación efectiva en el ejercicio de la función pública, y el segundo la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto activo y la estructura administrativa, un título que habilite al agente para el ejercicio de las funciones públicas, de modo tal que se pueda imputar la actividad del sujeto activo al ejercicio de los poderes públicos.

Respecto del concepto de servidor público tenemos:

Según (Monserrit, 2004, pág. 150), “se debe considerar como servidor público a aquella persona física que ha formalizado su relación jurídico laboral con el Estado mediante un nombramiento previamente expedido por el órgano administrativo competente, o en su defecto, que figura en las listas de raya de los trabajadores temporales”.

Para (Lopez, 2004, pág. 23), “Es toda persona natural que presta sus servicios legalmente en relación de dependencia nombrado o contratado por servicios ocasionales, que labora en las instituciones, entidades y organismos del Estado y del sector privado, en las cuales las instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad al menos en un cincuenta por ciento, en las corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y en general en cualquier sociedad mercantil.”

En la misma línea, (Jaramillo , 2005, pág. 312), expresa que servidor público “Es todo ciudadano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados en las instituciones de derecho público o privado con finalidad social o pública, sujeto a la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa.”

## **2.4.2. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO DE HECHO**

### **2.4.2.1. EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

El concepto de funcionario de hecho o de facto es un término acuñado por el Derecho Administrativo. A efectos de ensayar su definición debemos de contraponerlo al concepto de funcionario o empleado de iure, correspondiente a aquel que ingresa a la Administración Pública respetando o cumpliendo todos los requisitos establecidos por el

derecho objetivo. En ese sentido (Marienhoff, 1966, pág. 54.) “(...) si dichos requisitos, o alguno o algunos de ellos, no son observados o respetados por quien ingresa a la función pública” nos encontraremos ante un supuesto de funcionario de hecho.

En el mismo sentido, (Sayagues, 1974, pág. 320). Define a un funcionario de hecho como “(...) la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario”. Sin embargo, tal y como señala (Marienhoff, 1966, pág. 56). Se debe precisar que “Si bien la nota esencial que caracteriza al funcionario de “hecho” es la “irregularidad” de la investidura, ello no autoriza a que sea considerado funcionario de “facto” todo aquel cuya investidura tenga alguna falla por violación de la ley (formal o material)”.

#### **2.4.2.2. EN EL DERECHO PENAL**

Debe partirse de la premisa que el Código Penal peruano no incorpora la categoría de funcionario de hecho, aun cuando se señale que forman parte del artículo 382° y 392° del citado código, pues en este caso se trata de una norma extensiva referida a particulares, quienes no tienen la condición de funcionario público pero que serán autores de determinados delitos por su participación en la función pública, como lo señalamos anteriormente. En cambio, bajo el concepto de funcionario de hecho se asigna la categoría de funcionario a quien no ostenta dicha condición.

Sobre el funcionario de hecho en el ámbito penal, la doctrina ha establecido diferentes características y exigencias. Por un lado (Rojas, 2007, pág. 153). Señala que es necesaria la presencia de los siguientes requisitos de manera indesligable, a saber:

- Ausencia de título.
- Ejercicio de funciones o control de las mismas.

- Aceptación o reconocimiento del funcionario por parte del gobierno.

### **2.4.3. REGULACIÓN LEGAL RESPECTO AL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO.**

La Constitución Política del Perú de 1993 no define los alcances y términos de “funcionario público”, al igual que los términos de “servidor público” y “trabajador público” utilizados en diversos artículos de la Carta magna, dejando la oportunidad de precisar los conceptos de cada uno de ellos. Situación que ha creado un problema de interpretación y aplicación en la determinación de responsabilidad en el ámbito administrativo y penal. Lo que sí se encuentra precisado es el deber de un funcionario público, los funcionarios públicos, desde el que ostenta la más alta jerarquía encarnada en el cargo del Presidente de la República, conforme el artículo 39 de la Constitución Política, están al servicio de la Nación. Esto supone, ante todo, un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado peruano, definido como Estado Social y Democrático de Derecho conforme al artículo 3 y 43 de la Constitución.

### **2.4.4. DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO**

El reglamento del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, define la naturaleza jurídica del funcionario público, como el ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal para desempeñar cargos de más alto nivel en la administración pública. Los cargos políticos y de confianza son determinados en el artículo 4 del reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa que prescribe lo siguiente: “Artículo 4.- Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al

ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes Públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley”. Asimismo, define al servidor público como el ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, suscrita con las formalidades de ley en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares conforme al artículo 3 del reglamento antes mencionado.

La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, utiliza la expresión “empleado público” en el artículo III y dentro de ella distingue: al funcionario público, el empleado de confianza y al servidor público en su artículo 4, así también, define al funcionario público como: “El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por normas expresas, que representan al estado o a un sector de la población, desarrolla políticas de estado y/o dirigen organismos o unidades públicas”.

Por otro lado, la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la Republica define como servidor o funcionario público en su novena disposición final: “Todo aquel que independiente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con algunas de las entidades y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades”

La Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley N° 27815, considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones a nombre del Estado, no importando el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que encuentren sujetos.

El termino funcionario público en el ordenamiento jurídico administrativo, podemos diferenciarlo desde un enfoque estricto y amplio; el primero, se puede apreciar en el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y la Ley Marco del Empleo Público, las cuales enfocan el término funcionario público con categorías de agente público, como las de servidor público y empleado de confianza mientras que desde un enfoque amplio, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la Republica y el Código de Ética de la Función Pública, enfoca la denominación de funcionario público desde el ejercicio de la función pública, entendida como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Según la ley N° 30057 de la ley del servicio civil el funcionario público es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.

#### **2.4.5. EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL**

Según el Código Penal en el artículo 425, son funcionarios o servidores públicos los que están comprendidos en la carrera administrativa, que desempeñan cargos políticos o de confianza; que poseen un régimen laboral independiente, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce sus funciones en dichas entidades u organismos.

*“Artículo 425. Funcionario o servidor público*

*Son funcionarios o servidores públicos:*

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

Como se puede apreciar el código penal desarrolla el concepto de funcionario y servidor público en 7 incisos, es un artículo numerus apertus, que de su redacción se evidencia una taxatividad aparente lo que genera una problemática de interpretación y aplicación.

#### **2.4.6. DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN**

La Convención Interamericana Contra la Corrupción la cual fue ratificada por el Estado peruano a través del Decreto Supremo N° 012-97-RE define al funcionario o

servidor público como: “cualquier funcionario o empleado de Estado de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado en todos sus niveles jerárquicos”.

Esta definición, adoptada en el artículo I de la Convención Interamericana Contra la Corrupción a diferencia de lo dispuesto en nuestra legislación penal y administrativa, concretiza la existencia formal de funcionario público, pues engloba aquellos que son seleccionados, designados o elegidos pero aún no asumen o toman posesión del cargo y no ejercen formalmente la función pública, el cual constituye un instrumento legal de lucha contra la corrupción en aquellos supuestos donde los futuros funcionarios cometen ilícitos penales o administrativos, y que por los vacíos de regulación y represión en el ordenamiento jurídico peruano, la conducta de los futuros funcionarios puede quedar en la impunidad.

#### **2.4.7. JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO.**

- **JURISPRUDENCIA N° 01 :** R. N. N° 1923-2012-PIURA.
- **INSTANCIA :** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL TRANSITORIA.
- **AGRAVIADO :** Universidad Nacional de Piura.
- **IMPUTADO :** Camilo Segundo Guerrero Castillo y Kristofer Junior Alama Gallardo, como autores, y Luis Miguel Vásquez Atoche y Robespierre Chanduví Vargas.
- **DELITO :** Como cómplices secundarios del delito de cohecho pasivo propio.
- **JURISPRUDENCIA N° 02 :** R.N. N° 615-2015-LIMA.

- **INSTANCIA** : CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE.
- **AGRAVIADO** : El Estado Peruano.
- **IMPUTADO** : Alberto Fujimori Fujimori.
- **DELITO** : Como autor delito de peculado.
  
- **JURISPRUDENCIA N° 03** : R.N. N° 169-2002-LIMA.
- **INSTANCIA** : CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE.
- **AGRAVIADO** : El Estado Peruano.
- **IMPUTADO** : Vladimiro Lenin Montesinos Torres, Luis Guillermo Bedoya de Vivanco y José Tomás Gonzáles Reátegui.
- **DELITO** : Autor y cómplices respectivamente del delito de peculado.
  
- **JURISPRUDENCIA N° 04** : R.N. N° 3855-2011-PUNO.
- **INSTANCIA** : CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE.
- **AGRAVIADO** : El Estado Peruano.
- **IMPUTADO** : Juan Fernández Aguilar.
- **DELITO** : Autor del delito de peculado.

## 2.5. GLOSARIO DE TÉRMINOS

- **Funcionario público:** Persona que desempeña profesionalmente un empleo público, empleado jerárquico, particularmente el estatal. (RAE, 2017)

- **Servidor público:** Es considerado un servidor público toda persona física que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública, Los servidores públicos son responsables por los actos u omisiones en que puedan incurrir en el desempeño de sus respectivas funciones. (ENCICLOPEDIA-JURÍDICA, 2015, pág. 120)
- **Administración pública:** Conjunto de organismos de gobierno de una nación, conjunto de los organismos destinados a la gestión y el funcionamiento de una parcela determinada de la vida social. Administración tributaria, militar, municipal, provincial, diocesana, etc. (RAE, 2017)
- **Ley penal:** La que define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponde. (ENCICLOPEDIA-JURÍDICA, 2015, pág. 98)

## 2.6. HIPÓTESIS GENERAL

La regulación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano es incompleta e insuficiente; y, la falta de desarrollo de los elementos que lo constituyen influyen en las sentencias judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos.

### 2.6.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- La regulación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano es incompleta e insuficiente.

- El concepto de funcionario y servidor público, posee elementos propios en el marco de la legislación penal nacional.
- Es posible que el concepto jurídico – penal del funcionario y servidor público influya sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos.

2.7. OPERALIZACIÓN DE VARIABLES

Variable	Dimensiones	Técnica e instrumento
<p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b></p> <p>Funcionario y servidor público en el derecho penal peruano.</p>	<p>Funcionario y servidor público. Funcionario de hecho.</p>	<p>Método. - la observación documental Técnica. - la exégesis Instrumento. - guía de investigación documental</p>
<p><b>VARIABLES DEPENDIENTES</b></p> <p>Regulación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto del funcionario y servidor público en el derecho penal peruano. Elementos que constituyen el concepto jurídico – penal del funcionario y servidor público. Influencia del concepto del funcionario y servidor público en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos.</p>	<p>Leyes, jurisprudencia y doctrina respecto al funcionario y servidor público. Elementos constituidos por: ejercicio de la función pública, tipo de designación, temporalidad, condición remunerativa. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos</p>	<p>Método. - la observación documental Técnica. - la exégesis Instrumento. - guía de investigación documental</p>

## CAPITULO III

### DISEÑO METODOLÓGICO DE INVESTIGACIÓN

#### 3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación es de enfoque cualitativo, en razón a que esencialmente los resultados de la investigación son argumentativos, pues se ha observado los hechos tal como se expresan en su contexto natural y mediante un proceso cognitivo los interpretamos jurídica, social y axiológicamente, proponiendo soluciones en base de argumentos razonables. En el presente estudio se ha planteado los siguientes objetivos. Objetivo específico I: Determinar el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano; Objetivo específico II: Establecer los elementos que constituyen el concepto jurídico – penal del funcionario y servidor público, y Objetivo específico III: Determinar como el concepto jurídico – penal del funcionario y servidor público influye en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos. Por el tipo de investigación del presente estudio y por su finalidad es de tipo Básico, Según

(Hernández, 2006), la Investigación básica se caracteriza porque los resultados se refieren al conocimiento teórico de los objetivos de investigación. Por su enfoque, es una investigación especializada, por cuanto versa sobre un problema propio y exclusivamente referido a una investigación Dogmático-Jurídico, Según (Álvarez, 2003, pág. 178), las investigaciones Jurídico Dogmáticas se caracterizan por el análisis crítico de leyes, doctrinas o modelos teóricos de procedimientos penales; y desde el punto de vista de su “naturaleza” del problema, el presente estudio corresponde a la investigación de “contenido”. Por cuanto constituye un proceso de búsqueda de información respecto del problema de investigación en fuentes bibliográficas que permitieron analizar las formas de regulación y su fundamento en la doctrina nacional; asimismo, se revisó la información contenida en los cuadernos jurisprudenciales del derecho nacional y recogido en las fuentes bibliográficas.

### **3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA DE INVESTIGACIÓN**

El universo del presente trabajo de investigación está constituido en su gran parte por la doctrina, legislación penal y jurisprudencia existente relacionada a los delitos contra la administración pública en el marco de la teoría de los delitos de infracción de deber, específicamente las que analizan el elemento normativo referente al funcionario y servidor público.

Dentro de la doctrina se revisará la especializada en delitos contra la administración pública, autores autorizados como Fidel Rojas Vargas, Ramiro Salinas Siccha, Manuel Abanto Vásquez, entre otros.

En tanto a la normatividad y legislación primordialmente la Constitución Política del Perú 1993, Convención Interamericana contra la corrupción, el decreto legislativo N° 635 Código Penal, decreto legislativo N° 276, entre otros.

La jurisprudencia revisada y analizada emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en los casos emblemáticos: diarios chichas, caso Bedoya de Vivanco, entre otros.

### **3.3. UBICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LA POBLACIÓN**

La población en estudio es la doctrina penal nacional especializada en los delitos contra la administración pública, la legislación penal referida al tema (código penal, modificatorias, constitución política del estado, normas internacionales), y la jurisprudencia emitida por la corte suprema de justicia específicamente por la sala penal permanente en los casos emblemáticos.

### **3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Las técnicas e instrumentos de investigación fueron los siguientes: a.- Para el objetivo específico I: El método que se ha utilizado para este objetivo ha sido el método de la observación documental, por cuanto nos permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de investigación para verificar la veracidad de las hipótesis planteadas; y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la exégesis, pues esta técnica nos ha permitido conocer a profundidad los planteamientos, teorías y postulados sobre el concepto jurídico penal del funcionario y servidor público en el marco legal, doctrinal y jurisprudencial. (Primer objetivo específico); y finalmente el instrumento utilizado ha sido la guía de investigación documental (Ver Anexo N° 1).

b.- Para el objetivo específico II: El método que se ha utilizado el método de la observación documental, por cuanto nos permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de la investigación para demostrar la veracidad de las hipótesis planteadas; y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la exégesis, pues esta técnica nos ha permitido conocer los problemas que se viene generando en la

relación en delitos contra la administración pública, especialmente en establecer los elementos que constituyen el concepto jurídico penal del funcionario y servidor público. (Segundo objetivo específico); y finalmente el instrumento utilizado ha sido la guía de investigación documental (Ver Anexo N° 1). c.- Para el objetivo específico III: El método que se ha utilizado para este objetivo ha sido el método de observación, pues nos permitió descubrir la información contenida en las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, específicamente por la Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos y finalmente el instrumento que se utilizó es la ficha de estudio y/o resumen (Ver Anexo N° 2).

### **3.5. PLAN DE TRATAMIENTO DE LOS DATOS**

El procedimiento que se adoptó para la recolección de datos es el siguiente: Primero: Se seleccionó las fuentes tanto bibliográficas como hemerográficas necesarias para proceder con la recolección de los datos requeridos. Además, se consideró las principales fuentes legislativas de nuestro país, realizando el análisis de la Constitución Política del Estado, Código Penal, así como textos de renombrados juristas en el tema materia de la presente investigación, además, de buscar las decisiones emblemáticas de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema para efectos de cumplir con nuestros objetivos. Segundo: Se aplicó la técnica del análisis de contenido para recoger los datos referidos al concepto jurídico penal de funcionario y servidor público en la normatividad nacional, doctrina y jurisprudencia ello se seleccionó las fuentes bibliográficas y hemerográficas que son necesarias para recoger los datos requeridos. Tercero: Se seleccionó las fuentes bibliográficas y hemerográficas para efectuar un debido análisis y observación, esto en mérito que se estableció la influencia que tiene el desarrollo de estos

conceptos en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia. Cuarto: Finalmente se procedió al análisis e interpretación de los datos obtenidos.

## **CAPITULO IV**

### **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN**

Con la finalidad de entender y comprender de forma ordenada y sistemática se realizada el análisis e interpretación de los resultados de la siguiente manera: primero se presentará el análisis e interpretación de los resultados del segundo objetivo que es establecer los elementos que constituyen el concepto jurídico – penal del funcionario y servidor público, que dará las primeras pautas y precisara los conceptos elementales para comprender la singularidad del concepto del funcionario y servidor público, seguidamente se expondrá los resultados referidos al primer objetivo de la investigación referente a dar a conocer las concepciones de la doctrina nacional respecto del concepto de funcionario y servidor público, a su vez de las similitudes en las opiniones y posturas. Seguidamente se analizará lo referente al artículo 425° del código penal que recoge el concepto de funcionario y servidor público a efectos penales, y finalmente se presentará el análisis de la jurisprudencia relevante. Por último, se explicará los resultados referentes

al tercer objetivo que es el determinar cómo influye el concepto jurídico-penal del funcionario y servidor público en las decisiones judiciales emitidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en los casos emblemáticos.

#### **4.1. EN RELACIÓN AL SEGUNDO OBJETIVO: ESTABLECER LOS ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN EL CONCEPTO JURÍDICO – PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO.**

##### **4.1.1. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y SERVIDOR PÚBLICO A EFECTOS PENALES**

Iniciamos este acápite realizándonos la siguiente pregunta ¿a qué sujeto se refieren los tipos penales al hacer alusión al término “funcionario público”? Realizar este cuestionamiento resulta de mucha importancia, pues a través de dar una respuesta a la interrogante planteada se podrá calificar al autor que integra el injusto en cada uno de los delitos contra la administración pública. En efecto, como señala (Rojas, 2007, pág. 153), “(...) la delimitación del término funcionario o servidor público, dotará de contenido formal - funcional al ilícito penal y (...) hará posible la imputación personal por delito contra la administración al autor o coautores que hayan realizado u omitido las pre configuraciones típicas”.

En este orden de ideas es deber señalar que diversos autores aceptan la premisa de que la calidad de “funcionario público” del autor es un elemento normativo del tipo entre ellos Edgardo Alberto Donna y Montoya, es decir que se requiere que el operador jurídico utilice otras normas del ordenamiento jurídico para su entendimiento. Concordamos con esa posición, bien lo expresa Donna cuando señala que el concepto de funcionario público es “(...) eminentemente jurídico y debe ser sacado de la estructura del derecho administrativo como tal” (Donna, 2002, pág. 45).

Lo que pretendemos en las siguientes líneas es establecer cuáles son los elementos que distinguirían al funcionario público a efectos penales, así como verificar su definición en el derecho comparado.

#### **4.1.2. ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL**

La doctrina mayoritaria ha destacado dos elementos que integran el concepto de funcionario público en el ámbito penal, a saber:

- Participación de la función pública.
- La persona deberá ser incorporada heterónomamente a la actividad pública, circunstancia conocida como “título habilitante”.

##### **4.1.2.1. PARTICIPAR EN LA FUNCIÓN PÚBLICA**

Si bien el Código Penal peruano no contiene una definición de funcionario público en la que se establezca como requisito la participación de la función pública, resulta factible señalar que dicha participación se desprende de los incisos que integran el artículo 425° del Código Penal peruano.

Cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede con la regulación jurídico penal nacional, los códigos penales de España, Argentina e Italia establecen textualmente que para llegar a ser funcionario público es necesario que se participe de la función pública. Entonces, ¿por qué es importante que entendamos el concepto de función pública?

Sobre el particular, (Valeije, 1997, pág. 143), señala que “(...) si se asigna una extensión inusitada a la función pública, es posible ampliar la consideración de funcionario a un número indefinido de sujetos”. Por el contrario, la adopción de un

criterio estricto de función pública favorece la irresponsabilidad penal de importantes sectores de la actuación administrativa.

Ahora bien, ¿cómo debe definirse el concepto de función pública? Para brindar respuesta a esta cuestión, la doctrina penal ofrece diversas posiciones, las cuales se resumen en los siguientes posicionamientos doctrinales: material finalista, formal, subjetivo y mixto restrictivo, que desarrollaremos a continuación:

- **Criterio material - finalista.** – "A través de la cual se señala que la función pública viene definida por su contenido o su finalidad, de este modo, será pública aquella función destinada al bien común o general. El problema con esta teoría es que existen diferentes instituciones privadas, de régimen privado que tiene un fin común o general, por ejemplo, el caso de institutos, universidades y colegios. (Olaizola, 1997, pág. 75).
- **Criterio formal.** - En este caso si el giro de la actividad está sometida a Derecho privado, serán funciones privadas, en cambio si la actividad está sometida a Derecho público serán funciones públicas, cabe precisar que el problema con esta definición es que la Administración puede utilizar instrumentos del derecho privado para llevar a cabo sus fines. (Olaizola, 1997, pág. 75).
- **Criterio subjetivo.** - Bajo esta teoría la función pública está reservada para el Estado, ahora bien, está sólo podrá ser ejercida por los órganos estatales o a particulares cuando se les haya brindado la autorización correspondiente. Sin embargo, aún el autor de dicha teoría (López Barria de Quiroga, 1990, pág. 95) señala que es un criterio tautológico, ello porque "(...) afirmar que funcionario es el que participa del ejercicio de las funciones pública y, al tiempo, decir que éstas son las que llevan a cabo los relacionados con el Estado por una relación de

servicios, que son principalmente los funcionarios públicos, es moverse en un círculo vicioso”.

- **Criterio mixto restrictivo.** - Esta postura señala que para distinguir lo público de lo privado debe distinguirse la concurrencia simultánea de los siguientes requisitos ya analizados subjetivo (actividad llevada a cabo por el ente público), objetivo (actividad sometida al derecho público) y teleológico (función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos) (Roca, 1999, pág. 67).

No obstante, las anteriores consideraciones de origen doctrinal, es posible extraer un concepto global de función pública a partir de la Convención Interamericana contra la Corrupción, instrumento internacional que define dicha función en su artículo 1° que precisa: Artículo 1: “(...) toda actividad temporal o permanente, remunerada u 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”.

En referencia al citado artículo, el profesor (Villavicencio, 2000, pág. 99) ha señalado que por función pública debe entenderse al conjunto de intereses “(...) de cuya tutela 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”.

En conclusión, consideramos pertinente utilizar, en la presente tesis, la definición de función pública contenida en el artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Ello en mérito a que nos encontramos ante una definición global, que abarca

toda actividad realizada por una persona natural al servicio del o para el Estado, con independencia de consideraciones jurídicas, laborales o económicas de toda índole.

Sin perjuicio de lo indicado, cabe advertir que, según la jurisprudencia, debemos señalar que la función pública no acompaña permanentemente al ciudadano catalogado como funcionario público, pues debemos analizar en cada caso particular su participación en la función pública.

En efecto “(...) no basta ejercer la función pública para ser autor de un delito de corrupción de funcionarios. La condición de funcionario público no es inmanente a la persona, sino que depende del contexto en el cual ejerza sus actividades” , afirmación corroborada por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima es que citamos el Expediente N° 1050-06-Lima ha señalado lo siguiente: “Si bien los encausados ejercían funciones públicas en diversos ministerios, debe señalarse que el desempeño del cargo de miembro de la comisión especial multisectorial de reestructuración de la entidad agraviada no implica el desempeño de alguna función pública, por cuarto, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador es una entidad (...) que no forma parte de la administración pública. La condición de funcionario público no acompaña a la persona en todos los ámbitos de su interacción social, pues, las garantías normativas que el derecho establece se adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción- y no a todas las personas-, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. Estos roles son llevado a cabo en determinado contexto, mas no todo el tiempo; en consecuencia, se colige que los encausados se desempeñaron como funcionarios públicos en los distintos ministerios, sin embargo, ese rol especial (por contener deberes positivos) es distinto al rol que desempeñaron en la entidad agraviada

(los mismos que instauran deberes negativos), lo que implica que los encausados estarían imposibilitados de configurar (como autores) los delitos contra la administración pública – al desempeñarse como integrantes del Comité Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador- pues, los delitos referidos no solo exigen la calidad de funcionario público, sino, también la transgresión de deberes positivos originados por una competencia institucional”.

#### 4.1.2.2. TÍTULO HABILITANTE

Un segundo elemento a analizar es si además de participar en la función pública, el ciudadano posee un título habilitante, es necesaria la existencia de una habilitación para participar de las funciones públicas. Esta habilitación incide en el modo a través del cual un ciudadano se incorpora a la Administración Pública.

Sobre esta cuestión, la doctrina señala que existen tres formas por las que se pueden desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado:

- **Selección.** - La selección debe entenderse en sentido amplio. En efecto, en este supuesto se incluyen a aquellos funcionarios que acceden a la Administración Pública a través de concursos públicos. Supuesto que comprende a los incisos 1, 3 y 5 del artículo 425° del Código Penal peruano.
- **Designación.** - La designación se refiere a aquellos supuestos en los que las personas acceden a la función pública sin haber concurrido a concurso público alguno. Esta designación concurre en diversos supuestos: por un lado, encontramos al personal de confianza, regulado en el inciso 2 del artículo 425° del Código Penal. También destacamos al personal que labora en la modalidad de locación de servicios, contenido en el inciso 3 del citado artículo. Finalmente, aquí concurrirán aquellos funcionarios cuyo nombramiento,

vigencia y remoción se encuentran regulados en una norma especial con rango de ley. A modo de ejemplificar esta última modalidad de designación, citamos al Defensor del Pueblo, al Fiscal de la Nación, al Contralor General de la República, así como a los rectores de las universidades públicas, entre otros.

- **Elección.** - La elección se desprende de lo dispuesto por el artículo 31° de la Constitución Política del Perú, el cual consagra el derecho político al sufragio activo y pasivo. Es decir, la capacidad de los ciudadanos de votar a sus representantes electos y ser elegidos como tales a través de un proceso electoral. De esta manera, a efectos penales, solo podrá ostentar la categoría de funcionario público electo, aquel ciudadano cuyo nombramiento provenga de unos comicios electorales celebrados con arreglo a la legislación correspondiente. A modo de conclusión, cabe señalar que esta modalidad se encuentra consagrada en el inciso 6 del artículo 425° del Código Penal.

Sobre el presente punto, es necesario advertir que las modalidades de incorporación heterónoma señaladas han sido reconocidas por instrumentos internacionales. Ello se desprende del artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por el Estado Peruano el 6 de abril de 1997<sup>63</sup>, y por el artículo 2° de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada por el Estado Peruano el 16 de noviembre de 2004.

De lo antes citado se entiende por funcionario público a: **i)** toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; **ii)** toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un

servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; **iii)** toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

Finalmente, señalamos que, de forma general, es la ley el título habilitante que engloba las modalidades de incorporación a la Administración Pública antes señaladas, así como permite considerar a otros ciudadanos como funcionarios públicos, ello en mérito a las entidades para las cuales estos ciudadanos presten sus labores (entre ellas, las empresas de titularidad estatal).

#### **4.2. EN RELACIÓN AL PRIMER OBJETIVO: DETERMINAR EL DESARROLLO LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL RESPECTO DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL PERUANO.**

##### **4.2.1. DESARROLLO LEGAL DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PUBLICO EN EL DERECHO PENAL PERUANO.**

El concepto de funcionario público en el Código Penal Peruano, a diferencia de los ordenamientos jurídicos extranjeros como el español, argentino e italiano, el Código Penal Peruano no cuenta con un concepto de funcionario público a efectos penales. Sin embargo, encontramos un listado genérico de niveles de funcionario público en el artículo 425° del Código Penal.

Por otro lado, cabe resaltar que el Código Penal peruano utiliza los términos de funcionario, servidor público y autoridad, distinción que, como se ha señalado en el apartado anterior, no se realiza en todos los ordenamientos en los que el término servidor o funcionario engloba todas las anteriores categorías.

Respecto a las diferencias entre los citados conceptos, la doctrina mayoritaria señala que tanto el funcionario como el servidor público “(...) sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Las diferencias están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él, pero no expresa su voluntad” (Rojas, 2007, pág. 160). Sobre el particular, el servidor público no ejerce funciones públicas, a diferencia del funcionario público, asimismo, el servidor público se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios.

En cuanto al concepto de autoridad, esta última será todo funcionario público que esté dotado de mando y jurisdicción y que, en palabras de (Rojas, 2007, pág. 161). “(...) se encuentra en una relación de supremacía en relación a otros funcionarios”.

Sobre el particular, cabe señalar que el Código Penal utiliza el término “autoridad” para aludir a aquel sujeto que se encuentra afectado en la funcionalidad de sus actos con la conducta ilícita (artículos 365°, 370°, 372°, 375°, 378°, 391° y 407° del Código Penal). También debe advertirse que solo en el artículo 410° la autoridad será sujeto activo del delito.

Sobre estas distintas acepciones, se ha pronunciado Donna quien citando a (Gordillo, 2002, pág. 234)., señala que la división entre servidor, funcionario y autoridad, a efectos penales “(...) no tiene sustento real o lógico, ya que no es posible hallar agente alguno de la Administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar,

pudiendo, en consecuencia, ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina”.

En este punto, (Donna, 2002, pág. 95) ejemplifica diversas situaciones que demuestran lo descrito. Entre ellas destacamos el ejemplo del policía, quien actuará como “funcionario” cuando dé una orden de detención a un sospechoso o bien cuando decide detener el tránsito o darle paso. No obstante, el mismo agente de la autoridad actuará como “servidor público” cuando debe trasladar a un preso a los tribunales o cuando debe llevar un expediente de una oficina a otra.

Nuestra posición personal es que esta división es innecesaria, ello porque consideramos que, más allá de las clasificaciones, lo importante para dilucidar si estamos ante un funcionario público a efectos penales es determinar si el sujeto en cuestión ha participado en las funciones públicas y si posee un título que lo habilite para participar en ellas. Es por ello que concluimos que si se pretende conceptuar al funcionario público a efectos penales debería utilizarse un concepto único y global en el cual concurren el ejercicio de las funciones públicas y el título habilitante, a saber, el término “funcionario público”. Dicha acepción podría ser utilizada en todos los tipos penales, tanto en calidad de sujeto activo, o como afectado por la conducta ilícita, por lo que se tornaría innecesaria la actual división entre “servidor”, “funcionario” y “autoridad”.

#### **4.2.2. EL ARTÍCULO 425° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO**

A modo de introducción histórica, conviene señalar que el antecedente del artículo 425° del vigente Código Penal de 1991 se encuentra en el artículo 361°-B del Código Penal de 1924, el cual estableció los niveles de funcionarios y servidores públicos como a continuación transcribimos: Artículo 361-B del Código Penal peruano de 1924: Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la

carrera administrativa, aun cuando desempeñen cargos políticos o de confianza. 2. Los funcionarios o servidores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado. 3. Los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Asimismo, el código de 1924 ofreció tres categorías de funcionarios públicos, número que irá en aumento con el código vigente, tal y como se apreciará a continuación.

Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, se inserta el artículo 425°, dispositivo que ha evolucionado normativamente y cuya redacción inicial consignaba seis categorías de funcionarios públicos, conforme al siguiente detalle:

*“Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:*

- 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
- 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
- 3.- Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado.*
- 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
- 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
- 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”*

Conviene destacar que el inciso tercero de este artículo (resaltado por nosotros) generó gran polémica en mérito a que el artículo 425° fue incorporado en el año 1991, momento en el que se encontraba vigente la Constitución de 1979. Posteriormente, la Constitución de 1993, en su artículo 40° consignaba en su segundo párrafo que “(...) no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.

En ese sentido, se planteó que se había derogado el citado inciso en mérito al principio de jerarquía normativa constitucional. Esta postura fue combatida por un segundo argumento el cual señaló que el artículo 40° de la Constitución iba dirigido únicamente al ámbito administrativo, a lo cual se aunaba el argumento según el cual, en Derecho Penal, el concepto de funcionario público es de naturaleza extensiva. En tal sentido si el Código Penal sancionaba a particulares que manejaban fondos públicos “(...) no existía razón alguna para no hacerlo con los agentes de las empresas estatales o de aquellos que manejan fondos estatales en las sociedades de economía mixta” (Rojas, 2007, pág. 158).

Esta última posición se acabó imponiendo a nivel jurisprudencial. En efecto, en el Primer Pleno Jurisdiccional Penal Nacional, realizado en 1997 en la ciudad de Arequipa, se adoptó con 31 votos a favor y 23 en contra, la posición de considerar que “(...) el texto constitucional tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo y previsional” (Villavicencio, 2000, pág. 86).

En nuestra opinión consideramos que es correcto cuestionar si las empresas del Estado o de economía mixta ejercen la función pública. La respuesta a la citada pregunta es, a nuestro juicio, afirmativa y es que dichas empresas no solo intervienen directamente en los sectores productivos, extractivos, de servicios y comerciales, sino que además

ejercen funciones de asignación, distribución y estabilización, disponiendo de patrimonio público y comprometiendo dicho patrimonio en negociaciones con empresas privadas.

Es por ello que en nuestra opinión resulta coherente que se señale que los directivos, gerentes e integrantes de las citadas empresas pueden participar de la función pública, y por ende, ser reconocidos como funcionarios públicos a efectos penales. Sin embargo, aun cuando es factible realizar esta interpretación, existe un problema con la interpretación literal de la Constitución, cuyo artículo 40° señala, tal y como se ha resaltado, que los trabajadores de las empresas públicas y de economía mixta no forman parte de la función pública.

Posteriormente, a través del artículo 1° de la Ley N.° 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996, se modificó el tan cuestionado numeral 3 del artículo 425, la referida modificación tenía la siguiente redacción:

*“Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:*

- 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
- 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
- 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*
- 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*

5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*

6. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”*

Sobre el particular, debe señalarse que a pesar de la modificación en el inciso 3, el cual excluía como funcionarios públicos a los trabajadores de empresas estatales o mixtas, la doctrina entendió que esta modificación mantenía la posibilidad de considerar “funcionario público” a un empleado integrante de las citadas empresas, siempre que participe en la función pública.

Finalmente, el artículo 425° del Código Penal experimentó su última modificación a través de la Ley N.° 30124, publicada el 13 de diciembre de 2013. De tal modo, el texto actualmente vigente del artículo analizado es el siguiente:

*“Artículo 425. Funcionario o servidor público*

*Son funcionarios o servidores públicos:*

*1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*

*2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*

*3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*

4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.*
7. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”*

El arriba citado dispositivo distingue entre funcionarios y servidores públicos, con respecto a esta cuestión, tenemos que al emplear el conector copulativo “o” no se equiparan ambos conceptos. Sin embargo, también es cierto que el artículo 425° no precisa quiénes cuentan con la categoría de funcionario o servidor. Respecto a esta diferencia, (Rojas, 2007, pág. 159). ha destacado que “(...) no se trata de un asunto de escaso interés o importancia”, pues los tipos penales en algunos casos aluden a autoridades o funcionarios, pero no a servidores públicos y viceversa, tal es el caso de los artículos 370° y 373° del Código Penal.

Así también, de la lectura de la última modificación se observa que el legislador ha realizado un pequeño pero sutil cambio, y es que la norma ya no establece que “Se considera funcionario o servidor público”, sino que se señala que “Son funcionarios o servidores públicos”.

Al respecto, podría interpretarse que, con esta modificación, el artículo 425° provee una lista taxativa de los funcionarios o servidores públicos a efectos penales. Esta afirmación se rechaza de plano, en la medida que el inciso 7 de la referida norma deja abierta la posibilidad de introducir a todos aquellos funcionarios y servidores reconocidos por la Constitución y la ley. En nuestra opinión esta introducción, lo único que pretende

es destacar que el término “funcionario público” a efectos penales no coincide con el concepto proporcionado por el Derecho Administrativo.

Asimismo, se aprecia que esta última modificación, incorpora, una vez más, a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, así como señala que será funcionario público aquel que ha sido elegido. Sobre el particular, nos pronunciaremos más adelante cuando se realice el análisis relativo a los incisos correspondientes.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de este dispositivo? ¿Establece el artículo 425° a quién debe considerarse como funcionario público a efectos penales?

En cuanto a la naturaleza jurídica del dispositivo analizado, la doctrina extranjera ha discutido ampliamente sobre el tema, ello en mérito a que el derecho comparado propone un concepto de funcionario público a efectos penales. En efecto, existen discrepancias en considerar si la norma que conceptúa al funcionario público es una norma de interpretación contextual auténtica, de naturaleza constitutiva o si se utiliza el término en su sentido usual.

A modo de respuesta a la segunda cuestión planteada, consideramos que debe entenderse que el artículo 425° no conceptualiza al funcionario público. De este modo, la técnica empleada por la disposición objeto de estudio se enmarca en un sistema “descriptivo enumerativo”, el cual, como ha señalado acertadamente (García, 2011, pág. 202). lo único que realiza es facilitar la labor del operador jurídico.

En efecto, el citado artículo, en sus incisos 1, 2, 5, 6 y 7, utiliza ejemplos o nominaciones generales de lo que ya, las leyes pertinentes, han clasificado como

funcionarios o servidores públicos. Por ende, es manifiesto que el Código Penal no establece una definición propia o autónoma de funcionario o servidor público.

De este modo, al no proporcionar el referido artículo categorías adicionales a las que se desprenden del Derecho Administrativo, tampoco podemos afirmar que en estos supuestos se encuentra una concepción amplia de funcionario público, pues se verifica que en los incisos ya citados el legislador, en materia penal, no incrementa las clases de funcionarios o servidores públicos establecidas en el ámbito administrativo.

En efecto, los supuestos de funcionario público en el ámbito penal coinciden con los establecidos en las leyes pertinentes, con excepción de los incisos 3 y 4, de los cuales nos pronunciaremos más adelante.

De este modo, no podemos señalar que, en toda su extensión, el artículo 425° nos proporciona un concepto que adiciona supuestos de funcionario público a los brindados por el Derecho Administrativo. En ese sentido, consideramos que dicha afirmación era válida cuando se equiparaba el concepto de funcionario público con el de la carrera administrativa.

Sin embargo, en la actualidad no todo funcionario o servidor público se encuentra adscrito a la carrera administrativa. Conforme lo hemos desarrollado en el capítulo referido al marco teórico donde existen diferentes leyes que regulan las relaciones laborales de los servidores públicos con el Estado, leyes que no solamente brindan definiciones sobre funcionarios públicos, sino que le asignan diferentes características.

Ahora bien, un segundo concepto a discutir es si el artículo 425° del Código Penal cuenta con un concepto autónomo de funcionario público. En tal orden de ideas, consideramos pertinente citar a (Olaizola, 1997, pág. 175), quien señala que “(...) al

legislador penal no le interesa tanto la “calificación jurídica” que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la Administración, sino el hecho de que un sujeto interviene en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección del servicio público”.

De tal modo, para la autora citada, resulta claro que más allá de la calificación administrativa (régimen laboral, cargo, entidad para la cual se labora, etc.), lo importante es la participación del sujeto en la función pública.

En esta línea, la citada autonomía tiene su sustento en los incisos 3 y 4 del artículo 425° del Código Penal, pues conforme lo he desarrollado, los otros supuestos ya se encuentran adscritos a los casos establecidos las leyes pertinentes.

Para mayor abundamiento, consideramos necesario analizar detalladamente cómo la doctrina ha interpretado cada uno de los incisos que integran el referido artículo 425° del Código Penal. A continuación, realizamos dicho análisis:

- **Inciso 1: Los que están comprendidos en la carrera administrativa**

En este inciso se encontrarán aquellos que formen parte del régimen laboral público, el cual se encuentra regulado en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo N° 276).

Sobre el concepto de la carrera administrativa debemos señalar que, de manera general, ésta es “(...) el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable, presten servicios de naturaleza permanente en la administración pública” (Navas, 2014). En ese sentido, la carrera administrativa puede entenderse como una organización que permite que los servidores públicos puedan ingresar, ascender y permanecer en la

Administración Pública, bajo el principio de igualdad de oportunidades y con derecho a una remuneración justa.

En todo caso, estarán comprendidos en este inciso “(...) todos aquellos servidores y funcionarios que acceden a los cargos y jerarquías por selección y concurso en base a méritos y que prestan sus servicios de modo permanente” (Rojas, 2007, pág. 165).

Finalmente, consideramos correcta la afirmación de (Rojas, 2007, pág. 167) en cuanto señala que el inciso 1 del artículo 425° del Código Penal se entiende negativamente en base al artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 276, el cual excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios públicos que desempeñan cargos políticos o de confianza, los miembros de las fuerzas armadas, trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades mixta, supuestos que serán abarcados en los siguientes incisos del artículo 425°.

- **Inciso 2: Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.**

El artículo 40° de la Constitución Política señala que no están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñen cargos políticos o de confianza.

Sobre el particular, a juicio de Rojas Vargas, los cargos políticos pueden clasificarse de modo sustantivo, en referencia a las atribuciones que emanan de sus puestos o funciones (por ejemplo, el caso de los congresistas de la República, elegidos a través de un proceso electoral conforme a ley), y de modo formal, “(...) ligados directamente a funciones de gobierno, los mismos que se hallan taxativamente enunciados y previstos en leyes especiales u orgánicas” (Rojas, 2007, pág. 188). En este último

supuesto se encuentran los cargos de confianza, los cuales serán desarrollados a continuación.

Sobre el cargo de confianza debemos señalar que es aquel que se encuentra en el entorno de quien lo designa libremente, terminando, por lo general, su función cuando el que lo designó concluye su mandato. En consecuencia, en este supuesto estarán comprendidos aquellos que laboran en contacto personal y directo con funcionarios de alta investidura.

- ***Inciso 3: Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos***

Este inciso es uno de los motivos que ha hecho posible señalar que el concepto de funcionario público en Derecho Penal es un concepto autónomo. Sobre el particular, la jurisprudencia ha considerado que si bien hay incisos que se corresponden con las leyes pertinentes, existen otros, como la materia de análisis, que son propios del Derecho Penal.

Para ahondar en este tema citamos el expediente N.º 00148-2012-16, del 28 de octubre de 2013, (Caso Wualter Aliaga) resuelto por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima que ha señalado: 7.1. Contemplándose en el artículo 425º del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido, no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo; siendo esta

una norma de reenvío. Sin embargo, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425° del Código Penal, no se produce el reenvío, considerándose que es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción. Así, la norma citada comprende como funcionario o servidor público: “Artículo 425.-(...) Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas actividades u organismos (...)” Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho Penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones” (Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Proyecto Anticorrupción, 2016)

Sobre el inciso analizado, el primer supuesto de funcionario público a tratar es el de aquel que, independientemente del régimen laboral en el que se encuentre, mantiene un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado. Esta situación se conoce como privatización de la gestión o privatización funcional. En estos casos “(...) la competencia del servicio sigue en manos de la Administración, transfiriéndose únicamente su ejecución a un sujeto de derecho privado” (Nieto, 2006, pág. 45). Así entonces, en este grupo encontramos las concesiones y los contratos de prestación servicios, entre otros.

Sin perjuicio de lo expuesto, para Nieto Martín, ante los supuestos contemplados por el inciso materia de comentario, se debe analizar “(...) la posición del particular con

el fin de averiguar si gracias a la posibilidad de prestar un servicio o colaborar con la Administración, se encuentra en una situación similar a la de un funcionario público” (Nieto, 2006, pág. 46).

En este punto, es conveniente citar un ejemplo dado por la profesora (García, 2011, pág. 198), quien señala que la señora de limpieza que es contratada por el Poder Judicial, no será funcionaria pública, aun cuando haya firmado un contrato con el Gerente de Recursos Humanos, ello se debe a que el personal de limpieza no participa de las funciones públicas. De esta manera, circunscribimos el concepto de funcionario público únicamente a los partícipes de la función pública, habilitados por el título correspondiente.

Por otro lado, cuando el presente inciso, hace alusión a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, debemos señalar que este apartado corresponde a lo que se conoce como “huida del derecho administrativo”, y es que la Administración busca mayor eficacia y elude las garantías y trámites del Derecho Administrativo, desarrollando sus competencias bajo el derecho privado.

El señalado “escape del Derecho Administrativo”, el cual se reducía a bienes y servicios inicialmente, se ha generalizado, en palabras de (Nieto, 2006, pág. 202), a “(...) la propia esencia del Estado”. En ese sentido, será correcto afirmar que en este supuesto se encontrarán aquellas empresas que están sometidas al Sistema Nacional de Control.

Cabe resaltar que este inciso fue incorporado una vez más, pese a la polémica que generó por su supuesta contravención al artículo 40° de la Constitución. Sobre esta problemática, podríamos agregar, a lo ya dicho, que, en los supuestos comprendidos en el presente inciso, los citados trabajadores no solo participan de la función pública, sino

que además tienen un título que los habilita para la participación de la misma, que puede plasmarse en un contrato, convenio, etc., motivo por el cual, conforme a nuestro desarrollo anterior, es adecuado considerarlos como funcionarios o servidores públicos a efectos penales.

Así también, esta interpretación es acorde con el concepto de funcionario público brindado por la Convención Interamericana contra la Corrupción, el cual comprende a “(...) cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades”. En consecuencia, conforme lo señala el profesor (Villavicencio, 2000, pág. 160), quien comenta el artículo 1° de la citada convención, “(...) el sentido literal de la norma permite incluir en su alcance a los trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.

Sin embargo, pese a que ciertamente existen argumentos que permiten realizar la citada interpretación, conforme lo ha desarrollado la jurisprudencia y la doctrina, no podemos desconocer, que existe una contradicción entre lo señalado por la Constitución y el artículo 425° del Código Penal, al menos en su sentido literal. Es por ello es que consideramos, conforme lo ha señalado (Villavicencio, 2000, pág. 162), que es de imperiosa necesidad que se realice una modificación al texto constitucional en este sentido.

- **Inciso 4: Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares**

Los administradores y depositarios son aquellos que se encargan de la gestión de bienes que se encuentran embargados o depositados, los cuales son designados por la autoridad competente. Dicha autoridad, no es otra que el juez que dispone embargos y depósitos. Según esta interpretación, un depositario judicial es toda persona a la cual un

determinado juzgado le ha encargado la administración y resguardo de un bien de manera temporal.

A nuestro entender, el depositario al cual hace referencia este inciso, también puede ser nombrado a través de un procedimiento administrativo, por ejemplo, en el ámbito tributario. En efecto, según la normativa vigente, los ejecutores o auxiliares coactivos podrán designar como depositario o custodio de los bienes a embargar al deudor tributario, ello conforme al artículo 118 inciso 2 del Código Tributario y la Resolución de Superintendencia N.º 216-2004/SUNAT, publicada el 25 de setiembre de 2004.

En ese sentido, la categoría de depositario, al cual hace referencia el presente inciso, será aquel que ha sido designado oficialmente en procedimiento judicial o administrativo.

Sobre quien puede ostentar la calidad de depositario, existen posiciones doctrinales encontradas. En efecto, si bien (Abanto, 2001, pág. 202) afirma que, a efectos de este inciso, los depositarios solo pueden ser “(...) auténticos funcionarios públicos”, autores como (Rojas, 2007, pág. 163), señalan que “(...) no solo están comprendidos los funcionarios públicos de origen, sino también particulares”. Concordamos con esta última posición debido a que un particular puede cumplir la tarea de depositario, en mérito a un mandato de la autoridad competente en el marco de un procedimiento administrativo o judicial. Por ello, debemos concluir que los depositarios pueden ser tanto particulares o funcionarios que adquieren la citada categoría.

Sobre el particular, resulta también destacable el análisis realizado por la profesora (García, 2011, pág. 206), quien enfatiza “(...) la función del depositario es garantizar la integridad de los bienes, siendo esta labor equiparable por el legislador a la función pública”.

- **Inciso 5: Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional**

Podemos partir de la premisa que la función militar y policial son actividades vinculadas a los órganos ejecutores del Estado, por lo que según la normativa vigente son considerados como autoridades para las leyes pertinentes.

Por ende, en este inciso se encontrarán aquellos mandos dotados de autoridad y jurisdicción (oficiales), así como el personal subalterno (suboficiales y efectivos rasos). Asimismo, no interesará si son funcionarios de carrera o asimilados, lo importante será que participen de las funciones públicas. Consecuentemente, los integrantes de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que se encuentren en retiro no tendrán la categoría de funcionarios públicos.

Si bien los miembros de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en la función pública, lo interesante de este inciso, como señala (García, 2011, pág. 210), es que en este caso “(...) se pondrá énfasis en el orden público y en la seguridad interna, mientras que en los anteriores casos la función pública estará circunscrita a las labores de gestión, organización y gobierno”.

- **Inciso 6: Los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades**

Este inciso ha sido ampliamente discutido, incluso antes de su incorporación al Código Penal, en mérito a que el concepto anticipado de funcionario público fue introducido por la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996, convención que fue ratificada por el Perú en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana realizada en Caracas en el mes de marzo de 1996.

Al respecto, uno de los objetivos del inciso 6 del artículo 425° del Código Penal, que define al funcionario público conforme dicha convención, es extender el concepto de funcionario público “(...) a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo, cuando todavía no lo hubieran ocupado” (Villavicencio, 2000, pág. 168).

Como fue destacado en el apartado correspondiente, los funcionarios públicos pueden ser designados por ley, por decisión de la autoridad competente, o bien elegidos a través de elección popular, directa y universal.

Cabe señalar que, en el caso de las elecciones, las autoridades serán proclamadas por los Jurados Electorales Especiales, adscritos al Jurado Nacional de Elecciones.

Del tenor literal del presente inciso se desprende que a partir de la elección se considera a un ciudadano como funcionario público. Sin embargo, ¿desde cuándo se considera que un ciudadano ha sido elegido? Las posibles respuestas a esta pregunta son las que siguen:

- Cuando la Oficina Nacional de Procesos Electorales (en adelante, ONPE) emite los resultados de los comicios, habiendo sido escrutados el 100% de los votos.
- Cuando el JEE emite el acta de proclamación.
- Cuando el JEE entrega las credenciales correspondientes a la autoridad electa.
- Cuando el ciudadano elegido ingresa a la Municipalidad y comienza sus labores como alcalde, regidor o presidente regional.

Con la finalidad de determinar esta cuestión se recurrirá al artículo 34° de la Ley N.º 26864, Ley de Elecciones Municipales, el cual establece que: “Los alcaldes y regidores electos y debidamente proclamados y juramentados asumen sus cargos el primer día del mes de enero del año siguiente al de la elección”. Sin embargo, también se

tiene el artículo 23° de la citada ley sostiene lo siguiente: “El presidente del Jurado Electoral Especial correspondiente proclama alcalde al ciudadano de una lista que obtenga la votación más alta”.

De la interpretación de las normas antes señaladas, se considera que, de los distintos momentos de un proceso electoral antes listados, es a partir de la proclamación de los resultados, realizada por el JEE, el momento a partir del cual un ciudadano puede ser calificado como autoridad electa.

Ello a que, en el lapso de tiempo comprendido entre la celebración de las elecciones y proclamación de los resultados de los comicios, la condición del candidato es la de mero ciudadano, y ello tiene lógica pues en este periodo pueden existir nulidades o apelarse las actas observadas, las cuales pueden variar el resultado de una elección. Esta afirmación es válida para el ámbito electoral, conforme las leyes correspondientes.

En ese entender, puede que la ONPE haya escrutado la totalidad de los votos, pero si el candidato no es proclamado no es posible señalar que se trata de una autoridad electa.

Una segunda pregunta a responder es en qué momento la autoridad electa participa en las funciones públicas. Consideramos que es partir del momento en el que la autoridad electa toma posesión del cargo. Por ejemplo, en el caso de las elecciones municipales será a partir del primero de enero del año siguiente a la elección.

Ahora bien, conforme lo ha destacado (Rojas, 2007, pág. 175) desde el día de las elecciones hasta el momento de la asunción del cargo, “(...) se abre una espacio posible de probabilidades abiertas para la realización – por parte del funcionario electo o nombrado- de actos de corrupción que comprometerán seriamente su actuación funcional”.

Es por las razones expuestas que la Convención Interamericana contra la Corrupción, así como el vigente Código Penal ofrecen una noción anticipada del concepto de funcionario público, el mismo que adelanta las barreras punitivas, pues toma como base la futura función pública en la que participará el agente.

Advertimos que este adelanto de las barreras punitivas se contradice con el concepto de funcionario público, en tanto tal concepto está definido por la efectiva participación en la función pública del agente.

Sobre esta problemática, consideramos que, a efectos penales, debería interpretarse que la elección coincide con la proclamación de resultados por parte del JEE correspondiente, ello en mérito a que se tiene seguridad jurídica sobre el candidato electo, debido a que es en esta oportunidad cuando la proclamación del candidato ganador es finalmente realizada por la autoridad competente.

Por otro lado, pese a las objeciones que se pueden realizar por este adelantamiento de las barreras punitivas, se tendrá que verificar, en el caso concreto si la autoridad se encuentra en una situación similar a la de un funcionario público y verificar si ha incumplido el deber específico en el tipo penal concreto a efectos de determinar su autoría en un delito contra la administración pública.

- **Inciso 7: Los demás indicados por la Constitución Política y la ley**

Este inciso nos permite señalar que el Código Penal no incorpora una lista cerrada o “*numerus clausus*” de supuestos de funcionarios o servidores públicos. Asimismo, sobre la base de lo dispuesto por este último inciso, (García, 2011, pág. 220) sostiene que, “(...) en el ámbito penal, la condición de funcionario público le corresponderá a todo aquel que sea considerado como tal en cualquier dispositivo legal”.

Asimismo, para (Rojas, 2007, pág. 195) este inciso habilita “(...) las estimaciones o formulaciones de autoría por delito de infracción de deber funcional que se adopten consensualmente en los conclave internacionales y con relación a los cuales el Perú haya fijado posición legal de aceptación”. Así entonces, de lo señalado por este autor se desprende que podrán ser sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública los funcionarios públicos extranjeros y los funcionarios de organizaciones internacionales.

Después de haber realizado el análisis y comentario del artículo 425 del código penal cabe preguntarnos ¿Es necesario que el Código Penal defina dicho concepto?

El Código Penal peruano ofrece un listado descriptivo de funcionarios públicos, asimismo aborda dos supuestos que permiten concluir que existe una ampliación de supuestos del ámbito administrativo, nos referimos a los incisos 3 y 4 del ya estudiado artículo 425° del Código Penal.

Consideramos que esta lista descriptiva no es suficiente, pues presenta la desventaja de que, con el paso del tiempo, el Estado recurra a modalidades nuevas (tendencia de “huida del Derecho Administrativo”), ya sea en la contratación de personal vía locación de servicios o en la creación de empresas de régimen económico mixto.

Por otro lado, las convenciones internacionales pueden ampliar el concepto de funcionario público en su preocupación válida de prevenir la corrupción en el sector público. Tal es el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que introduce el concepto anticipado de funcionario público. Esta situación puede generar problemas para el operador jurídico, quien se encontrará ante la disyuntiva de aplicar lo dispuesto por dicha convención o bien esperar una nueva regulación por parte artículo 425° del Código Penal, la cual sea acorde con la referida convención.

Entendemos que lo que busca el legislador es servir de ayuda al operador jurídico y brindarle los supuestos más recurrentes de funcionarios públicos, como el caso de las fuerzas armadas o los que integran la carrera administrativa. Sin embargo, consideramos que con esta remisión a casos concretos se puede llegar a confundir lo que entendemos por funcionario público a efectos penales y equipararlo con el concepto de funcionario público desde la óptica administrativa, como ya lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú citamos textualmente: “Es funcionario o servidor público la persona que, jurídica, jerárquica o disciplinariamente se haya integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuera su régimen laboral, siempre que este ente tenga funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de servicio público a la Nación (Ejecutoria Suprema del 8 de abril de 1998. Sala Penal, Expediente 1556-96. Lima).

En nuestra opinión, no debemos de perder de vista la exclusividad del concepto penal de funcionario, ello porque lo que concierne al Derecho Administrativo es “(...) el control de las relaciones de sujeción especial, es decir, aquellas que se dan entre la Administración y lo sujetos ligados a ella directamente” (Roca, 1999, pág. 98).

En contraposición lo que interesa al Derecho Penal son los delitos que comenten los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio de la función pública. A modo de ejemplo, se deja de lado el requisito de la remuneración, presente en el Derecho Administrativo, citamos textualmente la sentencia del Expediente N.º 032-2006, la Corte Superior de Justicia de Lima asigna la categoría de funcionarios públicos a los bomberos: “(...) que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no

perciben remuneración alguna, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos su niveles jerárquicos, indicando que se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u 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 (...).”

Sin embargo, debemos matizar esta última afirmación, pues ella no significa que nos desliguemos completamente de un elemento proporcionado por el Derecho Administrativo, el cual es el título habilitante. Es por ello que, si bien no se equiparan conceptos, el Derecho Penal no es ajeno a los elementos proporcionados por esta otra rama del Derecho.

En distinto orden de ideas, si bien la técnica legislativa descriptiva no es adecuada, consideramos pertinente, como sucede en algunas legislaciones extranjeras, proponer un concepto de funcionario público, y dejar abierta la posibilidad de interpretación con convenciones internacionales que ayudan a la lucha contra la corrupción –con mayor énfasis ahora que el caso Odebrecht pone a prueba el sistema judicial de nuestro país-, pues podemos caer en imprecisiones que no nos permitan una regulación clara que incorpore todos los supuestos de funcionarios públicos.

En ese sentido, para verificar la existencia de un funcionario público a efectos penales, debemos revisar los elementos antes estudiados. A saber, participación en la

función pública, y la concurrencia de la habilitación para dicha participación a través del título correspondiente. Dichos elementos son aceptados por instrumentos internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que forman parte de la legislación vigente en mérito del artículo 55 de la Constitución Política del Perú.

Así pues, en este punto del análisis contamos con un funcionario público a efectos penales. Sin embargo, es necesario advertir, como ya lo ha hecho (Ramón, 2002, pág. 235) que no podemos sostener también su aptitud para ser considerado sujeto activo de todo delito contra la administración pública. En efecto, como señala este autor, “(...) no debe olvidarse que las figuras de la parte especial frecuentemente exigen expresamente que el funcionario público abuse de su cargo y que el sujeto tenga capacidad para lesionar el bien jurídico”. En tal sentido, deberá analizarse si el citado funcionario, en mérito a la configuración de su cargo, ha infringido el deber correspondiente a cada tipo penal.

En efecto, deberá tomarse en consideración el tipo penal en concreto. Por ejemplo, si un juez realiza una sustracción de dinero del Banco Central de Reserva no se podrá señalar que este hecho configura un delito contra la Administración Pública, aun cuando el juez sea un funcionario público y su conducta sea ilegal.

En suma, para que un sujeto pueda llegar a ser autor de un delito contra la Administración Pública será necesaria, a nuestro entender, la concurrencia de los siguientes requisitos:

- En primer lugar, deberá verificarse si el sujeto tiene la categoría de funcionario o servidor público a efectos penales, bajo los elementos de título y participación de la función pública.

- Posteriormente, deberá analizarse la participación del sujeto en el tipo penal en concreto, ello con la finalidad de definir si se ha infringido el bien jurídico de específica protección, así como verificar si el funcionario ha infringido el deber objetivizado en dicho tipo penal, en mérito a la configuración de su cargo.

Bajo este análisis, si bien tenemos un solo funcionario a efectos penales en el cual recaen la habilitación y la participación de la función pública, cada tipo penal, en mérito a las peculiaridades de sus tipos objetivo y subjetivo, nos permitirá concluir si este funcionario público ha incurrido en el ilícito penal. De esta manera, y con este ejercicio, no necesitamos de artículo alguno que nos precise el concepto de funcionario público a efectos penales.

#### **4.2.2. DESARROLLO DOCTRINAL RESPECTO DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO**

Entre los más destacados podemos citar:

Precisa (Rojas, 2007, pág. 165). En lo que respecta a la condición de funcionario público, concepto poco uniforme y que presenta múltiples variantes en la doctrina, se indica que es “todo aquel que, en virtud de designación legal o especial, y de una manera continua, bajo forma y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando este se dirige a la realización de un fin público.

Para (Galvez, 2001, pág. 153). Ser considerado funcionario público es ocupar un estatus especial dentro de la sociedad, el mismo que comporta privilegios y obligaciones distintos al estatus del servidor o empleado público, como veremos más adelante. Los funcionarios son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión y de

representación del Estado o del organismo público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal, así como el exterior de la misma.

Para (Urquiza, 2002, pág. 145). El funcionario público es una de las partes en la prestación del servicio estatal, con significación propia, pues sus procesos de comunicación se cumplen con la administración misma y con el servicio de la administración a terceros, se puede concluir entonces que el funcionario público es todo aquel que, con independencia del carácter de la actividad que realice, ha sido nombrado o designado como tal, mediante un acto formal de la administración, válido y eficaz para ejercer potestades públicas en el campo de su competencia; independientemente de la naturaleza del vínculo establecido con el Estado.

Precisa (Rodríguez, 1999, pág. 178). El funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación efectiva en el ejercicio de la función pública, y el segundo la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto activo y la estructura administrativa, un título que habilite al agente para el ejercicio de las funciones públicas, de modo tal que se pueda imputar la actividad del sujeto activo al ejercicio de los poderes públicos.

Establece (Salinas, 2011, pág. 163). “Es aquella persona natural o física con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización de bien común, que viene a ser su finalidad, en tanto que el servidor público es aquella persona natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de decisión es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales (...) el servidor o empleado público siempre está en una relación de subordinación”

De los conceptos expresados podemos deducir los puntos de convergencia de los diferentes autores sintetizándolo en lo siguiente:

- El funcionario público es la persona que es designada por la voluntad de la administración pública.
- El funcionario público goza de la prerrogativa de decisión en el ámbito de sus atribuciones legitimada por la cuota de poder estatal depositada y confiada en él.
- El funcionario público posee un título de habilitación, entendida como la manera de incorporación a la administración pública que lo habilitara para el ejercicio de la función pública en beneficio de la comunidad.

En ese orden de ideas podemos dar un concepto de funcionario y servidor público que englobe todas las características que la doctrina desarrolla: “Es funcionario público o servidor público toda persona natural incorporado a la administración pública ya sea por selección, designación o por elección para desempeñar funciones en nombre del Estado o al servicio del mismo de forma temporal o permanente, remunerada u honoraria, en todos sus niveles jerárquicos y servidor público”.

Precisamos los conceptos establecidos por la doctrina respecto del servidor público:

Según (Monserrit, 2004, pág. 150), “se debe considerar como servidor público a aquella persona física que ha formalizado su relación jurídico laboral con el Estado mediante un nombramiento previamente expedido por el órgano administrativo competente, o en su defecto, que figura en las listas de raya de los trabajadores temporales”.

Para (Lopez, 2004, pág. 23), “Es toda persona natural que presta sus servicios legalmente en relación de dependencia nombrado o contratado por servicios ocasionales, que labora en las instituciones, entidades y organismos del Estado y del sector privado, en las cuales las instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad al menos en un cincuenta por ciento, en las corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y en general en cualquier sociedad mercantil.”

En la misma línea, (Jaramillo , 2005, pág. 312), expresa que servidor público “Es todo ciudadano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados en las instituciones de derecho público o privado con finalidad social o pública, sujeto a la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa.”

Incluyendo a lo anteriormente mencionado respecto de las características o puntos de convergencia respecto del funcionario público, es que, los servidores públicos, están ligados de forma permanente o temporal a la administración pública por lo tanto son sujetos a la carrera administrativa.

#### **4.2.3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL RESPECTO DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO**

En este punto para un mayor entendimiento se realizarán un análisis de las siguientes sentencias:

**STC EXP. N.º 2758-2004-HC/TC LIMA (CASO BEDOYA DE VIVANCO)**

**R.N. N.º 169-2002-LIMA (CASO BEDOYA DE VIVANCO)**

El funcionario de facto o de hecho El 17 de enero de 2001 se difundió un video en el que se aprecia cómo Vladimiro Montesinos (quien formalmente no era jefe del SIN

sino Asesor II de la Alta Dirección de dicho órgano) le entregó a Luis Bedoya de Vivanco, candidato al cargo de alcalde de Miraflores, la cantidad de US\$ 25,000 dólares americanos, pertenecientes a los fondos públicos del SIN, con el objetivo de financiar su campaña electoral municipal en 1998.

### **¿Podía Montesinos Torres ser considerado funcionario público para efectos del delito de peculado?**

El Tribunal Constitucional, ratificando lo señalado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, dispuso lo siguiente: “(...) 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 artículo 387 del Código Penal”. De esta manera, al existir un título habilitante material, porque el expresidente Fujimori incorporó a Montesinos Torres en la cúpula del SIN (incorporación heterónoma por designación), permitiendo su acceso y disposición a los fondos públicos de dicha entidad, sí es posible considerarlo funcionario público. En conclusión, en los casos de funcionarios de facto (como el de Montesinos), el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario para vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, debe ser considerado funcionario público.

### **R.N. N° 1923-2012-PIURA (CASO UNIVERSIDAD DE PIURA)**

En el campus de la Universidad Nacional de Piura el tercer examen de admisión del Instituto de Enseñanza Preuniversitaria de dicha casa de estudios, versión verano dos mil ocho, ocasión en que se detectó que un postulante ocultaba una copia con las claves numeradas de las respuestas del examen. La investigación determinó que el encausado y

alumno Alama Gallardo, integrante del Consejo Universitario, se puso de acuerdo con el aludido postulante para proporcionarle las claves de las respuestas del mismo, para lo cual intervino el alumno consejero integrante de la Sub Comisión de Elaboración de Examen, Guerrero Castillo, contando además con la participación de Vásquez Atocha y Chanduví Vargas -también integrantes del Consejo Universitario y miembros de la Sub Comisión de Supervisión de Examen- para consolidar la realización de los hechos.

### **¿Los mencionados estudiantes podían ser considerados funcionarios públicos?**

La Corte Suprema estableció lo siguiente: Que el concepto penal de funcionario público es amplio. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado. Los imputados Alama Gallardo y Guerrero Castillo, así como Chanduví Vargas y Vásquez Atoche eran miembros del Consejo Universitario según el artículo 31 de la Ley Universitaria N° 23733, que determina la integración del Consejo Universitario y su condición de órgano de gobierno universitario; y, en el caso concreto, desarrollaban funciones públicas con relación al examen de admisión de una Universidad Nacional-, que es un organismo del Estado, pese a lo cual vulneraron sus deberes institucionales mediante el pago de dinero y de este modo trataron de garantizar ilícitamente el ingreso a la Universidad Nacional de Piura, proporcionando a determinados postulantes las claves de las respuestas -artículo 425, inciso 2, del Código Penal-. Cabe puntualizar que los imputados Vásquez Atoche y Chanduví Vargas, en concierto con Alama Gallardo y Guerrero Castillo, intervinieron para consolidar esa conducta delictiva: venta de respuesta de un examen de admisión de la Universidad agraviada.

En conclusión, se puede inferir de lo establecido por la Corte Suprema es aplicar el artículo 425 en su inciso 2 que se refiere a los que desempeñan cargos políticos o de

confianza, incluso si emanan de elección popular, en el razonamiento la Corte ha equiparando la elección de autoridades políticas nacionales, a las autoridades políticas de la universidad –miembros de consejo universitario-, a razón de que en la universidades se realiza elección democráticas para elegir a sus representantes de conformidad a la ley universitaria y son proclamadas por su autoridad competente concediéndose el título de concejal universitario para desempeñar función pública, vinculándose de esta manera con los deberes que ostenta el cargo, vulnerando los deberes institucionales mediante el pago de dinero y de este modo trataron de garantizar ilícitamente el ingreso a la Universidad Nacional de Piura, proporcionando a determinados postulantes las claves.

#### **R.N. N° 3855-2011-PUNO (CASO MUNICIPALIDAD DE ANTAUTA)**

Se le imputa al acusado Juan Fernández Aguilar, que en su condición de almacenero de la Municipalidad Distrital de Antauta, en concierto de voluntades con su coimputado Ángel Rosendo Díaz Ilahuanco –que desempeño las labores de Jefe de Obra de dicha entidad edil y en la actualidad ha fallecido-, el día 29 de octubre de 2008, una vez que culminaron sus labores diarias en las obras de construcción del Campo Ferial de Larimayo del distrito de Antauta, provincia de Melgar en el departamento de Puno, haciendo uso de un volquete conducido por el conocido con el apellido de “Huallpartupa”, sustrajeron y se apropiaron de materiales de construcción de propiedad de esta entidad pública, consistentes en 200 bolsas de cemento marca “RUMI”, 16 bolsas de yeso de 25kg cada una y 47 tablas de madera, 03 rollo de alambón, una carretilla y una barreta de acero, bienes que luego trasladaron al domicilio de Díaz Ilahuanco ubicado a la salida de la mina San Rafael en Macusani, en el que fueron posteriormente hallados.

#### **¿Cómo entiende al servidor público la Corte Suprema?**

Se encuentra debidamente establecida la calidad de servidor público del imputado Fernández Aguilar, quien desempeñaba labores de almacenero, como lo ha admitido a lo largo del proceso y poseía vínculo laboral con la Municipalidad Distrital de Antauta conforme se encuentra acreditado por la copia autenticada de la relación de pagos del personal eventual obrero emitido por la citada entidad edil, por ende poseía vínculo funcional con los caudales del Estado, los que por la función que desempeñaba se encontraban bajo su custodia.

En conclusión de lo vertido por la Corte Suprema, aplica lo establecido en el artículo 425 inciso 3 donde se establece que todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, del caso planteado se entiende que el trabajador posee vínculo laboral con la entidad desempeñándose como obrero, se tiene de los hechos que está subordinado al Jefe de Obra, cumpliéndose con los requisitos de ser incluido a la administración pública mediante su contrato para ofrecer sus habilidades técnicas, obteniendo el título habilitante y desarrollando el servicio a favor del Estado respectivamente.

#### **4.3. EN RELACIÓN AL TERCER OBJETIVO: DETERMINAR COMO EL CONCEPTO JURÍDICO – PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO INFLUYE EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA PENAL PERMANENTE EN LOS CASOS EMBLEMÁTICOS.**

Como ya lo desarrollamos en los acápites teóricos precedentes respecto del artículo 425 del código penal donde se establece los sujetos que se consideran funcionario y servidor público analizando cada uno de sus incisos, así también, se estableció con

ayuda de la doctrina nacional los elementos que lo integran, nos referimos al título habilitante y que desarrollen la función pública.

Ahora estas conjeturas nos ayudarán a determinar cómo influye el concepto jurídico penal del funcionario y servidor público en las decisiones judiciales emitidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, para lograr el objetivo se identificará si este concepto se desarrolla y si este se realiza de forma clara y precisa, caso contrario de manera ambigua o genérica, desencadenando si influyen de manera positiva o negativa en el aporte que realiza este ente judicial en el esclarecimiento de conceptos jurídico penales.

#### **R.N. N° 1923-2012-PIURA (CASO UNIVERSIDAD DE PIURA)**

En su considerando textualmente expresa: “[...] TERCERO: Que el concepto penal de funcionario público es amplio. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado. Los imputados Alama Gallardo y Guerrero Castillo, así como Chanduví Vargas y Vásquez Atoche eran miembros del Consejo Universitario artículo 31 de la Ley Universitaria N° 23733, que determina la integración del Consejo Universitario y su condición de órgano de gobierno universitario; y, en el caso concreto, desarrollaban funciones públicas con relación al examen de admisión de una Universidad Nacional-, que es un organismo del Estado, pese a lo cual vulneraron sus deberes institucionales mediante el pago de dinero y de este modo trataron de garantizar ilícitamente el ingreso a la Universidad Nacional de Piura, proporcionando a determinados postulantes las claves de las respuestas -artículo 425, inciso 3, del Código Penal-. Cabe puntualizar que los imputados Vásquez Atoche y Chanduví Vargas, en concierto con Alama Gallardo y

Guerrero Castillo, intervinieron para consolidar esa conducta delictiva: venta de respuesta de un examen de admisión de la Universidad agraviada [...]”.

### **ANÁLISIS DEL CASO**

Debemos evidenciar que solamente se enuncia que el concepto penal de funcionario público es amplio, y afirma que a la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial, en efecto compartimos esa afirmación, pero demos advertir que no solo se debe enunciar una característica del concepto del funcionario público, sino de expresar que significa un funcionario público para el código penal -premisa legal- para poder realizar su subsumir los hechos. Luego se establece que los imputados desarrollaron función pública pero no especifica qué tipo de funciones propias desarrollaban y se debe establecer la vinculación de los sujetos con el bien jurídico protegido describiendo el deber específico positivizado, por último simplemente menciona el artículo 425° inciso 3, en resumen se evidencia la falta de tratamiento del concepto de funcionario y servidor público y de forma secuencia los elementos – desarrollar la función pública y ostentar título habilitante- que lo componen, lo que trae como consecuencia la influencia negativa al caer en insuficiente.

### **R.N. N° 615-2015-LIMA (CASO DIARIOS CHICHA ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI)**

“[...] 2.1.1.1. El sujeto activo en el delito de peculado: en este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro [...]”.

“[...] 3.1. incriminación concreta [...] en esa línea, como primer plano, la sentencia recurrida analizó si el encausado Fujimori Fujimori tenía la calidad de sujeto activo del delito de peculado, esto es, si concurrió en el encausado una relación funcional con los caudales que fueron objeto material del delito, es decir, si en su condición de Presidente de la Republica (funcionario público de más alto nivel del Estado), tenía disponibilidad jurídica sobre estos caudales; y, si esa relación funcional determinaba un deber especial positivizado respecto de los mismos [...]”

### **ANÁLISIS DEL CASO**

Debemos decir que ante la magnitud del caso y del procesado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, debió ser más abundante en cuanto a desarrollar la calidad del sujeto en el delito de peculado, de la fundamentación jurídica y en el caso concreto, se extrajeron dos los párrafos donde únicamente se hace referencia al funcionario público y simplemente se hace mención a que el sujeto activo especial en el delito de peculado es un funcionario público que debe tener relación funcional con el bien jurídico protegido en el tipo penal de peculado, respecto al párrafo que estudia la incriminación concreta se hace la referencia de que Alberto Fujimori Fujimori tenía la condición funcionario público al ser presidente de la república - funcionario público de mayor jerarquía- con la simple mención de este fundamento la Sala tiene por satisfecho este extremo de la calidad del sujeto activo especial.

Así también debemos señalar que se debió tomar en consideración lo expresado por la Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo 1, y desarrollar cada uno de los elementos como son el título habilitante, y la función pública que desarrollaba, dada la magnitud del procesado, era la oportunidad de la Corte Suprema de establecer una definición de funcionario y servidor público a efectos penales, de esta insuficiencia en

cuanto al desarrollo de este concepto este pronunciamiento judicial influye negativamente en la calidad de la mencionada decisión judicial.

**R.N. N° 169-2002-LIMA (CASO BEDOYA DE VIVANCO Y MONTESINOS TORRES)**

“[...] Quinto: Que, en cuanto a la calidad de funcionario público del procesado Vladimir Lenin Montesinos Torres, sustentándose la imputación en la resolución doscientos setentinueve guión noventiséis guión PCM, su fecha dos de agosto de mil novecientos noventiséis, según la cual se nombra a dicho inculpado como Asesor de la alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, su condición se encuentra comprendida en el inciso tercero del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, que señala que se considera funcionario o servidor público, a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos; asimismo, de la imputación que se investiga, fluye con claridad que el procesado Vladimiro Lenin Montesinos Torres, tenía el manejo de los caudales provenientes del Tesoro Público que se le entregaban con lo que se cumple el elemento de vinculación funcional exigida para el tipo de peculado; debiendo por ello desestimarse esta alegación que sustenta la excepción [...]”.

### **ANÁLISIS DEL CASO**

En el presente caso se sustenta la imputación en la aplicación del inciso 3 del artículo 425 del código penal, de manera breve citando el inciso que señala se considera funcionario o servidor público, a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades

u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos, así también, se hace mención textual que el imputado Montesinos Torres, tenía el manejo de caudales provenientes del Tesoro Público, si expresar más fundamento, incumpliendo con desarrollar los elementos que son el título habilitante y que desarrolle funciones públicas, influyendo negativamente en la calidad de la decisión judicial, resolviendo de forma genérica e insuficiente.

### **R.N. N° 3855-2011-PUNO (CASO MUNICIPALIDAD DE ANTAUTA)**

“[...] Quinto: Que, en ese mismo sentido, se tiene que se encuentra debidamente establecida la calidad de servidor público del imputado Fernández Aguilar, quien desempeñaba las labores de almacenero, como lo ha admitido a lo largo del proceso, y poseía vínculo laboral con la Municipalidad Distrital de Antauta conforme se encuentra acreditado por la copia autenticada de la relación de pagos del personal eventual obrero emitido por la citada entidad edil de fojas trescientos noventa y siete a trescientos noventa y nueve, por ende, poseía vinculo funcional con los caudales del Estado, los que por la función que desempeñan se encontraban bajo su custodia, por lo que el agravio esgrimido en este extremo deviene en no atendible [...].”

### **ANÁLISIS DEL CASO**

En el caso no se establece una definición de funcionario y servidor público, el único análisis que realiza el ente judicial para calificar al sujeto activo del delito de peculado como especial -servidor público, es nombrar la planilla de pagos del personal, donde el imputado tenía el cargo de almacenero cumpliendo su labor a favor de la Municipalidad de Antauta, es deber notar que el ente judicial por este hecho, afirma que poseía vinculo funcional con los caudales del Estado, si establecer de manera clara y precisa donde se encuentra tan vinculo positivizado y además el título que legitimaba su

incorporación a la administración pública como almacenero, que el solo hecho mencionar una pendencia salarial no es suficiente para poder imputar a título de servidor público, es deber de los entes de justicia desarrollar cada presupuesto descriptivo y normativo, para no caer en imputaciones genéricas, que influyen negativamente en la calidad de las decisiones judiciales.

#### **4.4. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

##### **4.4.1. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA I**

*“La regulación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano es incompleto e insuficiente”.*

Efectivamente, la regulación legal respecto del concepto de funcionario y servidor público es incompleta e insuficiente, en merito a que los legisladores utilizaron la técnica legislativa de la descriptiva enumerativa, estableciendo simplemente una lista donde se remiten los supuestos a normas extrapenales para poder buscar su contenido sustantivo, causando que se torne incompleta, causando con la variedad de definiciones recaídas en cada norma extrapenal en un uso arbitrario de su significado que debe ser diferente a lo establecido por el derecho administrativo, laboral, principalmente. Respecto a que sea insuficiente, en el contexto de aumento de la corrupción y el mejoramiento del actuar de las organizaciones delictivas de cuellos blanco, la simple enumeración descriptiva recae en vetusta, dando ventajas para que se creen nuevas formas del delito.

La doctrina en cuanto a sus posiciones, coinciden en la descripción del concepto de funcionario y servidor público, pero dejan de lado la importancia que se debe tener una definición univoca que deba insertarse en el código penal parte general, como así lo tiene definido el código penal español en su artículo 24°, estableciendo pautas generales

que se aplican a la variedad de sus tipos penales; ayudando con esto a entender mucho mejor los delitos de infracción de deber cometido por funcionarios y servidores públicos.

En cuanto a la jurisprudencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia es incompleta en el sentido de que no desarrolla de forma clara la definición de funcionario y servidor público, simplemente se siente satisfecha con enumerar el artículo e inciso aplicado, el cargo que desempeñaba, mas no, aprovechar sus prerrogativas para poder expresar una definición técnica que cumpla con satisfacer la mayoría sino la totalidad de supuestos de funcionarios y servidores públicos.

#### **4.4.2. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA II**

*“El concepto de funcionario y servidor público, posee elementos propios en el marco de la legislación penal nacional”.*

En efecto, con la ayuda de la doctrina se logró, identificar los elementos propios del concepto de funcionario y servidor público siendo estos: la participación de la función pública., y que la persona deberá ser incorporada heterónomamente a la actividad pública, circunstancia conocida como título habilitante.

Ahora respecto al punto de participar en la función pública debe ser entendida como toda actividad temporal o permanente, remunerada u 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.

Y referente al título habilitante se entiende a toda persona que: **i)** toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; **ii)** toda otra persona que desempeñe una función

pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

#### **4.4.3. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA III**

*“Es posible que el concepto jurídico – penal del funcionario y servidor público influya sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos”.*

Conforme realizamos el análisis de las sentencias emitidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, podemos afirmar que no existe un desarrollo pleno de la definición del funcionario y servidor público para el derecho penal, para lo cual debiera hacer uso de su capacidad de uniformizar y establecer pautas jurisprudenciales, para ayudar a comprender mejor el tema, se evidencia un impacto negativo en la calidad de los pronunciamientos, dejando en el limbo el desarrollo a consideración nuestra de la base fundamental de los delitos contra la administración pública que es saber que es un funcionario y servidor público.

## CONCLUSIONES

**PRIMERO.** – Mediante el presente estudio se ha logrado determinar que en la actualidad el grado de desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal, aún es insuficiente e incompleto, respecto al desarrollo legal se evidencio la problemática por elegir la técnica legislativa descriptiva enumerativa extensa, que causa problemas interpretativo, y optar por una definición general tomando como base lo establecido en el artículo I de la Convención Interamericana contra la corrupción, ahora sobre el desarrollo jurisprudencial, los pronunciamientos no expresan de manera concreta una definición del funcionario y servidor público que se deba considerar para poder así poder ayudar a los operadores de justicia a aplicar la normas con mayor facilidad. La doctrina no se pronuncia de manera conjunta en intentar componer una definición univoca de funcionario y servidor público aplicable en el derecho penal peruano, para así poder entender y desarrollar los delitos contra la administración pública.

**SEGUNDO.** - Se logró identificar elementos propios que constituyen la definición de funcionario público y servidor público a efectos penales, destacando los dos elementos que integran dicho concepto, a saber, título de habilitación y participación de la función pública, elementos entendidos como respecto al punto de participar en la función pública debe ser entendida como toda actividad temporal o permanente, remunerada u 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, y referente al título habilitante se entiende a toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; además, que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública.

**TERCERO.** - Tras el análisis de las decisiones judiciales en los casos emblemáticos emitidos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, afirmamos que no existe un desarrollo pleno de la definición del funcionario y servidor público para el derecho penal, para lo cual debiera hacer uso de su capacidad de uniformizar y establecer pautas jurisprudenciales, para ayudar a comprender mejor el tema, se evidencia una influencia negativa, que ocasiona que la calidad de los pronunciamientos pueda ser cuestionada, dejando en el limbo el desarrollo a consideración nuestra de la base fundamental de los delitos contra la administración pública que es saber que es un funcionario y servidor público.

## SUGERENCIAS

**PRIMERA.** - Los resultados de la presente investigación deben de incorporarse, a la escasa bibliografía existente sobre la importancia de desarrollo de conceptos en el área del derecho penal específicamente en los delitos contra la administración pública, a efectos de tener una fuente sistematizada y completa respecto de su desarrollo dogmático y legal. Asimismo, es necesario que esta problemática se incorpore al debate a realizarse en los foros, círculos de estudio en pregrado, a efectos de que se aborde esta problemática y se tenga resultados con la finalidad de tener un pensamiento uniforme del conocimiento básico de ciertos conceptos del derecho penal parte especial.

**SEGUNDA.-** El Estado Peruano, mediante el Ministerio de Justicia y derechos humanos debe fomentar la creación de entes especializados en el desarrollo doctrinal de ciertos conceptos jurídicos penales, con la finalidad de ayudar a los operadores de justicia a poder interpretar con mayor certeza la normatividad penal, y no solamente enmarcarse en la taxatividad del código que muchas veces ocasiona decisiones inverosímiles, a causa del temor de no tocar áreas del derecho penal que aún no se desarrollan y uniformizan.

**TERCERA.** - Se debe promover en las universidades el desarrollo de conceptos e instituciones jurídicas en los proyectos de investigación de pregrado, para que así se pueda tener producción académica, que ayudara a fortalecer el conocimiento jurídico local, para posteriormente ser usadas para elaborar investigaciones de mayor profundidad y reflexión, afín de lograr el reconocimiento de la comunidad jurídica nacional, para esta parte del altiplano.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Abanto, M. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Palestra.
- Asúa, A. (1997). *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Baena, M. (1996). *Curso de Ciencia de la Administración*. Madrid: Tecnos.
- Burgos, N., & Wildavsky, A. (2001). *Administración pública, el estado actual de la disciplina*. México: Fondo de cultura económica.
- Donna, E. A. (2002). El concepto dogmático del funcionario público en el Código penal peruano. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 268.
- Galvez, T. A. (2001). *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa.
- García, M. d. (2011). Derecho Penal aplicado a los delitos de corrupción de funcionarios. *Ponencias en el Curso Semipresencial de derecho penal* (pág. 44). Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- Gordillo, A. (2002). Tratado de derecho administrativo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 268.
- Guy Peters, B. (1999). *La política de la burocracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Proyecto Anticorrupción. (23 de Diciembre de 2016). *Proyecto Anticorrupción*. Obtenido de Instituto de Democracia y Derechos

Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP):  
[http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dcfc6f0041b56369940bfe33346afa48/D\\_Expediente\\_00148\\_2012\\_16\\_041013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dcfc6f0041b56369940bfe33346afa48](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dcfc6f0041b56369940bfe33346afa48/D_Expediente_00148_2012_16_041013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dcfc6f0041b56369940bfe33346afa48)

Jaramillo , H. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Loja: Unidad de Publicaciones del Área Jurídica Administrativa y Social de la Universidad Nacional de Loja.

López Baria de Quiroga, J. (1990). *Manual de derecho penal parte especial* . Madrid: Civitas.

Lopez, N. (2004). *El Procedimiento previo a la Destitución de Empleados Públicos*. Quito: Editor Luis Bolivar Marin.

Marienhoff, M. (1966). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Monserrit, S. (2004). *Responsabilidades legales de los servidores públicos*. Madrid: Porrúa Hermanos.

Navas, C. (2014). *Deberes y responsabilidades de los funcionarios y servidores público civiles. Reglamento y Ley del Servicio Civil. Responsabilidad Administrativa Funcional*. Lima: Adrus.

Nieto, A. (2006). *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*. Castilla - La Mancha: Ediciones Universidad de Castilla.

Olaizola, I. (1997). *Concepto de funcionario público a efectos penales*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.

- Pantoja, R. (1996). *El derecho administrativo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile.
- Ramón, E. (2002). *La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 del código penal*.  
Lima: Palestra.
- Roca, L. (1999). *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch.
- Rodríguez, M. J. (1999). *El delito de soborno: problemática jurídico penal del funcionario público*. Pamplona: Aranzadi.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Salinas, R. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Sánchez, M. (2014). *Derecho de la función pública*. Madrid: Tecnos.
- Sayagues, E. (1974). *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Banda oriental.
- Urquiza, J. (2002). Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública. *Revista peruana de Ciencias Penales*, 235.
- Valeije, I. (1997). Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública. *Cuadernos de Política Criminal*, 463.
- Vallespín, F. (1997). *El Estado Liberal*. Madrid: Alianza Editorial.
- Veyne, P., Aries, P., Brown, P., Duby, G., & Thérbert, Y. (1992). *Historia de la vida Privada: Imperio romano y Antigüedad Tardía*. Madrid: Taurus.
- Villavicencio, F. (2000). *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Weber, M. C. (1984). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Madrid: Sarpe.

Weber, M. C. (1985). *Ensayos de sociología contemporánea*. Barcelona: Planeta-Agostini.

# ANEXOS

### Lista de anexos

- ANEXO N° 01 (Guía de investigación documental)
- ANEXO N° 02 (Ficha documental)
- ANEXO N° 03 (Matriz de consistencia)

ANEXO N° 01

**GUÍA DE INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL**

**I. IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO.**

**TÍTULO**.....

**AUTOR**.....

**LUGAR DE EDICIÓN**.....**AÑO**.....

**EDITORIAL**.....

**II. CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN.**

FUNDAMENTO	ARGUMENTO TEÓRICO	PAG.	COMENTARIO U OBSERVACIÓN



ANEXO N° 03

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TEMA: PROBLEMÁTICA DE LA DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS	VARIABLES	DIMENSIONES	MÉTODO	TÉCNICA	INSTRUMENTO
<p><b>PROBLEMA GENERAL</b></p> <p>¿Cuál es la regulación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano; así como, identificar los elementos que lo constituyen y como este influye en las sentencias judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos?</p>	<p><b>HIPÓTESIS GENERAL</b></p> <p>La regulación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano es incompleta e insuficiente; Y, la falta de desarrollo de los elementos que lo constituyen influyen en las sentencias judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos.</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b></p> <p>Determinar el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano; Y, establecer los elementos propios que lo componen, así como el análisis de las sentencias judiciales emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos</p>	<p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b></p> <p>Funcionario y servidor público en el derecho penal peruano.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Funcionario y servidor público.</li> <li>• Funcionario de hecho.</li> </ul>		<p>Exégesis / Fichaje</p> <p>a.- Para el objetivo específico I: El método que se ha utilizado para este objetivo ha sido el método de la observación documental, permitirá registrar los datos recogidos a través de la observación y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la exégesis.</p> <p>b.- Para el objetivo específico II: El método que se ha utilizado el método de la observación documental, permitirá registrar los datos recogidos a través de la observación y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la exégesis.</p> <p>c.- Para el objetivo específico III: El método que se ha utilizado para este objetivo ha sido el método de observación, pues nos permitió descubrir la información contenida en las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, específicamente por la Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos y finalmente el instrumento que se utilizó es la ficha de estudio y/o resumen.</p>	<p>Guía de investigación documental</p> <p>Ficha documental</p>
<p><b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b></p> <p>¿Cuál es la regulación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano?</p> <p>¿Cuáles son los elementos que constituyen el concepto jurídico-penal de funcionario y servidor público?</p> <p>¿Cómo influye el concepto jurídico-penal de funcionario y servidor público en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos?</p>	<p><b>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</b></p> <p>La regulación legal, jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano es incompleta e insuficiente.</p> <p>El concepto de funcionario y servidor público, posee elementos propios en el marco de la legislación penal nacional.</p> <p>Es posible que el concepto jurídico-penal de funcionario y servidor público influya en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos.</p>	<p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b></p> <p>Determinar el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano.</p> <p>Establecer los elementos que constituyen el concepto jurídico-penal de funcionario y servidor público.</p> <p>Determinar como el concepto jurídico-penal de funcionario y servidor público influye en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos.</p>	<p><b>VARIABLES DEPENDIENTES</b></p> <p>Regulación legal, desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto del funcionario y servidor público en el derecho penal peruano.</p> <p>Elementos que constituyen el concepto jurídico-penal de funcionario y servidor público.</p> <p>Influencia del concepto del funcionario y servidor público en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente en los casos emblemáticos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Leyes, jurisprudencia y doctrina respecto al funcionario y servidor público.</li> </ul> <p>Elementos constituidos por: ejercicio de la función pública, tipo de designación, temporalidad, condición remunerativa.</p>	<p>Teórico</p>		

# ARTÍCULO JURÍDICO

**LA DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL  
CÓDIGO PENAL PERUANO**

*Bryan Antony Monje Yucra\**

*Georges Morgan Otazu Pinto\**

*\*Bachilleres de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela Profesional de  
Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano – Puno.*

*Email: bryan\_anthony\_@hotmail.com; kinggero\_@hotmail.com*

**RESUMEN**

El presente trabajo se enmarca en el Derecho Penal Especial, en los delitos contra la Administración Pública específicamente gira en torno a la definición de Funcionario y Servidor Público en el Código Penal Peruano, en efecto la definición de Funcionario y Servidor Público es un fenómeno jurídico que ha merecido una amplia preocupación por parte del Estado y la sociedad, ya que su uso es amplio en dos esferas principales del derecho que son: el derecho penal y administrativo, pero al tener esta amplitud lingüística e interpretativa causa una diversidad de problemas de imputación penal y administrativa. La Constitución Política del Perú de 1993 no define los alcances al término de “funcionario públicos”, al igual que los de “servidor público” y “trabajador público” utilizados en diversos artículos de la Carta Magna, dejando la oportunidad de precisar los conceptos de cada uno de ellos situación que ha creado un problema de interpretación y aplicación en la determinación de responsabilidades en el ámbito administrativo y penal, lo que si se encuentra precisado es el deber de un funcionario público: “los funcionarios públicos desde el que ostenta la más alta jerarquía encarnada en el cargo del Presidente de la República, conforme el artículo 39° de la Constitución, están al servicio de la

Nación, esto supone, ante todo un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado Peruano, definido como un Estado Social y Democrático de Derecho conforme a los artículos 3° y 43° de la Constitución.

El Código Penal en su artículo 425° de la parte especial, remite a diferentes normas extrapenales para poder encontrar la definición de funcionario y servidor público ejemplo en el reglamento del Decreto Supremo Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, define la naturaleza jurídica de funcionario público, así también, los cargos políticos y de confianza son determinados en el artículo 4° del mismo reglamento, la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, utiliza la expresión de empleado público, también, existe en la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República define de forma autónoma al servidor y funcionario público, y no por ser menos, mencionar la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815, establece una definición genérica, como podemos observar existe una arbitrariedad en el uso lingüístico y en la connotación semántica de las palabras que aún no ha sido superada por el quehacer legislativo, lo que explica el desorden y la miscelánea de terminología existente a nivel del ordenamiento jurídico, este fenómeno produce un problema en la interpretación y aplicación de la definición del funcionario y servidor público en los delitos contra la administración pública. Como objetivo general, se ha establecido el determinar el desarrollo legal, jurisprudencia y doctrinal respecto del concepto de funcionario y servidor público en el derecho penal peruano; además, establecer los elementos propios que lo componen, y con los fundamentos expuestos se procederá a analizar la jurisprudencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, para poder determinar cómo influye este concepto en el contenido de las resoluciones.

Llegando a concluir que el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal existente es todavía insuficiente e incompleto, por establecer un lista descriptiva enumerativa de supuesto que reenvían al operador de justicia en la búsqueda de normas extrapenales, y no poder establecer una definición técnica e univoca tomando como base el artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, así también se logró identificar los elementos propios de la definición del funcionario y servidor público que son que ejerza función pública y ostente un título habilitante.

### **PALABRAS CLAVES**

Funcionario Público, Servidor Público, Administración Pública, Función Pública, Título Habilitante.

### **ABSTRACT**

The present work is framed in the Special Criminal Law, in the crimes against the Public Administration specifically revolves around the definition of Civil Servant and Official in the Peruvian Penal Code, in effect the definition of Civil Servant and Civil Servant is a legal phenomenon Which has deserved widespread concern on the part of the State and society, since its use is broad in two main areas of law: criminal and administrative law, but having this linguistic and interpretative breadth causes a variety of imputation problems Criminal and administrative. The Political Constitution of Peru of 1993 does not define the scope of the term "civil servants", as well as those of "public servant" and "public worker" used in various articles of the Constitution, leaving the opportunity to clarify the concepts of Each of which situation has created a problem of interpretation and application in the determination of responsibilities in the administrative and criminal, which if it is specified is the duty of a public official: "public officials from which holds the most High hierarchy embodied in the office of the President of the Republic,

according to Article 39 of the Constitution, are at the service of the Nation, this supposes, above all, a commitment of loyalty with the values and principles on which the Peruvian State, Defined as a Social and Democratic State of Law in accordance with Articles 3 and 43 of the Constitution.

The Penal Code in its article 425 of the special part, refers to different standards extrapenales to be able to find the definition of civil servant and public servant example in the regulation of Legislative Supreme Decree No. 276, Basic Law of the Administrative Career approved by the Supreme Decree No. 005-90-PCM, defines the legal nature of a public official, as well as political and trust positions are determined in article 4 of the same regulation, Law No. 28175, Framework Law on Public Employment, Uses the expression of public employee, also, exists in Law 27785, Organic Law of the National Control System and the General Comptroller of the Republic autonomously defines the server and public official, and not least, mention the Law of the Code of Ethics of the Public Function, Law 27815, establishes a generic definition, as we can observe an arbitrariness exists in the linguistic use and in the connotations semantic of words that has not yet been overcome by the legislative task, which explains the disorder and the miscellany of terminology existing at the level of the legal system, this phenomenon produces a problem in the interpretation and application of the definition of civil servant and public servant In crimes against public administration. As a general objective, it has been established to determine the legal, jurisprudence and doctrinal development regarding the concept of civil servant and public servant in Peruvian criminal law; In addition, to establish its own elements, and with the aforementioned foundations will proceed to analyze the jurisprudence issued by the Permanent Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice, in order to determine how this concept influences the content of the resolutions.

Concluding that the existing legal, jurisprudential and doctrinal development is still insufficient and incomplete, to establish an enumerative descriptive list of assumptions that refer the justice system to the search for extra-criminal norms, and not be able to establish a technical and univocal definition taking as Based on Article I of the Inter-American Convent

### **KEY WORDS**

Public Officer, Public Server, Public Administration, Public Function, Enabling Title.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La definición de Funcionario y Servidor Público es un fenómeno jurídico que ha merecido una amplia preocupación por parte del Estado y la sociedad, ya que su uso es amplio en dos esferas principales del derecho que son: el derecho penal y administrativo, pero al tener esta amplitud lingüística e interpretativa causa una diversidad de problemas de imputación penal y administrativa. La Constitución Política del Perú de 1993 no define los alcances al término de “funcionario públicos”, al igual que los de “servidor público” y “trabajador público” utilizados en diversos artículos de la Carta Magna, dejando la oportunidad de precisar los conceptos de cada uno de ellos situación que ha creado un problema de interpretación y aplicación en la determinación de responsabilidades en el ámbito administrativo y penal, lo que si se encuentra precisado es el deber de un funcionario público: “los funcionarios públicos desde el que ostenta la más alta jerarquía encarnada en el cargo del Presidente de la Republica, conforme el artículo 39° de la Constitución, están al servicio de la Nación, esto supone, ante todo un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado Peruano.

La importancia del presente trabajo radica en la utilidad para los campos teóricos y prácticos del derecho penal y procesal penal, por cuanto se pretende evidenciar que la definición de Funcionario y Servidor Público establecida en el artículo 425° del Código Penal, es de carácter descriptivo por ende expresa una variedad de definiciones, del mismo modo remite a normas extrapenales –administrativas- para poder aclarar en relación con las denominaciones que merece la persona que presta servicios al Estado (funcionario, empleados públicos, trabajadores públicos y/o servidores públicos), existe una arbitrariedad en el uso lingüístico y en la connotación semántica de las palabras que aún no ha sido superada con el contexto legislativo, lo que explica el desorden y la miscelánea de terminología existente a nivel del ordenamiento jurídico, opinión que compartimos, a la luz de la diversidad normativa donde se reconoce el termino funcionario público ocasionando un inconveniente al momento de calificar a los sujetos y de establecer su calidad para que estos sean plausibles de una sanción penal o caso contrario el archivo definitivo.

## **II. MATERIALES Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

El diseño de investigación es de enfoque cualitativo, en razón a que esencialmente los resultados de la investigación son argumentativos, pues se ha observado los hechos tal como se expresan en su contexto natural y mediante un proceso cognitivo los interpretamos jurídica, social y axiológicamente, proponiendo soluciones en base de argumentos razonables.

La metodología de la investigación científica se concibe como el estudio y la aplicación del conjunto de métodos, técnicas y recursos en el proceso de la investigación, y trasladando esta metodología al ámbito del derecho y teniendo en cuenta el enfoque de la investigación, se utilizó los métodos; el dogmático y comparativo. En ese sentido “el

método dogmático es aquella actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones” (Cova, 2011, p. 152). Asimismo, “El método comparativo permite conocer la totalidad de los hechos y fenómenos de la realidad estableciendo sus semejanzas y diferencias en forma comparativa” (Carrasco, 2006, p. 272). En ese sentido, los objetivos específicos del trabajo de investigación comprenden su propio método, técnica e instrumento; para el objetivo específico I: El método que se ha utilizado para este objetivo ha sido el método de la observación documental, por cuanto nos permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de investigación para verificar la veracidad de las hipótesis planteadas; y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la exégesis, pues esta técnica nos ha permitido conocer a profundidad los planteamientos, teorías y postulados sobre el concepto jurídico penal del funcionario y servidor público en el marco legal, doctrinal y jurisprudencial, para el objetivo específico II: El método que se ha utilizado el método de la observación documental, por cuanto nos permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de la investigación para demostrar la veracidad de las hipótesis planteadas; y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la exégesis, pues esta técnica nos ha permitido conocer los problemas que se viene generando en la relación en delitos contra la administración pública, especialmente en establecer los elementos que constituyen el concepto jurídico penal del funcionario y servidor público y finalmente el instrumento utilizado ha sido la guía de investigación documental, para el objetivo específico III: El método que se ha utilizado para este objetivo ha sido el método de observación, pues nos permitió descubrir la información contenida en las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, específicamente por la Sala Penal Permanente

en los casos emblemáticos y finalmente el instrumento que se utilizó es la ficha de estudio y/o resumen.

La Investigación básica “se caracteriza porque los resultados se refieren al conocimiento teórico de los objetivos de investigación” (Hernández, 2006, p. 230). Por su enfoque, es una investigación especializada, por cuanto versa sobre un problema propio y exclusivamente referido a una investigación Dogmático-Jurídico; “las investigaciones Jurídico Dogmáticas se caracterizan por el análisis crítico de leyes, doctrinas o modelos teóricos de procedimientos penales; y desde el punto de vista de su “naturaleza” del problema, el presente estudio corresponde a la investigación de contenido” (Álvarez, 2003, p. 178). Por cuanto constituye un proceso de búsqueda de información respecto del problema de investigación en fuentes bibliográficas que permitieron en analizar las formas de regulación y su fundamento en la doctrina nacional; asimismo, se revisó la información contenida en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia del Perú en los Recurso de Nulidad N° 1923-2012-Piura. R. N. N° 615-2015-Lima. R. N. N° 169-2002-Lima. R. N. N° 3855-2011-Puno, y doctrina nacional relevante como población.

### **III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

#### **3.1. CONCEPTO JURÍDICO PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO PARA LA DOCTRINA**

El concepto funcionario y servidor público en el ámbito penal presenta muchas variedades, pero también tienen convergencia en algunas características propias conforme observáremos de la doctrina nacional.

Precisa el profesor (Rojas, 2007, pág. 165). en lo que respecta a la condición de funcionario público, concepto poco uniforme y que presenta múltiples variantes en la doctrina, se indica que es todo aquel que, en virtud de designación legal o especial, y de una manera continua, bajo forma y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando este se dirige a la realización de un fin público (Rojas, 2007, p. 165)

El funcionario público es una de las partes en la prestación del servicio estatal, con significación propia, pues sus procesos de comunicación se cumplen con la administración misma y con el servicio de la administración a terceros, se puede concluir entonces que el funcionario público es todo aquel que, con independencia del carácter de la actividad que realice, ha sido nombrado o designado como tal, mediante un acto formal de la administración, válido y eficaz para ejercer potestades públicas en el campo de su competencia; independientemente de la naturaleza del vínculo establecido con el Estado. (Urquiza, 2002, pág. 145)

Es aquella persona natural o física con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización de bien común, que viene a ser su finalidad, en tanto que el servidor público es aquella persona natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de decisión es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales (...) el servidor o empleado público siempre está en una relación de subordinación” (Salinas, 2011, p. 163).

De los conceptos expresados podemos deducir los puntos de convergencia de los diferentes autores sintetizándolo en lo siguiente:

- El funcionario público es la persona que es designada por la voluntad de la administración pública.
- El funcionario público goza de la prerrogativa de decisión en el ámbito de sus atribuciones legitimada por la cuota de poder estatal depositada y confiada en él.
- El funcionario público posee un título de habilitación, entendida como la manera de incorporación a la administración pública que lo habilitara para el ejercicio de la función pública en beneficio de la comunidad.

En ese orden de ideas podemos dar un concepto de funcionario y servidor público que englobe todas las características que la doctrina desarrolla: “Es funcionario público o servidor público toda persona natural incorporado a la administración pública ya sea por selección, designación o por elección para desempeñar funciones en nombre del Estado o al servicio del mismo de forma temporal o permanente, remunerada u honoraria, en todos sus niveles jerárquicos y servidor público”.

### **3.2. ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN EL CONCEPTO JURÍDICO – PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO.**

La doctrina mayoritaria ha destacado dos elementos que integran el concepto de funcionario público en el ámbito penal, a saber:

- Participación de la función pública.
- La persona deberá ser incorporada heterónomamente a la actividad pública, circunstancia conocida como “título habilitante”.

#### **3.2.1. PARTICIPAR EN LA FUNCIÓN PÚBLICA**

Es posible extraer un concepto global de función pública a partir de la Convención Interamericana contra la Corrupción, instrumento internacional que define dicha función en su artículo 1° que precisa: Artículo 1: “(...) toda actividad temporal o permanente, remunerada u 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” (Americanos, 2017).

En referencia al citado artículo, se ha señalado que por “función pública debe entenderse al conjunto de intereses (...) de cuya tutela 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” (Villavicencio, 2000, p. 99).

### **3.2.2. TÍTULO HABILITANTE**

Un segundo elemento a analizar es si además de participar en la función pública, el ciudadano posee un título habilitante, es necesaria la existencia de una habilitación para participar de las funciones públicas. Esta habilitación incide en el modo a través del cual un ciudadano se incorpora a la Administración Pública.

Sobre esta cuestión, la doctrina señala que existen tres formas por las que se pueden desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado:

- “Selección. - La selección debe entenderse en sentido amplio. En efecto, en este supuesto se incluyen a aquellos funcionarios que acceden a la Administración Pública a través de concursos públicos.

- **Designación.** - La designación se refiere a aquellos supuestos en los que las personas acceden a la función pública sin haber concurrido a concurso público alguno” (Rojas, 2007, p. 185).
- **Elección.** - La elección se desprende de lo dispuesto por el artículo 31° de la Constitución Política del Perú, el cual consagra el derecho político al sufragio activo y pasivo. Es decir, la capacidad de los ciudadanos de votar a sus representantes electos y ser elegidos como tales a través de un proceso electoral.

### **3.3. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PUBLICO EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA.**

Consideramos necesario analizar detalladamente cómo la doctrina ha interpretado cada uno de los incisos que integran el referido artículo 425° del Código Penal. A continuación, realizamos dicho análisis:

#### **3.3.1. Inciso 1: Los que están comprendidos en la carrera administrativa**

En este inciso se encontrarán aquellos que formen parte del régimen laboral público, el cual se encuentra regulado en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público contenidos en el Decreto Legislativo N° 276.

Sobre el concepto de la carrera administrativa debemos señalar que, de manera general, ésta es “(...) el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable, presten servicios de naturaleza permanente en la administración pública” (Navas, 2014, p. 230). En ese sentido, la carrera administrativa puede entenderse como una organización que permite que los servidores públicos puedan ingresar, ascender y permanecer en la Administración Pública, bajo el principio de igualdad de oportunidades y con derecho a una remuneración justa.

En todo caso, estarán comprendidos en este inciso “(...) todos aquellos servidores y funcionarios que acceden a los cargos y jerarquías por selección y concurso en base a méritos y que prestan sus servicios de modo permanente” (Rojas, 2007, p. 143).

### **3.3.2. Inciso 2: Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.**

El artículo 40° de la Constitución Política señala que no están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñen cargos políticos o de confianza.

Sobre el particular, a juicio de Rojas Vargas, los cargos políticos pueden clasificarse de modo sustantivo, en referencia a las atribuciones que emanan de sus puestos o funciones (por ejemplo, el caso de los congresistas de la República, elegidos a través de un proceso electoral conforme a ley), y de modo formal, “(...) ligados directamente a funciones de gobierno, los mismos que se hallan taxativamente enunciados y previstos en leyes especiales u orgánicas” (Rojas, 2007, p. 188). En este último supuesto se encuentran los cargos de confianza, los cuales serán desarrollados a continuación.

### ***3.3.3. Inciso 3: Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos***

Este inciso es uno de los motivos que ha hecho posible señalar que el concepto de funcionario público en Derecho Penal es un concepto autónomo. Sobre el particular, la jurisprudencia ha considerado que si bien hay incisos que se corresponden con las leyes pertinentes, existen otros, como la materia de análisis, que son propios del Derecho Penal.

Sobre el inciso analizado, el primer supuesto de funcionario público a tratar es el de aquel que, independientemente del régimen laboral en el que se encuentre, mantiene un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado. Esta situación se conoce como privatización de la gestión o privatización funcional. En estos casos “(...) la competencia del servicio sigue en manos de la Administración, transfiriéndose únicamente su ejecución a un sujeto de derecho privado” (Nieto, 2006, p. 45). Así entonces, en este grupo encontramos las concesiones y los contratos de prestación servicios, entre otros.

En este punto, es conveniente citar un ejemplo “la señora de limpieza que es contratada por el Poder Judicial, no será funcionaria pública, aun cuando haya firmado un contrato con el Gerente de Recursos Humanos, ello se debe a que el personal de limpieza no participa de las funciones públicas” (García, 2011, p. 198). De esta manera, circunscribimos el concepto de funcionario público únicamente a los partícipes de la función pública, habilitados por el título correspondiente.

#### **3.3.4. Inciso 4: Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares**

Los administradores y depositarios son aquellos que se encargan de la gestión de bienes que se encuentran embargados o depositados, los cuales son designados por la autoridad competente. Dicha autoridad, no es otra que el juez que dispone embargos y depósitos. Según esta interpretación, un depositario judicial es toda persona a la cual un determinado juzgado le ha encargado la administración y resguardo de un bien de manera temporal.

En ese sentido, la categoría de depositario, al cual hace referencia el presente inciso, será aquel que ha sido designado oficialmente en procedimiento judicial o administrativo.

Sobre quien puede ostentar la calidad de depositario, existen posiciones doctrinales encontradas. En efecto, si bien se afirma que, a efectos de este inciso, los depositarios solo pueden ser “(...) auténticos funcionarios públicos” (Abanto, 2001, p. 202), es deber precisar que “(...) no solo están comprendidos los funcionarios públicos de origen, sino también particulares” (Rojas, 2007, p. 163). Concordamos con esta última posición debido a que un particular puede cumplir la tarea de depositario, en mérito a un mandato de la autoridad competente en el marco de un procedimiento administrativo o judicial. Por ello, debemos concluir que los depositarios pueden ser tanto particulares o funcionarios que adquieren la citada categoría.

Sobre el particular, resulta necesario enfatizar que “(...) la función del depositario es garantizar la integridad de los bienes, siendo esta labor equiparable por el legislador a la función pública” (García, 2011, p. 206).

### **3.3.5. Inciso 5: Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional**

Podemos partir de la premisa que la función militar y policial son actividades vinculadas a los órganos ejecutores del Estado, por lo que según la normativa vigente son considerados como autoridades para las leyes pertinentes.

Por ende, en este inciso se encontrarán aquellos mandos dotados de autoridad y jurisdicción (oficiales), así como el personal subalterno (suboficiales y efectivos rasos). Asimismo, no interesará si son funcionarios de carrera o asimilados, lo importante será que participen de las funciones públicas. Consecuentemente, los integrantes de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que se encuentren en retiro no tendrán la categoría de funcionarios públicos.

Si bien los miembros de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en la función pública, lo interesante de este inciso, este es el caso “(...) se pondrá énfasis en el orden público y en la seguridad interna, mientras que en los anteriores casos la función pública estará circunscrita a las labores de gestión, organización y gobierno” (García, 2011, p. 210).

### **3.3.6. Inciso 6: Los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades**

Este inciso ha sido ampliamente discutido, incluso antes de su incorporación al Código Penal, en mérito a que el concepto anticipado de funcionario público fue introducido por la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996, convención que fue ratificada por el Perú en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana realizada en Caracas en el mes de marzo de 1996.

Al respecto, uno de los objetivos del inciso 6 del artículo 425° del Código Penal, que define al funcionario público conforme dicha convención, es extender el concepto de funcionario público “(...) a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo, cuando todavía no lo hubieran ocupado” (Villavicencio, 2000, p. 168).

Como fue destacado en el apartado correspondiente, los funcionarios públicos pueden ser designados por ley, por decisión de la autoridad competente, o bien elegidos a través de elección popular, directa y universal. Cabe señalar que, en el caso de las elecciones, las autoridades serán proclamadas por los Jurados Electorales Especiales, adscritos al Jurado Nacional de Elecciones.

### **3.3.7. Inciso 7: Los demás indicados por la Constitución Política y la ley**

Este inciso nos permite señalar que el Código Penal no incorpora una lista cerrada o “*numerus clausus*” de supuestos de funcionarios o servidores públicos. Asimismo, sobre la base de lo dispuesto por este último inciso, se sostiene que, “(...) en el ámbito penal, la condición de funcionario público le corresponderá a todo aquel que sea considerado como tal en cualquier dispositivo legal” (García, 2011, p. 220).

Asimismo, este inciso habilitó “(...) las estimaciones o formulaciones de autoría por delito de infracción de deber funcional que se adopten consensualmente en los cónclaves internacionales y con relación a los cuales el Perú haya fijado posición legal de aceptación” (Rojas, 2007, p. 195). Así entonces, de lo señalado por este autor se desprende que podrán ser sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública los funcionarios públicos extranjeros y los funcionarios de organizaciones internacionales.

Consideramos que esta lista descriptiva no es suficiente, pues presenta la desventaja de que, con el paso del tiempo, el Estado recurra a modalidades nuevas (tendencia de “huida del Derecho Administrativo”), ya sea en la contratación de personal vía locación de servicios o en la creación de empresas de régimen económico mixto.

En nuestra opinión, no debemos de perder de vista la exclusividad del concepto penal de funcionario, ello porque lo que concierne al Derecho Administrativo es “(...) el control de las relaciones de sujeción especial, es decir, aquellas que se dan entre la Administración y lo sujetos ligados a ella directamente” (Roca, 1999, p. 98).

Así pues, en este punto del análisis contamos con un funcionario público a efectos penales. Sin embargo, es necesario advertir, que no podemos sostener también su aptitud para ser considerado sujeto activo de todo delito contra la administración pública. En efecto, como se señala “(...) no debe olvidarse que las figuras de la parte especial

frecuentemente exigen expresamente que el funcionario público abuse de su cargo y que el sujeto tenga capacidad para lesionar el bien jurídico” (Ramón, 2002, p. 235). En tal sentido, deberá analizarse si el citado funcionario, en mérito a la configuración de su cargo, ha infringido el deber correspondiente a cada tipo penal.

### **3.4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL RESPECTO DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO**

En este punto para un mayor entendimiento se realizarán un análisis de la siguiente sentencia:

#### **R.N. N° 169-2002-LIMA (CASO BEDOYA DE VIVANCO)**

El funcionario de facto o de hecho El 17 de enero de 2001 se difundió un video en el que se aprecia cómo Vladimiro Montesinos (quien formalmente no era jefe del SIN sino Asesor II de la Alta Dirección de dicho órgano) le entregó a Luis Bedoya de Vivanco, candidato al cargo de alcalde de Miraflores, la cantidad de US\$ 25,000 dólares americanos, pertenecientes a los fondos públicos del SIN, con el objetivo de financiar su campaña electoral municipal en 1998.

#### **ANÁLISIS DEL CASO**

El Tribunal Constitucional, ratificando lo señalado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, dispuso lo siguiente: “(...) 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 artículo 387 del Código Penal”. De esta manera, al existir un título habilitante material, porque el expresidente Fujimori incorporó

a Montesinos Torres en la cúpula del SIN (incorporación heterónoma por designación), permitiendo su acceso y disposición a los fondos públicos de dicha entidad, sí es posible considerarlo funcionario público. En conclusión, en los casos de funcionarios de facto (como el de Montesinos), el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario para vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, debe ser considerado funcionario público.

**R.N. N° 615-2015-LIMA (CASO DIARIOS CHICHA ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI)**

“(…) 2.1.1.1. El sujeto activo en el delito de peculado: en este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro (…)”.

“(…) 3.1. incriminación concreta (…) en esa línea, como primer plano, la sentencia recurrida analizó si el encausado Fujimori Fujimori tenía la calidad de sujeto activo del delito de peculado, esto es, si concurrió en el encausado una relación funcional con los caudales que fueron objeto material del delito, es decir, si en su condición de Presidente de la Republica (funcionario público de más alto nivel del Estado), tenía disponibilidad jurídica sobre estos caudales; y, si esa relación funcional determinaba un deber especial positivizado respecto de los mismos (…)”

## ANÁLISIS DEL CASO

Debemos decir que ante la magnitud del caso y del procesado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, debió ser más abundante en cuanto a desarrollar la calidad del sujeto en el delito de peculado, de la fundamentación jurídica y en el caso concreto, se extrajeron dos los párrafos donde únicamente se hace referencia al funcionario público y simplemente se hace mención a que el sujeto activo especial en el delito de peculado es un funcionario público que debe tener relación funcional con el bien jurídico protegido en el tipo penal de peculado, respecto al párrafo que estudia la incriminación concreta se hace la referencia de que Alberto Fujimori Fujimori tenía la condición funcionario público al ser presidente de la república -funcionario público de mayor jerarquía- con la simple mención de este fundamento la Sala tiene por satisfecho este extremo de la calidad del sujeto activo especial.

Así también debemos señalar que se debió tomar en consideración lo expresado por la Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo 1, y desarrollar cada uno de los elementos como son el título habilitante, y la función pública que desarrollaba, dada la magnitud del procesado, era la oportunidad de la Corte Suprema de establecer una definición de funcionario y servidor público a efectos penales, de esta insuficiencia en cuanto al desarrollo de este concepto este pronunciamiento judicial influye negativamente en la calidad de la mencionada decisión judicial.

### **R.N. N° 3855-2011-PUNO (CASO MUNICIPALIDAD DE ANTAUTA)**

“(…) Quinto: Que, en ese mismo sentido, se tiene que se encuentra debidamente establecida la calidad de servidor público del imputado Fernández Aguilar, quien desempeñaba las labores de almacenero, como lo ha admitido a lo largo del proceso, y poseía vínculo laboral con la Municipalidad Distrital de Antauta conforme se encuentra

acreditado por la copia autenticada de la relación de pagos del personal eventual obrero emitido por la citada entidad edil de fojas trescientos noventa y siete a trescientos noventa y nueve, por ende, poseía vínculo funcional con los caudales del Estado, los que por la función que desempeñan se encontraban bajo su custodia, por lo que el agravio esgrimido en este extremo deviene en no atendible (...).”

### **ANÁLISIS DEL CASO**

En el caso no se establece una definición de funcionario y servidor público, el único análisis que realiza el ente judicial para calificar al sujeto activo del delito de peculado como especial -servidor público, es nombrar la planilla de pagos del personal, donde el imputado tenía el cargo de almacenero cumpliendo su labor a favor de la Municipalidad de Antauta, es deber notar que el ente judicial por este hecho, afirma que poseía vínculo funcional con los caudales del Estado, si establecer de manera clara y precisa donde se encuentra tan vínculo positivizado y además el título que legitimaba su incorporación a la administración pública como almacenero, que el solo hecho mencionar una pendencia salarial no es suficiente para poder imputar a título de servidor público, es deber de los entes de justicia desarrollar cada presupuesto descriptivo y normativo, para no caer en imputaciones genéricas, que influyen negativamente en la calidad de las decisiones judiciales.

### **IV. CONCLUSIONES**

Mediante el presente estudio se ha logrado determinar que en la actualidad el grado de desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal, aún es insuficiente e incompleto, respecto al desarrollo legal se evidencio la problemática por elegir la técnica legislativa descriptiva enumerativa extensa, que causa problemas interpretativo, y optar por una definición general tomando como base lo establecido en el artículo I de la Convención

Interamericana contra la corrupción, ahora sobre el desarrollo jurisprudencial, los pronunciamientos no expresan de manera concreta una definición del funcionario y servidor público que se deba considerar para poder así poder ayudar a los operadores de justicia a aplicar la normas con mayor facilidad. La doctrina no se pronuncia de manera conjunta en intentar componer una definición univoca de funcionario y servidor público aplicable en el derecho penal peruano, para así poder entender y desarrollar los delitos contra la administración pública.

Se logró identificar elementos propios que constituyen la definición de funcionario público y servidor público a efectos penales, destacando los dos elementos que integran dicho concepto, a saber, título de habilitación y participación de la función pública, elementos entendidos como respecto al punto de participar en la función pública debe ser entendida como toda actividad temporal o permanente, remunerada u 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, y referente al título habilitante se entiende a toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; además, que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública.

Tras el análisis de las decisiones judiciales en los casos emblemáticos emitidos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, afirmamos que no existe un desarrollo pleno de la definición del funcionario y servidor público para el derecho penal, para lo cual debiera hacer uso de su capacidad de uniformizar y establecer pautas jurisprudenciales, para ayudar a comprender mejor el tema, se evidencia una influencia negativa, que ocasiona que la calidad de los pronunciamientos pueda ser

cuestionada, dejando en el limbo el desarrollo a consideración nuestra de la base fundamental de los delitos contra la administración pública que es saber que es un funcionario y servidor público.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, M. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Palestra.
- Americanos, O. d. (9 de Julio de 2017). *Organizacion de Estados Americanos*. Obtenido de [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corrupcion.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp)
- Donna, E. A. (2002). El concepto dogmático del funcionario público en el Código penal peruano. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 268.
- Galvez, T. A. (2001). *Delito de enriquecimiento ilicito*. Lima: Idemsa.
- Garcia, M. d. (2011). Derecho Penal aplicado a los delitos de corrupción de funcionarios. *Ponencias en el Curso Semipresencial de derecho penal* (pág. 44). Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- Gordillo, A. (2002). Tratado de derecho administrativo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 268.
- López Baria de Quiroga, J. (1990). *Manual de derecho penal parte especial*. Madrid: Civitas.

- Navas, C. (2014). *Deberes y responsabilidades de los funcionarios y servidores público civiles. Reglamento y Ley del Servicio Civil. Responsabilidad Administrativa Funcional*. Lima: Adrus.
- Nieto, A. (2006). *Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*. Castilla - La Mancha: Ediciones Universidad de Castilla.
- Olaizola, I. (1997). *Concepto de funcionario público a efectos penales*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Ramón, E. (2002). *La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 del código penal*. Lima: Palestra.
- Roca, L. (1999). *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch.
- Rodríguez, M. J. (1999). *El delito de soborno: problemática jurídico penal del funcionario público*. Pamplona: Aranzadi.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Salinas, R. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Urquiza, J. (2002). Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública. *Revista peruana de Ciencias Penales*, 235.
- Valeije, I. (1997). Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública. *Cuadernos de Política Criminal*, 463.
- Villavicencio, F. (2000). *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción*. Lima: Fondo Editorial PUCP.