

quaestio iuris

El “funcionario de hecho” en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.7>



El “funcionario de hecho” en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano

The “de facto” official in crimes against public administration in peruvian criminal law

PERALTA PÉREZ, Anita Mabel¹

Recibido: 19.05.2025

Evaluado: 21.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. II. Métodos y técnicas. III. Diferencia entre el funcionario de hecho y el funcionario público en el derecho penal peruano. IV. El principio de legalidad como parte del programa penal constitucional V. La proscripción de la arbitrariedad. VI. La seguridad jurídica en su manifestación de predictibilidad de las resoluciones judiciales. VII. Conclusiones VIII. Lista de Referencias

Resumen

El presente artículo pretende mostrar cómo la práctica jurisdiccional vigente, viene aplicando la figura del funcionario de hecho, pese a no estar regulada como tal en el Código Penal, lo que ha implicado menoscabo principalmente en los principios de legalidad y proscripción de arbitrariedad contenidos fundamentales del programa penal constitucional, así como ha generado inseguridad jurídica al resolver sin los parámetros de estricta legalidad, tan necesario en el derecho penal.

Palabras clave: funcionario de hecho, programa penal constitucional, principio de legalidad y proscripción de arbitrariedad; y predictibilidad de las resoluciones judiciales.

Abstract

This scientific paper aims to show how current judicial practice, has been applying the figure of the “de facto official”, despite

¹ Abogada. Maestra en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca, estudios doctorales concluidos por la misma casa de estudios. Email: anperaltadj@mpfn.gob



not being regulated as such in the Criminal Code. This has led to a deterioration, primarily in the principles of legality and the prohibition of arbitrariness, which are part of the constitutional criminal law program. This has also led to the legal uncertainty caused by rulings without the parameters of strict legality, which are so necessary in the field of criminal law.

Key words: “*de facto official*”, constitutional criminal program, principle of legality and prohibition of arbitrariness; predictability of judicial decisions.

I. Introducción

La corrupción de funcionarios se mantiene como uno de los problemas más críticos que afronta el Estado peruano, afectando la legitimidad de sus instituciones, especialmente la referida a la administración de justicia, por lo que no causa extrañeza que en las últimas dos décadas se haya dictaminado mayor cantidad de sentencias condenatorias por la comisión de ilícitos contra la administración pública, delitos cometidos mayormente por funcionarios públicos. Sin embargo, llama la atención que como parte de la potestad punitiva del Estado para sancionar estos delitos, emplee figuras como la del funcionario de hecho, figura o actor que no se encuentra establecido dentro de los sujetos activos de los comisión delictual contemplados en el artículo 425 del Código Penal.

Por lo tanto, resulta necesario conocer cómo es que la práctica jurisdiccional penal, viene empleando la figura en mención y desarrollar la implicancia de aquella práctica respecto a los principios rectores del derecho penal como el de legalidad y el de proscripción de arbitrariedad, cuya interpretación del primero, por mandato constitucional, debe ser restrictiva.

II. Métodos y técnicas

Para el desarrollo de este artículo se ha recurrido a métodos cualitativos de carácter jurídico, sustentado en el análisis normativo, hermenéutico e interpretativo, que ha permitido interpretar la legislación positiva penal y los principios del programa penal constitucional. Como técnicas, se emplearon la revisión documental, específicamente la referida a la jurisprudencia penal y a la literatura científica y jurídica publicada.

III. Diferencia entre el funcionario de hecho y el funcionario público en el derecho penal peruano

La concepción de funcionario de hecho es importada del derecho administrativo, especialidad donde este término fue acuñado



primigeniamente. No obstante hoy en día, conforme a la doctrina penal nacional, como la desarrollada por Nakasaki (2006), se viene planteando que dicha figura constituye un caso de ejercicio irregular subjetivo de la función administrativa, pese a carecer de un elemento esencial: el título de habilitación ordinario, postulando dos supuestos: el primero de concepción amplia, mediante la cual el particular que sin nombramiento nulo ejerce funciones públicas y el segundo de concepción restringida, donde el particular que con nombramiento nulo ejerce funciones públicas, siendo ésta última postura la de mayor aceptación.

Por otro lado, a nivel de la práctica jurisdiccional, la figura del funcionario de hecho se ha desarrollado en algunas sentencias, como la expedida en el Expediente N°010-2001-Lima, donde se condenó a Vladimiro Montesinos Torres, como autor del delito de peculado al considerar que bastaba que ejerza función pública y que haya tenido dominio del ámbito administrativo, fundándose la invocación de dicha figura, en la protección del patrimonio público.

En el Recurso de Casación N°442-2017 Ica, se postuló como elementos del funcionario de hecho, que el cargo público tenga existencia legal, que concurra la posesión del cargo y la apariencia de legitimidad del título o nombramiento; elementos que se siguen tomando en cuenta en reciente jurisprudencia, como la emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el Expediente N°3526-2023 Lima, donde a los ya indicados elementos, se ha adicionado el requisito de la anuencia de las autoridades encargadas de impedir esta clase de situaciones que permitan el ejercicio irregular de tal investidura.

Conforme se aprecia, la concepción de funcionario de hecho es variada y no está contenida dentro de nuestro sistema normativo, como sí se encuentra el funcionario público, conforme se aprecia de su regulación expresada en el artículo 425 del Código Penal, que prescribe:

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, 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.

Montoya (2015), postula que en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6, se han incluido en la condición de funcionario público a sujetos que han sido excluidos como tales por normas administrativas, laborales y constitucionales; sumándose en el numeral 4 a los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, evidenciando también el interés por imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta.

Precisándose que en el numeral 3 se ha considerado como funcionario público al que mantenga una relación contractual con el Estado, al trabajador de las empresas estatales y sociedades de economía mixta, así mismo, se está incluyendo al que trabaje ad honorem, a quien cumple un trabajo a tiempo parcial o de locación de servicios, al practicante pre profesional sujeto a ley sobre modalidades formativas laborales, y otros sujetos que, conforme Salinas (2018), no tienen una relación laboral formal pero sí un vínculo real-material, con la función pública.

Evidenciándose con ello que, se sigue la orientación brindada por los compromisos internacionales asumidos por el Estado, como son la Convención Interamericana contra la Corrupción, CICC, y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, CNUCC, que otorgan a la condición de funcionario público un panorama de mayor magnitud, respecto a su connotación como sujeto activo, al realizar su calificación en *numerus apertus*. Sin embargo, consideramos que el funcionario de hecho no se encuentra dentro de dicha calificación en atención a que se diferencia del funcionario público, en primer orden, por la evidente falta de tipicidad en el Código Penal, además, su incorporación a la administración pública no se da de la misma manera.



Benavente (2015) postula que para la incorporación a la función pública se utilizan tres títulos de habilitación, tales como la selección, como es de verse de los numerales 1, 3 y 5; designación, numerales 3 y 4; y elección conforme a los numerales 2 y 6; a diferencia del funcionario de hecho que conforme la concepción restringida estaría conformado por el título de habilitación para el ejercicio de la función pública o nombramiento nulo, la apariencia de legitimidad del título o doctrina de facto, la posesión del cargo de buena fe, la protección de la buena fe del funcionario de facto, entre otros indicados oportunamente.

Por lo tanto, es claro que, en el funcionario de hecho, se reconoce la necesidad dirigida a regular su condición jurídica, a fin de garantizar los derechos de todo investigado, principalmente el de libertad, cuya eventual privación, debe responder a criterios de estricta legalidad, a partir del precepto contenido en el artículo 2 inciso 24, literal d), de la Constitución Política del Perú, el cuál prescribe entre otros que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible.

IV. El principio de legalidad como parte del programa penal constitucional

Considero que el programa penal constitucional debe ser entendido como un sistema o diseño de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico penal que obliga al poder público, en este caso a las decisiones jurisdiccionales, a cumplir con los postulados de la Constitución Política del Estado.

Es posible hablar de un diseño constitucional del proceso penal, debido a que la Constitución hace las veces de escudo protector, conformando círculos concéntricos cuyo punto central es la persona en su dimensión completa de su dignidad, siendo que de allí, todas las protecciones que el Estado provee, se encuentran dirigidas a su protección, frente a todos los ejercicios de la fuerza o violencia estatal, y de ellas la más grande y firme protección tiene lugar frente a la coerción penal, por ser ésta de mayor intensidad al relacionarse con el derecho fundamental a la libertad, por lo que la vinculación en su cumplimiento en este ámbito es mayor.

En ese entendido, la existencia de zona exenta de este control constitucional, se torna imposible, debido a que en el ámbito penal extiende su requerimiento garantista a todos los actos que acontecen dentro del proceso, esto es a los actos de legislación,



calificación, investigación y actos de prueba que se realizan interiormente, los cuales deben superar los principios exigidos.

Siendo así, y advirtiendo que la práctica jurisdiccional respecto al funcionario de hecho se ha apartado de esta concepción principista que rodea al derecho penal, resulta de interés conocer los efectos jurídicos generados respecto a uno de sus principios más representativos como es el de legalidad.

Al respecto; corresponde recordar que este principio postula que todo delito se defina sólo por mandato legal, lo que se entiende como reserva de ley, pero no por cualquier mandato con rango de ley, sino sólo por una ley que reúna cuatro condiciones de validez constitucional, reserva absoluta de ley.

El principio de legalidad penal es consecuencia del principio de separación de poderes que reserva la función legislativa sólo al congreso y restringe la enunciación de lo prohibido sólo a la forma de ley; es decir, solamente el parlamento mediante fórmula legal puede configurar mandatos penales, lo que se denomina la primera manifestación del principio de legalidad.

Afirmamos hasta este punto, que, efectivamente el funcionario de hecho conforme a la praxis jurisprudencial vigente contraviene la reserva de ley al no haberse legislado por el ente competente, y en cumplimiento al procedimiento establecido para su validez formal y material, debido a que los jueces carecen de competencia normativa en materia de punición.

De forma más específica, y conforme a lo desarrollado por la Casación N.º 92-2017 Arequipa emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, afirmamos que el funcionario de hecho transgrede el principio de reserva absoluta de ley, al carecer de reconocimiento jurídico a través de la norma fundamental que lo dotaría de validez o legitimidad constitucional.

Así también, en cuanto a las dimensiones de este principio de reserva de ley absoluta, podemos señalar que en la figura de funcionario de hecho no se encuentra la lege certa, debido a que como se viene advirtiendo, existe ausencia de texto normativo que precise expresa e inequívocamente su connotación, como sujeto activo, pasible de la comisión de ilícitos cometidos por funcionarios, restringiendo el derecho de todo justiciable a conocer aquello que se encuentra penalmente proscrito, lo cual no es permitido en un estado constitucional de derecho, donde toda fórmula legal debe estar definida con un lenguaje claro, explícito, sencillo y entendible.



En lo referido a la *lege stricta*, encontramos que el funcionario de hecho, no cumple con el imponer cierto grado de precisión en la formulación de la ley penal, que permita excluir la analogía, determinando de forma suficiente y diferenciada, las conductas punibles y eventuales penas en las que podría recaer este sujeto activo, que como venimos afirmando carece de determinación, contenido y por ende, de consecuencia jurídica, lo que a buena cuenta serían las condiciones objetivas de punibilidad.

En el mismo sentido, el funcionario de hecho carece de *lege praevia*, cuya manifestación es la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal, esto es, para que toda conducta sea pasible de sanción delictiva, la misma debe estar prevista como delito, con anterioridad a su realización, es decir la ley penal solo tiene efectos *ex nunc*, otorgando al justiciable que una acción no sancionada como delito al momento de su comisión, no pueda ser sancionada como delictiva con posterioridad a ésta.

Como es ya predecible, en el funcionario de hecho, no concurre la *lege scripta*, debido a que, ante su inexistencia, no podría considerarse que se han cumplido los requisitos para su validez, que según Rubio (2009):

“a) sea emitida por un órgano que tenga facultades normativas otorgadas por el Estado, b) siga el procedimiento exigido por dicho ordenamiento jurídico estatal, c) que respete las normas de mayor jerarquía; y d) que el órgano emisor de la norma o sujeto, tenga competencia suficiente para regular las materias que está regulando” (p.100).

Finalmente, se adiciona a lo ya desarrollado, que la incompatibilidad que presenta el funcionario de hecho es mayor, en tanto amenaza con desvirtuar la teoría del delito, o como lo ha denominado Simaz (2022), las características esenciales constitutivas del delito, partiendo por los serios apuros argumentativos que importarían el pretender hablar de una imputación objetiva, la cual siendo un juicio previo a la imputación subjetiva, requiere la necesidad de dilucidar si su conducta ha excedido los márgenes de lo social y jurídicamente tolerado, o ha infringido un deber derivado de su ámbito de competencia, creando un riesgo penalmente prohibido.

Características que resultan difíciles de determinar en un agente inexistente para el ordenamiento jurídico, al cuál por su *statu quo*, formalmente no podría atribuírsele deberes cognoscibles o determinables, dificultando de esta manera, la conducta o comportamiento como elemento de la estructura del delito; así también la tipicidad se vería comprometida en lo que respecta al sujeto activo, como parte de la configuración del tipo penal, debido



a la ausencia normativa del funcionario de hecho que permita describir los requisitos que debería reunir la persona al momento en que ejecuta la conducta delictiva, que por la naturaleza de los ilícitos, requieren ser cometidos por agente específico, debido a que se exige que dicha conducta sea efectuada por ciertas personas que poseen deberes especiales.

V. El Principio de proscripción de la arbitrariedad

Recordemos que la dimensión subjetiva del derecho penal, atribuye al Estado la facultad punitiva conocida como el *ius puniendi*, siendo así el derecho a castigar se justifica, entre otros, en el Estado social y democrático como fundamento; según este criterio, el derecho penal deberá someterse a una serie de límites por la necesidad de dotarlo de contenido democrático.

Al respecto, Villa Stein (1998) entiende la idea que el Estado social le atribuye al derecho penal una función de prevención limitada por la eficacia en la protección de los ciudadanos, según el principio de máxima utilidad posible; en esa dirección y conforme a los artículos 3 y 43 de la Constitución Política, el Perú es un Estado democrático y social de derecho, organizado por el principio de separación de poderes, entendiendo intrínsecamente la incorporación del principio de interdicción de todo poder ejercido arbitrariamente.

Concepción compartida, en lo resuelto por los Expedientes N.º 6167-2010 Lima y N.º 0090-2004 Lima, donde se desarrolló al principio de interdicción de la arbitrariedad, como inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional y democrático, así como a los principios y valores que la propia Constitución incorpora.

En el mismo sentido, Vignolo (2010) complementa el argumento, señalando que el principio de proscripción de arbitrariedad es inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático de derecho, el mismo que tiene alcance sobre todos los poderes públicos constituidos, no existiendo alguna de sus competencias que pueda ejercerse de cualquier manera, sin la cobertura previa y concurrente del derecho existente en circunstancias puntuales.

En ese entendido, en principio afirmamos que, el funcionario de hecho irrumpe con los límites del *ius puniendi* siendo no compatible al Estado social y democrático de derecho como fundamento, debido a que esta figura viene contraviniendo los principios que la propia Constitución Política del Estado ha incorporado, tales como los principios de legalidad y prohibición



de la analogía, dentro ellos el derecho contenido en el artículo 2, numeral 24, literal d), concordante con el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula en su extremo correspondiente, que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

Ello implica a su vez, la imposibilidad de cumplimiento de la preponderancia de los derechos de la persona como sujeto de derecho, sobre todo el de la libertad, en pleno cumplimiento con lo estipulado en el artículo 1 de la Constitución Política, referido a la defensa de la persona humana y respeto a su dignidad como fin supremo, sometiendo a la persona, en palabras de Castillo (2004), a la imposición de consecuencias jurídicas que no están establecidas con antelación al hecho, como es que ha sucedido con el funcionario de hecho, desprotegiendo a la persona del poder punitivo del Estado.

De otro lado, según los Expedientes N.º 6167-2010 Lima y N.º 0006-2003 Lima, como mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad, en el uso de las facultades discrecionales, se exige que toda decisión responda a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Sobre la racionalidad nos apoyamos en los parámetros de Atienza (2004), quien la considera: sí y solo si: 1) se respetan las reglas de la lógica deductiva- racionalidad. Por lógica deductiva hay que entender a la lógica clásica de predicados de primer orden, 2) se respetan los principios de la racionalidad práctica, es decir, cumple con los principios de consistencia, eficiencia coherencia, generalización y sinceridad, 3) se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante, y 4) no se adopta sobre la base de criterios éticos políticos, no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico.

En referencia al primer elemento; y el cumplimiento de las reglas de la lógica deductiva, afirmamos que en el funcionario de hecho no se parte de premisas verdaderas que permitan deducción lógica en el mismo sentido, debido a que la sola cercanía o disponibilidad del investigado sobre los bienes del Estado, no son suficientes para deducir su connotación como sujeto activo en la comisión de delitos cometidos por funcionarios públicos, sin tomarse en cuenta mínimamente los requisitos revestidos de legalidad de dicho agente, para posteriormente analizar la tipicidad de los demás elementos del tipo penal.

Así también, en el funcionario de hecho no concurren los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad, debido a carente argumentación jurídica que



permita advertir consistencia en sus premisas y conclusiones; que guarden a su vez coherencia con los principios rectores del derecho penal, y más importante aún con la protección de la persona como fin supremo del Estado, careciendo de todo carácter hegemónico para aplicación general por su inexistencia en el ordenamiento penal; respecto al principio de sinceridad no resultaría objetiva nuestra posición, debido a que no podríamos aseverar que el proceder de la práctica jurídica se realiza a sabiendas de su ilegitimidad.

En lo referido a los requisitos de adoptar una decisión sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante y el no adoptarla sobre la base de criterios éticos políticos no previstos por el ordenamiento jurídico, aseveramos que el funcionario de hecho elude el cumplimiento del carácter vinculante de los principios constitucionales que se vienen alegando, fuente predominante en el derecho penal, debido a su falta de regulación, lo que lógicamente permite deducir que se encuentra fuera de la base de criterios políticos éticos, que en materia criminal conciben a esta rama del derecho como de *ultima ratio*.

De otro lado, luego de haber verificado que el funcionario de hecho no cumple con los estándares de racionalidad, corresponde deslindar si se ajusta a los de razonabilidad, reconocidos en el fundamento doce en la sentencia emitida en el Expediente N°0090-2004 Lima, partiendo de la premisa que este criterio tiene como finalidad justificar el porqué una determinada interpretación o decisión es preferible o es más justificada que otra.

Atienza (2004), postula que una decisión jurídica es razonable si y solo si: 1) se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión, y; 3) es aceptable para la comunidad.

El funcionario de hecho, cumple con el primer requisito debido a que efectivamente no es posible su adopción bajo los parámetros de una decisión estrictamente racional, no obstante no sucede lo mismo con lograr equilibrio entre exigencias contrapuestas, debido a que en primer orden no se ha evidenciado en la praxis judicial, la exposición o colisión de derechos o exigencias, que lo posicionen dentro de los denominados hard cases o casos difíciles, que importen decisiones inaceptables o tengan más de una solución incompatible entre sí.

En lo relacionado a la aceptabilidad para la comunidad, bajo los parámetros del consenso racional, debido a que uno fáctico



podría ponernos en apuros; y teniendo en cuenta que los agentes que cumplen con idoneidad respecto a la racionalidad y suficiencia informativa, serían la doctrina y jurisprudencia, representada por los diversos autores que han rechazado la figura del funcionario de hecho, bajo las reglas y principios del discurso práctico racional; permiten concluir indefectiblemente que la figura en comento, tampoco cumple con los parámetros de razonabilidad en este sentido.

Así las cosas; y siendo la razonabilidad un mecanismo de control de interdicción de la arbitrariedad, que el funcionario público de hecho no ha superado, la consideramos lesiva, carente de fundamentación objetiva y legitimidad; por lo que es urgente demandar del estado garantías destinadas a la protección de los derechos fundamentales, preponderando los de libertad y tutela jurisdiccional inherentes a toda persona; impidiendo su exposición a imputaciones jurídicas arbitrarias, debiendo adoptarse respuestas a partir de políticas criminales, que preponderen su plena realización.

VI. La seguridad jurídica en su manifestación de predictibilidad de las resoluciones judiciales

Gallego (2012), considera al principio de seguridad jurídica como uno de los logros jurídicos más relevantes de la modernidad, convirtiendo el estado de incertidumbre, en uno de seguridad. Recasens (2003) atribuye a la seguridad jurídica la condición de valor fundante debido a que condiciona la posibilidad de la realización de otros valores superiores como el de la justicia. En esa misma línea, tenemos a Kruse (1978), quien considera la seguridad como expresión y emanación del concepto de justicia.

En esta dirección, la seguridad jurídica se ha convertido en un presupuesto indispensable en todo Estado de derecho, el cuál conforme a Castillo (2004), a la actualidad es un instrumento jurídico de importancia decisiva, exigiéndose normas que gocen de la vocación de permanencia, exigencia insoslayable en los requerimientos de nuestra sociedad para su normal desarrollo.

Entonces, se advierte que el principio de seguridad jurídica es uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia, que se deriva de un Estado de derecho, conformándose a su vez por varias dimensiones, adhiriéndonos a la tercera propuesta por Leguina Villa (1987), la cual se encuentra referida a la previsibilidad. Previsibilidad, que conforme Laporta (2007), se encuentra conformada a su vez por dimensiones tales como: la objetiva, subjetiva, temporal, las mismas que nos servirán como parámetros de evaluación, respecto a la praxis del funcionario de hecho.



En esa dirección, evidenciamos que el funcionario de hecho no cumple con el primer elemento objetivo de la seguridad jurídica, desarrollado por García (2009), debido a su falta de positividad mediante norma, impidiendo conocer de antemano y con precisión al sujeto activo sobre quien recae la conducta prohibida; así como la consecuencia jurídica establecida y las condiciones para que se generen las mismas.

De otro lado, en el funcionario de hecho tampoco concurre el segundo elemento referente a que el derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del Juez; ya que claramente al no existir derecho positivo, las decisiones jurisdiccionales, han estado a merced de la discreción de cada juez que resolvía la causa, sin que puedan ser susceptibles de verificación, por motivo de su improvisación, no lográndose su estabilidad; con lo que el tercer y cuarto elemento de verificación y estabilidad, tampoco se ven configurados.

En cuanto a la dimensión subjetiva de la seguridad jurídica, propuesta por Laporta (2007), comprobamos que el funcionario de hecho, tampoco permite a los ciudadanos, con especial atención al investigado; poder llevar a cabo las previsiones necesarias, que faciliten su accesibilidad. Accesibilidad; que debe permitir conforme a Pérez Luño (2005), la claridad jurídica del derecho, comprensible al ciudadano, a quien se le permita calcular las consecuencias de sus actos, previendo los beneficios de sus derechos tutelados y la actuación estatal.

Perspectiva que es complementada con lo señalado por Lifante (2013), quien agrega que toda previsibilidad, debe partir de premisas preexistentes y cognoscibles; lo que se logra por medio de reglas jurídicas, más no por otro mecanismo.

Ahora bien; respecto a la dimensión temporal de la previsibilidad, se sigue la misma línea, al no lograr determinarse hasta cuándo puede preverse la práctica del funcionario de hecho; debido a que no se tiene claro desde cuando se inició, mucha menos hasta cuando permanecerá; no permitiéndose la estabilidad que importe ausencia de cambios y un mínimo de perdurabilidad, postulada por Laporta (2007); que impidan problemas de tipicidad, y planificación de conductas en los propios investigados.

En ese sentido; y habiendo dado cuenta del incumplimiento del funcionario de hecho, de todas dimensiones que conforman la predictibilidad jurídica, que a su vez es una dimensión del principio de seguridad jurídica, corresponde otorgarle la importancia debida.



Importancia; que debe permitir entender que, la seguridad jurídica, contiene el derecho humano a la seguridad humana, que emerge en una especial predisposición mental en el ciudadano, de conocer con anterioridad y claridad, la norma jurídica de la cuál es destinatario, a la cual le debe respeto y condicionamiento, al saber qué le está permitido y prohibido.

Estándares que, se han visto mellados con la aplicación del funcionario de hecho; y que, en concordancia con el marco constitucional del estado de derecho peruano, no deben permitirse, debiendo el estado, conforme lo ha indicado Loasing (2002), considerarla como una tarea para su consolidación y respeto de la protección de los ciudadanos frente a su poder.

En suma, con lo vertido por Pérez Luño (2005), en cuanto a las exigencias básicas de los poderes públicos, como la denominada de corrección estructural, que es la garantía de disposición y formulación regular de las normas y la de corrección funcional, se aspira a la garantía de cumplimiento del derecho por todos sus destinatarios, y la regularidad de la actuación de los órganos encargados de su aplicación, que permita afirmar a su vez, las exigencias de coherencia y regularidad de criterio de los órganos judiciales.

VII. CONCLUSIONES

- a. El funcionario público y el funcionario de hecho, son figuras jurídicas con características distintas, siendo solamente el primero el único sujeto activo reconocido como tal por el artículo 425 del Código Penal, pasible de la comisión de los delitos cometidos por funcionarios públicos, mientras que el segundo por ahora, es una construcción meramente doctrinaria y jurisdiccional.
- b. La práctica jurisdiccional del funcionario de hecho contraviene el principio de legalidad, dispuesto en el artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución Política, desde su primera manifestación emanada del parlamento, careciendo además de *lege certa*, *stricta* y *praevia* que permita su previsión y formulación con antelación, resultando necesario su incorporación en el artículo 425 del Código Penal.
- c. El funcionario de hecho irrumpe los límites del ius puniendi, careciendo además de racionalidad y compatibilidad con el estado social de derecho, cuyo fundamento debe evidenciar la preponderancia del derecho a la libertad de la persona, vulnerando en ese sentido, el principio de proscripción de arbitrariedad.



d. Para consolidar la seguridad jurídica en su dimensión de predictibilidad en las resoluciones judiciales, respecto al funcionario de hecho, es imperante su incorporación en el artículo 425 del Código Penal, a fin de dotarlo de validez jurídica y normativa, que permita racionalizar la intervención punitiva del Estado, y a su vez posibilitar a toda persona prever objetivamente las consecuencias de sus acciones, logrando de esta manera estabilidad, continuidad ante su delimitación específica y homogénea.

VIII. Lista de Referencias

- Atienza, M. (2004). Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación Jurídica. Lima: Palestra Editores SAC.
- Benavente, C.H. (2015). El Funcionario Público. Lima: Gaceta Jurídica S.A. <https://acortar.link/9MM1eJ>
- Castillo, J.L. (2004). Código Penal Comentado. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Chamorro, F. La Tutela judicial efectiva. Barcelona, España: Bosch
- Gallego Marín, C. A. (2012). El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social. Jurídicas, 9(2), 70–90. <https://acortar.link/HtqH7U>
- García, R. (2009). Radbruch y el valor de la seguridad jurídica. Isonomía, (30), 262-263. <https://acortar.link/ixawtu>
- Kruse, H. (1978). Derecho Parte General. Madrid: Olejnik
- Laporta, F. (2007). El imperio de la ley. Una Visión actual. Madrid: Trotta.
- Leguina, J. (1987). Principios Generales del Derecho y Constitución. Revista de Administración Pública, 34 (114), 25-31. <https://acortar.link/rTOmDp>
- Lifante, I. (2013). Seguridad Jurídica y Previsibilidad. Alicante, España: Universidad de Alicante.
- Losing, N. (2002). Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, (6), 290-295. <https://acortar.link/eg1JOF>



Montoya, Y. (2015). Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nakazaki, S. (2006). El Derecho Penal Contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Lima: Ara Editores.

Pérez, L. (2005). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos

Recasens, L. (2003). Vida Humana, Sociedad y Derecho. España: Biblioteca virtual universal. <https://acortar.link/IVIYS4>

Rubio, C. (2009). El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salinas, R. (2018). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Iustitia.

Simaz, A. (2022). Principio de legalidad e interpretación en el derecho penal: Algunas consideraciones sobre la posibilidad de interpretar extensivamente la ley sustantiva. Universidad Nacional de Mar del Plata, III (15), 25-2. <https://acortar.link/JMBcjL>

Villastein, J. (1998). Derecho Penal: Parte General. Lima: San Marcos.

Vignolo, O. (2010). Dos trabajos de Derecho Comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad. Ius Et Veritas, 41, 148-162. <https://acortar.link/tgq3xQ>

Resoluciones y sentencias consultadas

Corte Superior de Justicia de Lima. Sala Penal Especial. Proceso N°010-2001; 29 de mayo de 2003.

Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria. Proceso N.° 92-2017; 08 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Justicia la República. Sala Penal Transitoria. Proceso N°442-2017; 11 de diciembre de 2019.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Proceso N.° 3526-2003; 07 de marzo de 2025.



Tribunal Constitucional. Expediente 0006-2003, 65 congresistas;
01 de diciembre de 2003.

Tribunal Constitucional. Expediente 0090-2004, C.H. Juan
Carlos; 05 de julio de 2004.

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 6167-2010, C.S
Fernando; 28 de febrero de 2006.