

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

EL FUNCIONARIO DE HECHO EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO PENAL PERUANO

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. ANITA MABEL PERALTA PÉREZ

Asesor:

Dr. SAUL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR

Cajamarca, Perú

2024

CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
Anita Mabel Peralta Pérez
DNI: 45048227
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Programa de Doctorado en Ciencias. Mención: Derecho
2. Asesor: Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
3. Grado académico o título profesional
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
4. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:

El Funcionario de Hecho en los delitos cometidos por Funcionarios Públicos en el Derecho Penal Peruano.
6. Fecha de evaluación: 21/03/2025
7. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) ()
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 14%
9. Código Documento: 3117:439480552
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: 14/ 08 /2025

*Firma y/o Sello
Emisor Constancia*



Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
DNI: 46865487

COPYRIGHT © 2024 By
ANITA MABEL PERALTA PÉREZ
Todos los derechos reservados



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS
MENCIÓN: DERECHO

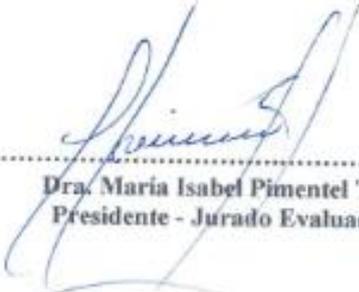
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 18:25 horas, del día 27 de diciembre del año dos mil veinticuatro, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, y en calidad de Asesor el **Dr. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **EL FUNCIONARIO DE HECHO EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO PENAL PERUANO**; presentada por la Maestro en Ciencias Mención: Derecho Civil y Comercial, **ANITA MABEL PERALTA PÉREZ**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de DIEZ OCHO (17) la mencionada Tesis; en tal virtud, la Maestro en Ciencias Mención: Derecho Civil y Comercial, **ANITA MABEL PERALTA PÉREZ**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las 7:25 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
Asesor


.....
Dra. Maria Isabel Pimentel Tello
Presidente - Jurado Evaluador


.....
Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador


.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A mi esposo Billy Joel Rojas Chero y a mi hijo Julián André Rojas Peralta.

AGRADECIMIENTO

A Dios por acompañarme todos los días de mi vida y a mi hermosa familia por ser mi mayor motivación.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	xiii
ABSTRACT	xv
INTRODUCCIÓN	xvi
CAPITULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1 EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	1
1.1.1. Contextualización o problemática.....	1
1.1.2. Descripción del problema	7
1.1.3. Formulación del problema	7
1.1.4. Justificación	7
1.1.5. Objetivos.....	8
1.1.6. Ámbito de investigación.....	10
1.1.7. Tipo de investigación	10
1.1.8. Enfoque	11
1.1.9. Hipótesis.....	11
1.1.10. Métodos de investigación	12
1.1.11. Técnicas e instrumentos de investigación	14
1.1.12. Unidades de análisis o unidades de observación.....	15
CAPÍTULO II	17
MARCO TEÓRICO.....	17
2.1. ENFOQUE IUSFILOSÓFICO.....	17
2.1.1. Principales tesis del positivismo incluyente	20
2.1.2. El Garantismo Penal.....	26
2.2. LÍMITES A LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO	29
2.2.1 Fundamento del <i>ius puniendi</i>	29
2.2.2 El Estado como titular del <i>ius puniendi</i>	29
2.2.3 Límites al ejercicio del <i>ius puniendi</i> estatal.....	30
2.3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	32
2.3.1. Manifestaciones del principio de legalidad.....	33
2.4. PRINCIPIO DE ANALOGÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	36
2.5. PRINCIPIO DE PROSCRIPCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD	41

2.6. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	45
2.7. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	49
2.7.1. Elementos del concepto de funcionario público	50
2.7.2. La incorporación heterónoma a la función.....	50
2.7.3. El funcionario de hecho en el Perú.....	55
2.7.4. El funcionario de hecho en el derecho penal.....	57
2.8. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL DERECHO PERUANO	62
2.8.1. Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	64
2.8.2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental	65
2.9. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	68
2.9.1. Inexistencia de motivación o motivación aparente	70
2.9.2. Falta de motivación interna del razonamiento	71
2.9.3. Deficiencias en la motivación externa justificación de las premisas	71
2.9.4. La motivación insuficiente.....	72
2.9.5. La motivación sustancialmente incongruente	72
2.9.6. Motivaciones cualificadas	73
2.10. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL DERECHO	73
2.10.1. Breve acercamiento de la seguridad jurídica a su formación en la doctrina jurídica	74
2.10.2. La certeza en el derecho, como manifestación del principio de seguridad jurídica	79
2.10.3. La seguridad jurídica como tarea estatal	84
CAPITULO III	86
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	86
3.1. CONTRAVENCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, ANALOGÍA, Y PROSCRIPCIÓN DE ARBITRARIEDAD, PREVISTOS EN EL PROGRAMA PENAL CONSTITUCIONAL.....	88
3.1.1. Principio de legalidad	88
3.1.2. Principio de analogía	99
3.1.3. Principio de proscripción de arbitrariedad	104
3.2. VULNERACIÓN A LA TUTELA JURISDICCIONAL SUSTANTIVA DEL INVESTIGADO, EN SU DIMENSIÓN DE RESOLUCIONES FUNDADAS EN DERECHO	114
3.2.1. Inexistencia de motivación o motivación aparente	117
3.2.2. Falta de motivación interna del razonamiento	120
3.2.3. Deficiencias en la motivación externa	121

3.2.4. La motivación insuficiente	122
3.2.5. La motivación sustancialmente incongruente	123
3.3. INSEGURIDAD JURÍDICA EN SU MANIFESTACIÓN DE IMPREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES	127
CAPITULO IV	136
PROPUESTA LEGISLATIVA	136
PROYECTO DE LEY QUE DELIMITA LA CONDICIÓN	136
JURÍDICA DE FUNCIONARIO DE HECHO EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS	136
4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	136
4.1.1. Funcionario Público	136
4.1.2. El funcionario de hecho en el derecho penal	137
4.1.3. Objeto de la propuesta	139
4.1.4. Finalidad de la postura	140
4.1.5. Análisis costo beneficio	140
4.1.6. Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional	141
4.1.7. Artículo 2.- Incorporación del concepto funcionario público de hecho	142
4.1.8. Cuadro resumen	142
CONCLUSIONES	144
RECOMENDACIONES	146
LISTA DE REFERENCIAS	147

LISTA DE TABLAS

Tabla 1.....	91
Tabla 2.....	92
Tabla 3.....	100
Tabla 4.....	100
Tabla 5.....	105
Tabla 6.....	107
Tabla 7.....	114
Tabla 8.....	125
Tabla 9.....	128
Tabla 10.....	129

LISTA DE ILUSTRACIONES

Figura 1 135

LISTA DE ABREVIACIONES

OEA: Organización de Estados Americanos.

CICC: Convención Interamericana contra la Corrupción.

CNUCC: Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.

C.P.E: Constitución Política del Estado.

TC : Tribunal Constitucional

C.P : Código Penal.

RESUMEN

La tesis titulada como: El funcionario de hecho en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano, se desplegó indagando respecto a cómo la jurisprudencia vigente viene desarrollando su concepto, no obstante la normatividad penal no haber tipificado su definición, remitiéndose a otras áreas del derecho para delimitar dicha conceptualización, situación que resultó de suma preocupación en tanto se advirtió diversidad de criterios en el ámbito más vulnerable del derecho como lo es el penal, en donde se pone en riesgo el derecho fundamental a la libertad de todo individuo y donde es más necesaria la legalidad estricta en la tipificación de conductas a efectos de su salvaguarda. Es en ese sentido que se planteó como objetivo general determinar los efectos jurídicos que acarrea justamente este otorgamiento jurisprudencial de sujeto activo al funcionario de hecho, habiéndose utilizado para ello los métodos: inductivo, analítico, sintético, comparativo, hermenéutico jurídico, dogmático y de argumentación, que conjuntamente con la ejecución de los objetivos específicos, los cuales tuvieron como finalidad: a) analizar la regulación otorgada al funcionario público en la legislación penal peruana, en los delitos cometidos por funcionarios públicos, b) interpretar la condición de sujeto activo otorgada al funcionario de hecho por la doctrina y jurisprudencia penal peruana, y su implicancia en los principios de legalidad, analogía y proscripción de arbitrariedad, c) determinar si las resoluciones emitidas por la jurisprudencia nacional respecto al funcionario de hecho, se encuentran fundadas en derecho, d) analizar el principio de seguridad jurídica, en su manifestación de predictibilidad en las resoluciones judiciales, con relación a los funcionarios de hecho; permitieron llegar a concluir que los efectos jurídicos relevantes de otorgar jurisdiccionalmente la condición de sujeto activo al funcionario

de hecho, en los delitos cometidos por funcionarios públicos son: a) Contravención a los principios de legalidad, analogía y proscripción de arbitrariedad, previstos en el programa penal constitucional; b) Vulneración a la tutela jurisdiccional sustantiva del investigado, en su dimensión de resoluciones fundadas en derecho; e c) Inseguridad jurídica en su manifestación de impredecibilidad en las resoluciones judiciales; lo que a su vez dio ocasión a la necesidad de proponer la normativa dirigida a regular la condición jurídica del funcionario de hecho, en los delitos cometidos por funcionarios públicos, con la finalidad de dar una alternativa de solución a la problemática vigente.

Palabras claves: funcionario público. Funcionario de hecho. Delitos cometidos por funcionarios públicos. Programa penal constitucional. Principio de legalidad, analogía y proscripción de arbitrariedad. Tutela jurisdiccional efectiva. y predictibilidad judicial.

ABSTRACT

The present work entitled: The official in fact in the crimes committed by public officials in the Peruvian criminal law. It was developed by inquiring about how the current criminal regulations have developed the concept of public official in crimes against public administration, noting that criminal regulations do not develop such a definition, and we have to refer to other areas of law to delimit such a conceptualization. Consequently, we set out as a general objective to determine the relevant negative legal implications of granting jurisdictionally the condition of active subject, to the public official in fact, in the crimes committed by public officials in Peruvian criminal law. For this, the inductive, analytical and synthetic, comparative, legal hermeneutic, dogmatic, and argumentation method was used. Concluding that the relevant negative legal implications of granting jurisdictionally the condition of active subject, to the public official in fact, in the crimes committed by public officials in Peruvian criminal law are: a) Violation of the principles of legality, analogy, intervention minimum and proscription of arbitrariness, provided for in the constitutional criminal program; b) Violation of the substantive jurisdictional protection of the person investigated, in its dimension of decisions based on law; and c) Legal uncertainty and unpredictability in tax provisions and judicial decisions.

Key words: *Public official. De facto public official. Offenses committed by public officials. Constitutional penal program. Principle of Legality, analogy and prohibition of arbitrariness. Effective Judicial Protection. Judicial discretion and predictability.*

INTRODUCCIÓN

La corrupción de funcionarios, sigue siendo uno de los problemas más críticos que afronta el estado constitucional peruano, afectando de forma directa la legitimidad de sus instituciones, específicamente la referida a la administración de justicia; es por eso que con el objetivo de sancionar su praxis, se suscribieron entre otros, la convención interamericana contra la corrupción y la convención de naciones unidas contra la corrupción, a efectos de fomentar buenas prácticas y sanciones para aquellos funcionarios que incurran en la comisión de diversos ilícitos.

Es así, que se ha tipificado en el Código Penal, a partir del título XVIII, los delitos cometidos contra la Administración Pública, y a partir del capítulo II, los delitos cometidos por funcionarios públicos, lugar donde se advierte de manera específica el catálogo de delitos que les son atribuibles en su condición de funcionarios públicos, cuya connotación se encuentra preestablecida en el artículo 425 del citado Código, donde expresamente se ha estipulado quienes califican como tales.

En ese sentido, la presente tesis se avocó a cuestionar la figura jurídica del funcionario de hecho, que se viene empleando a nivel jurisprudencial, sin encontrarse comprendida como tal en el señalado artículo 425 u otro del Código Penal, razón por la cual se exponen los efectos jurídicos de su ejercicio en el derecho penal peruano, analizándose en primer orden su contenido a nivel doctrinario y jurisprudencial, para luego proceder a su interpretación, lo que nos permitió establecer su relación e implicancia con los principios del programa penal constitucional: de legalidad, analogía, y, proscripción de arbitrariedad.

Por otro lado, también se determinaron los efectos jurídicos generados en la tutela jurisdiccional efectiva del investigado, en su dimensión de resoluciones fundadas en derecho, conjuntamente con el análisis final respecto al principio de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales, con relación a los funcionarios de hecho, exponiendo finalmente la propuesta normativa respectiva que regule su condición, en tanto a la fecha es inexistente, careciendo en ese sentido de revestimiento de legalidad.

La tesis a desarrollar, encuentra su utilidad teórica en el sentido que nos apoyaremos en la escuela del *iuspositivismo* incluyente, para exponer los fundamentos referentes a la estructura y razón de ser del modelo teórico penal funcional, para luego explicar las razones del porqué la figura bajo comentario, carece del mismo, alterando incluso la configuración de sus propios preceptos jurídicos, con el objetivo de lograr un sistema normativo coherente y sistematizado donde se ponderen criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

En el sentido práctico, advertimos su utilidad en el aspecto de favorecer la predictibilidad y motivación en las resoluciones judiciales en la materia, además de fortalecer investidos de legalidad, las herramientas de defensa y utilización de medios probatorios por parte de las entidades designadas para defender los intereses del Estado, lo que a su vez repercute directamente en la política criminal que se pretende estabilizar.

La tesis cuenta con los capítulos reglamentarios, en el primero se presenta los aspectos metodológicos vinculados a la formulación del problema, objetivos, hipótesis y métodos, en el capítulo siguiente una revisión doctrinal y jurisprudencial respecto al funcionario público, funcionario de hecho; tutela jurisdiccional efectiva del investigado, en su dimensión de resoluciones fundadas en derecho; seguridad

jurídica, en su manifestación de predictibilidad en las resoluciones judiciales, con relación a los funcionarios de hecho.

En el último capítulo se puso a prueba la hipótesis y se pudo determinar que los efectos jurídicos de otorgar jurisdiccionalmente la condición de sujeto activo, al funcionario de hecho, en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano son: a) Contravención a los principios de legalidad, analogía y proscripción de arbitrariedad, previstos en el programa penal constitucional, b) Vulneración a la tutela jurisdiccional sustantiva del investigado, en su dimensión de resoluciones fundadas en derecho; e c) Inseguridad jurídica en su manifestación de impredecibilidad en las resoluciones judiciales.

Resulta necesario precisar; que para lograr la demostración de la hipótesis, se ejecutaron cada uno de los objetivos trazados, los cuales consistieron en: a) analizar la regulación otorgada al funcionario público en la legislación penal peruana, en los delitos cometidos por funcionarios públicos, con el propósito de conocer el tratamiento jurídico vigente otorgado al sujeto activo de los delitos cometidos por funcionarios públicos, respecto a su definición, condiciones y características, a efectos de poder equipararlo a la figura del funcionario de hecho, y nos permita advertir su compatibilidad para su regulación como tal; b) interpretar la condición de sujeto activo otorgada al funcionario de hecho, por la doctrina y jurisprudencia penal peruana, y su implicancia en los principios de legalidad, analogía y proscripción de arbitrariedad, con el propósito de descifrar, bajo que argumentos se otorgó la condición de sujeto activo al funcionario de hecho, y los efectos generados respecto a los principios pertenecientes al programa penal constitucional señalados; c) determinar si las resoluciones emitidas por la jurisprudencia nacional respecto al funcionario de hecho, se encuentran fundadas

en derecho, a fin de verificar si la aplicación que viene realizándose jurisprudencialmente, se encuentra debidamente fundamentada bajo los parámetros establecidos por la ley; soportándonos para ello, en criterios de argumentación adoptados por el Tribunal Constitucional, a efectos de su análisis y verificación del cumplimiento de tales parámetros; d) analizar el principio de seguridad jurídica, en su manifestación de predictibilidad en las resoluciones judiciales, con relación a los funcionarios de hecho, con el propósito que luego de desarrollar el contenido, propiedades y elementos que caracterizan a dicho principio, se pueda determinar si el funcionario de hecho, conforme se viene empleando, se ajusta sus parámetros o por el contrario irrumpe con ellos. Para finalmente elaborar una propuesta normativa, que regule la condición jurídica de funcionario de hecho, como sujeto activo, en los delitos cometidos por funcionarios públicos y contrarrestar así, las contravenciones advertidas en cada una de las dimensiones de la hipótesis.

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización o problemática

La tesis desarrollada, se sitúa en el ámbito del derecho penal, específicamente en el capítulo referido a los delitos cometidos por funcionarios públicos, por encontrar relevancia cada vez mayor en el escenario relacionado a la corrupción en nuestro país; mismo que cada día es más desalentador, por haberse convertido en una praxis común en los procedimientos estatales de los últimos años.

Las redes de corrupción se encuentran en todos los estratos, hoy más visibles en las altas esferas como la administración de justicia y poderes políticos del Estado en general, sin dejar de lado la complicidad de los agentes del sector empresarial; evidenciándose que los esfuerzos que el Estado ha desplegado no han sido suficientes para fomentar una nueva clase política y empresarial que priorice los intereses generales por encima de los propios.

Es así que, dentro de los diversos esfuerzos estatales impulsados, tenemos a los instrumentos internacionales a los que nuestro país se adscribió, contando con dos principales en materia de lucha contra la corrupción; con la Organización de Estados Americanos (OEA), se tiene la Convención Interamericana contra la Corrupción, en adelante CICC; en el marco de las Naciones Unidas, se cuenta con la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, en adelante CNUCC.

La CICC, fue adoptada en 1996 y ratificada por el Perú, el 6 de abril de 1997 y la CNUCC, fue ratificada en nuestro país el 16 de noviembre de 2004. La CICC ha establecido en su artículo VII, que los estados partes adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter, que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno, los actos de corrupción descritos en los términos de la citada Convención.

Por su parte la CNUCC, en su artículo 30 prescribió, que cada estado parte adoptará las medidas idóneas para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre las prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos, para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser preciso de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la convención.

En ese entender y con atención al artículo 55 de la Constitución Política del Estado, donde se establece que los tratados celebrados por él y en vigor, forman parte del derecho nacional, es que se puso en marcha lo establecido en las convenciones precedentes, tanto a nivel preventivo, sancionador, administrativo y penal; siendo este último el de nuestro interés nos avocamos a identificar la normativa desarrollada, concentrándonos específicamente en el sujeto activo en el que recae la tipificación de los actos punibles cometidos por funcionarios públicos.

Es así, que en el dispositivo 425 del Código Penal, se tiene la concepción de funcionario o servidor público, siendo considerados como tal los que están comprendidos en la carrera administrativa, los que desempeñan cargos políticos

o de confianza, incluso si emanan de elección popular, entre otros allí establecidos y los demás indicados por la Constitución Política, la misma que desarrolla en su artículo 39 algunos de ellos, como el Presidente de la República, los representantes al Congreso, Ministros de Estado, entre otros; y la ley.

Es de notar a su vez; que dicho concepto no ha sido definido en su totalidad en el precepto aludido, ya que los fallos judiciales se remiten también a la jurisprudencia y tratados internacionales para complementarla; así nos retrotraemos a la citada CICC, quien lo define como lo "Oficial Gubernamental" o un "Servidor público", como 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 en nombre del Estado o al servicio de este, en todos sus niveles jerárquicos.

La CNUCC, lo establece en su dispositivo 2, como toda persona que ocupa 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, entre otros; evidenciándose concepciones bastantes amplias en lo que a funcionario público se refiere, que de por sí complican la tipificación del sujeto activo en el ámbito penal correspondiente a los delitos cometidos por funcionarios públicos; debiéndose tener en cuenta además que su aplicación obedece y queda sujeta a otros principios y parámetros rectores de dicha rama, la cual es sancionadora y fragmentaria.

Siendo así; lo lógico sería que las interpretaciones y fallos sean congruentes no sólo respecto a la connotación del sujeto activo, funcionario Público, sino al orden

constitucional-penal, en la que se debe basar su ejercicio; sin embargo, lejos de ello y sumado dificultades que ya presenta su definición amplia, se vienen adicionando conceptos carenes de tipicidad como es el funcionario de hecho, sobre el que versa el presente trabajo de investigación.

El funcionario de hecho, figura atípica y que como se ha establecido precedentemente, complica aún más la definición del funcionario público o peor aún la condición del sujeto activo en este tipo de delitos, es una figura importada del derecho administrativo, habiendo sido aplicada en el Expediente N.º 2758-2004-HC/TC, del veintitrés de noviembre de dos mil cuatro, donde se señaló: Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres, ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del SIN, en realidad ejercía de hecho, la Jefatura, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, habiéndolo condenado por el delito de peculado, en tanto dispuso indebidamente a favor de terceros, fondos destinados a gastos de operaciones de inteligencia y contrainteligencia.

De otro lado, la misma figura del funcionario de hecho, fue desarrollada de forma diversa por la Sala Penal Transitoria, en la casación N.º. 442-2017-ICA, donde a diferencia de la anterior, se detallaron los requisitos para considerar a un funcionario de hecho, como los siguientes: a) existencia legal del cargo: necesidad de que exista el cargo y exista de iure, b) posesión del cargo debe ser pacífica, pública, continuada y de buena fe. c). apariencia de legitimidad del título o nombramiento: existencia de un título, aunque irregular, aparentemente válido y que así lo considere el interesado; requisitos que se estimaron para absolver a Luis Alberto Gallegos Cáceres, como autor del delito de peculado doloso, arguyendo entre otros que no concurrió la posesión del cargo pues se

desempeñaba como auxiliar de requisitorias; y que no hubo apariencia de legitimidad del título o nombramiento, pues el acto de delegación, concebimiento o designación de la función ni siquiera existió.

En la jurisprudencia desarrollada, se evidencia que tratándose de un concepto aparentemente legítimo, legal y homogéneo, sus requisitos, análisis e interpretación, no son vinculantes para todos los casos, como el citado en primer orden- caso Montesinos, en el cuál más bien se tomaron en cuenta otros elementos como el que se haya actuado con motivo de su efectivo dominio del ámbito administrativo concernido, admitiendo a la vez que la figura de administrador de facto se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público.

No bastando con ello; para exhibir aún más la inestabilidad jurídica en la que nos situamos cuando nos referimos al funcionario de hecho, nos remitimos a lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 01-2010/CJ-116, el cual si bien no está dirigido específicamente a ellos, si repercute empeorando su situación al señalar en su fundamento quince: “Es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía”; lo que complicaría su aplicación práctica no solo en cuanto a un funcionario público, bajo los estándares típicos sino también a la cuestionada construcción de la figura de funcionario de hecho, sobre todo en la comisión de delitos especiales cometidos por funcionarios públicos, afectando con ello la tipicidad y el nivel probatorio, que obedecerían prácticamente a dichas obligaciones verbales muy difíciles de sostener, lo que nos lleva a deducir

preliminarmente una seria transgresión a los principios rectores básicos del derecho penal.

Pues bien, advertimos que, en la doctrina representada por Nakazaki (2019) el escenario no ha sido distinto, prima facie, pues hay dos supuestos: “a) el particular que sin nombramiento nulo ejerce funciones públicas, b) el particular que con nombramiento nulo ejerce funciones públicas, éste último causa división respecto a si se debe considerar como funcionario público a quien carece de título de habilitación” (p. 6).

Parte de la doctrina atribuye que el derecho penal, admite un concepto restringido del funcionario de hecho, el cual sumado al nombramiento nulo debe de contar con lo siguiente: a) existencia del cargo, b) posesión del cargo, c) posesión pacífica del cargo, d) posesión pública del cargo, e) apariencia de legitimidad ante el público, f) posesión de buena fe del cargo, g) finalidad lícita del ejercicio de la función”; elementos que dificultan aún más su comprensión y ejercicio.

Por lo que, advirtiéndose diversidad de criterios a nivel jurisprudencial y doctrinario, en lo que refiere a la aplicación y concepción del funcionario de hecho, se tiene como propósito determinar los efectos jurídicos de otorgarle la condición de sujeto activo, en los delitos cometidos por funcionarios públicos, al ser claramente atentatorio a la dogmática penal, estado constitucional de derecho y seguridad jurídica.

1.1.2. Descripción del problema

Se ha mostrado que efectivamente, existe incertidumbre jurídica respecto a la aplicación jurisprudencial del concepto de funcionario de hecho, en lo que refiere a su calificación como sujeto activo en los delitos cometidos por funcionarios públicos, en primer orden a nivel legislativo se evidencia una laguna normativa, no obstante, aun así se aplica, dando ocasión a una laguna de reconocimiento; así también se advierten interpretaciones dispares a nivel jurisprudencial, conforme se ha hecho ver oportunamente en la casuística, situación que se repite a nivel doctrinal donde se agregan aún más requisitos para su connotación; indicios considerables para suponer la importancia de conocer los efectos jurídicos de su ejercicio, los cuales evidenciarían vulneración de principios rectores del derecho penal, desnaturalización de su dogmática, predictibilidad y sistematicidad en las decisiones judiciales, además de la repercusión en la seguridad jurídica del Estado Constitucional de Derecho en el que nos desenvolvemos.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los efectos jurídicos de otorgar jurisdiccionalmente la condición de sujeto activo, al funcionario de hecho, en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano?

1.1.4. Justificación

La investigación tiene como finalidad estudiar cómo se viene aplicando la figura del funcionario de hecho en la jurisprudencia peruana, pese a no estar tipificada como tal; y la cual según se ha expuesto atentaría contra los principios rectores de dicha especialidad; y en razón a la trascendencia que importa la vulneración de aquellos, al encontrarnos en una rama de última *ratio*, la más invasiva por ser

privativa de libertad, es que se encuentra relevancia en conocer los efectos jurídicos de su ejercicio en aras de conseguir predictibilidad en las decisiones judiciales, basadas en derecho según su naturaleza; conllevando por lo tanto a la seguridad jurídica que todo estado de derecho debe garantizar a sus ciudadanos.

Desde el escenario procesal se encuentra útil el conocimiento de tales efectos jurídicos, en el sentido de favorecer las herramientas de defensa y utilización de medios probatorios por parte de las entidades designadas para defender los intereses del Estado, ante un eventual enjuiciamiento, lo que repercute directamente en la política criminal económica que pretende estabilizar.

Finalmente, en el aspecto dogmático jurídico sin duda será enriquecedor, ya que nos apoyaremos en la escuela del *iuspositivismo* incluyente, para exponer los fundamentos referentes a la estructura y razón de ser del modelo teórico penal funcional, para luego explicar las razones del porqué la figura bajo cuestionamiento carece del mismo alterando incluso la configuración de sus propios preceptos jurídicos, procurando además un modesto aporte al derecho penal, con miras a un sistema normativo coherente y sistematizado donde se ponderen criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

1.1.5. Objetivos

A. Objetivo general

Determinar los efectos jurídicos de otorgar jurisdiccionalmente la condición de sujeto activo, al funcionario de hecho, en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano.

B. Objetivos específicos

- a) Analizar la regulación otorgada al funcionario público en la legislación peruana, en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

El mismo, que nos permitirá conocer las características del sujeto activo, revestido de legalidad, pasible de la comisión de los delitos cometidos por funcionarios públicos, para posteriormente compararlo con el funcionario de hecho, a fin de determinar su diferencia.

- b) Interpretar la condición de sujeto activo otorgada al funcionario de hecho, por la doctrina y jurisprudencia penal peruana, y su implicancia en los principios de legalidad, analogía y proscripción de arbitrariedad.

Lo que nos permitirá desarrollar cómo es que define la doctrina, al funcionario de hecho, en cuanto a sus elementos y características, así como su aplicación por la práctica judicial, para el posterior análisis de congruencia con los principios del programa penal constitucional indicados, que evidencien su vulneración.

- c) Determinar si las resoluciones emitidas por la jurisprudencia nacional respecto al funcionario de hecho, se encuentran fundadas en derecho.

Con el propósito de establecer si las decisiones emitidas por la práctica judicial; cumplen con los parámetros de argumentación objetiva, que permita concluir que se encuentran conforme a derecho.

- d) Analizar el principio de seguridad jurídica, en su manifestación de predictibilidad en las resoluciones judiciales, con relación a los funcionarios de hecho.

A fin de desarrollar su contenido y características, que permitan determinar sus discrepancias con la figura del funcionario de hecho y exponer las

razones del porqué no cumplen con los elementos de predictibilidad.

- e) Elaborar propuesta normativa que regule la condición jurídica de funcionario de hecho, en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Con el propósito de establecer normativa revestida de validez jurídica, en concordancia con los principios correspondientes al programa penal constitucional.

1.1.6. Ámbito de investigación

A. Espacial

Abarca todo el territorio peruano, por cuanto la aplicación del concepto de funcionario de Hecho rige en el mismo sin excepción.

B. Temporal

La investigación comprenderá la interpretación y aplicación vigente de la figura del funcionario de hecho, como sujeto activo en la comisión de delitos cometidos por funcionarios públicos.

1.1.7. Tipo de investigación

A. De acuerdo al fin que se persigue

El tipo de investigación es básica, por cuanto se pretende reconstruir los lineamientos teórico-jurídicos del funcionario de hecho, a quien jurisdiccionalmente se viene otorgando la condición de sujeto activo en los delitos cometidos por funcionarios públicos, sin que dicha figura este contenida en la normativa penal; reconstrucción a realizarse una vez determinados los efectos jurídicos de su aplicación vigente.

B. De acuerdo al diseño de investigación

La tesis que se presenta, pretende lograr una tesis descriptiva, explicativa y propositiva; en tanto a partir del análisis de la jurisprudencia penal que

actualmente otorga la condición de sujeto activo al funcionario de hecho, se pretende exponer los efectos jurídicos de dicha connotación atípica, lo que conforme a la hipótesis planteada consistirían en la contravención a los principios del programa penal constitucional, vulneración a la tutela jurisdiccional sustantiva del investigado, ocasionando además inseguridad jurídica e impredecibilidad en las resoluciones judiciales, lo que sin duda excede a los límites de discrecionalidad judicial acorde a un estado constitucional de derecho. Propositiva, por el hecho que se plantearán los lineamientos teórico-jurídicos, a fin de construir la aplicación del funcionario de hecho, en la legislación penal.

1.1.8. Enfoque

La tesis es cualitativa, al describirse la interpretación que la jurisprudencia penal actual concede al funcionario de hecho al otorgarle la condición de sujeto activo, en los delitos cometidos por funcionarios públicos; y con ello advertir los efectos jurídicos, para posteriormente contrarrestarlos con el replanteamiento teórico-jurídico respecto a su aplicación.

1.1.9. Hipótesis

Los efectos jurídicos de otorgar jurisdiccionalmente la condición de sujeto activo, al funcionario de hecho, en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano son

- A. Contravención a los principios de legalidad, analogía y proscripción de arbitrariedad, previstos en el programa penal constitucional.
- B. Vulneración a la tutela jurisdiccional sustantiva del investigado, en su dimensión de resoluciones fundadas en derecho.

C. Inseguridad jurídica en su manifestación de impredecibilidad en las resoluciones judiciales.

1.1.10. Métodos de investigación

A. Genéricos

a) Método inductivo

El cuál, nos permitió abordar de manera específica, las decisiones jurisdiccionales que otorgaron al funcionario de hecho, la condición de sujeto activo en los delitos cometidos por funcionario públicos, para posteriormente equipararla con el ordenamiento jurídico dogmático penal, con la finalidad de lograr su restructuración teórica y legislativa.

b) Método analítico y sintético

El primero fue de utilidad a los efectos de erigir los elementos que según la jurisprudencia vigente conforman la figura del funcionario de hecho, facilitándose de esta manera su análisis teórico-jurídico, para posteriormente agrupar, organizar los conceptos y dogmas obtenidos, haciendo uso del método sintético, el cuál coadyuvó a establecer los efectos jurídicos de otorgarle la condición de sujeto activo, para concluir con la propuesta normativa que permitió su construcción jurídico normativa.

c) Método comparativo

Por el método comparativo conocimos el tratamiento jurídico otorgado al funcionario público en la normativa penal vigente, lo que nos permitió equipararla a la práctica jurisprudencial que se viene realizando en nuestro país respecto al funcionario de hecho.

d) Método hipotético deductivo

El cuál fue utilizado, debido a la postulación de la vulneración de derechos fundamentales y seguridad jurídica, bajo la teoría del ius positivismo incluyente, habiéndose anticipado respuesta a lo propio por medio de la hipótesis, la cual posteriormente fue sometida a la contrastación teórica correspondiente al tipo de investigación básica.

B. Propios del Derecho**a) Método hermenéutico jurídico**

Se usó a los efectos de interpretar los principios rectores del programa penal constitucional; así como la normativa y jurisprudencia constitucional, las cuales rigen y vinculan a todo el ordenamiento jurídico, permitiendo determinar su contenido y alcance, así como cuán aplicable es a la práctica del funcionario de hecho; mejorando a través de la modificatoria legislativa su contenido y validez en concordancia con el programa antes mencionado.

b) Método dogmático

Parte del supuesto de la norma jurídica, el cual en la tesis no existe, en atención a que como se ha comentado, el funcionario de hecho no es una figura típica si no una práctica jurisdiccional; se utilizó para interpretar, analizar y extraer los dogmas jurídicos en los que aparentemente se fundamenta su praxis, lo cual contribuyó a comprender los efectos jurídicos de su uso, así también respecto a los principios del programa constitucional.

c) Método de argumentación

Sin duda dicho método fue uno de los más usados en la tesis de investigación, debido a que permitió organizar y estructurar la exposición de motivos respecto a los efectos jurídicos de otorgar al funcionario de hecho,

la condición de sujeto activo en los delitos cometidos por funcionarios públicos y fundamentar la construcción teórico-normativa que se propuso al respecto.

1.1.11. Técnicas e instrumentos de investigación

A. Análisis documental y de contenido

Es mecanismo inicial por el que se descubrieron los fundamentos centrales que concibe la jurisprudencia, para otorgar la condición de sujeto activo al funcionario de hecho, a fin de abstraerlas interpretarlas y sintetizarlas.

B. Recopilación Documental

Fundamental para el tipo de investigación que se ha ejecutado, ya que se utilizaron fuentes escritas y/o virtuales, consistentes en libros, revistas jurídicas, tesis, respecto al funcionario de hecho como sujeto activo en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Para la presente técnica se tuvo como instrumentos: a) fichas de referencia, en las que se anotaron los datos generales de los libros, revistas, tesis y ensayos encontrados, b) fichas bibliográficas, las que nos permitieron recoger información de los textos, siguiendo el formato de cita establecida por la escuela de posgrado, para la lista de referencias, entre otros.

C. Discurso

La técnica en mención, alude al discurso argumentativo, orientado a la persuasión respecto a los efectos jurídicos postulados en la hipótesis como consecuencia de la aplicación del funcionario de hecho, habiendo partido para tal finalidad, de inferencias racionales que dieron ocasión a premisas y posteriormente síntesis conclusivas, mostradas en la investigación.

1.1.12. Unidades de análisis o unidades de observación

Dada la naturaleza cualitativa de la tesis desarrollada, se prescindieron de los criterios de universo y muestra, pero sí se realizó una referencia de las unidades de análisis consistente en la jurisprudencia penal, donde se aplica el funcionario de hecho, como sujeto activo en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

1.1.13. Estado de la cuestión

Respecto al tema materia de investigación, luego de la búsqueda realizada en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) se han encontrado los siguientes antecedentes:

Uno de ellos es la investigación suscrita por Bermúdez Condori Lino, realizada en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, titulada: Análisis sistemático de la dogmática penal del funcionario de hecho, frente al usurpador de funciones y su aplicación legal en el código penal peruano. Así mismo; se encontró la investigación realizada por Rodríguez Olave Giovanna Yahaira, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulada: El concepto de funcionario público en el derecho penal y la problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública. En la primera de ellas se advierte la finalidad de diferenciar al funcionario de hecho con el usurpador de funciones, donde se ha concluido que dichas instituciones jurídicas son antagónicas, puntualizando que existen fundamentos jurídicos a nivel doctrinario que justifican al funcionario de hecho, para finalmente señalar deficiencia en la administración de justicia, respecto a la correcta interpretación del artículo 361 del CP.

Por su parte, el segundo trabajo de investigación hace más énfasis en analizar a los protagonistas de los delitos contra la administración pública, es decir al funcionario público, evidenciando el cúmulo de problemas que ha traído su aplicación para el derecho penal.

Si bien es cierto ambas investigaciones están relacionadas al interés de la tesis de investigación que se postula, lo que se ha desarrollado a diferencia de las citadas, es su análisis a partir del enfoque *iusfilosófico* del positivismo incluyente, además de abrir paso al rol del Estado, como provisor de seguridad jurídica, el mismo que tiene sus límites en el ejercicio de arbitrariedad, habiéndose abarcado el derecho a la tutela jurisdiccional del investigado sumados a la dogmática, principios del derecho penal y análisis de sentencias, todo lo cual permitieron abarcar el tema de forma completa.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ENFOQUE IUSFILOSÓFICO

El ejercicio que viene realizando la jurisprudencia respecto a otorgar la condición de sujeto activo al funcionario de hecho, en los ilícitos cometidos por funcionarios públicos, es inviable jurídicamente, encontrando el fundamento filosófico en la escuela del positivismo incluyente, la cual vemos útil en tanto rescata el contenido de la norma, en este caso la expresada en los preceptos literales del Código Penal, que albergan sus principios rectores, principalmente el de legalidad.

Tal principio se encuentra asociado a los mandatos de determinación, el cuál exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada a las distintas conductas punibles y las penas que puedan acarrear, pretendiéndose con dicho mandato evitar la burla en la garantía del principio citado. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la exigencia de determinación no puede entenderse como una precisión absoluta en la formulación de conceptos legales, de modo que, si bien se permite cierto margen de indeterminación, también es correcto que un cierto grado de indeterminación será inadmisibles cuando no se pueda conocer a quién va dirigida la norma.

Lograr previsibilidad mínima en cuanto a la calificación de un funcionario de hecho es imposible, al ser una construcción realizada por la jurisprudencia aún no vinculante; no obstante, el Tribunal Constitucional haber establecido ya un canon de tipicidad que exige que la norma penal deba mantenerse dentro de la previsibilidad semántica, sistemática y axiológica, que permita evaluar razonabilidad en la interpretación de los enunciados legales; inexistentes en la

figura señalada.

Así mismo; preponderar el principio de legalidad, casi secuencialmente incide en la seguridad jurídica, respecto de la cual el flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, hace materialmente imposible su discernimiento e interpretación, abriendo las puertas a la incertidumbre e impredecibilidad en las decisiones jurisdiccionales, resultando necesario revisar y complementar nuestras bases dogmáticas clásicas, donde la limitación al cumplimiento de la descripción legislativa otorga simplicidad, reducción de arbitrariedad y racionalidad en la aplicación del derecho, sin excluir claro está los desafíos propuestos por el nuevo paradigma constitucional.

Es en ese sentido, se ha considerado la escuela del positivismo incluyente, la cual sin dejar de lado la legalidad que se viene desarrollado se vincula con los principios o derechos constitucionalmente reconocidos como el establecido en el dispositivo 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, texto recogido de lo dispuesto por el artículo 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos, consolidándose como directriz fundamental en la calificación de supuestos de índole penal.

Por su parte, el artículo 44 de la Constitución Política del Perú, vincula al estado a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, es decir lo dispuesto justamente en el artículo 2 bajo comentario, estando obligado a realizar la actuación de su poder con las limitaciones y responsabilidades que la constitución y las leyes establecen, según así lo estipula el artículo 45 del

mismo cuerpo legal; con lo que se evidencia una ponderación a la persona humana como sujeto de derechos y no como instrumento para la consecución de sanciones por detrimento a los intereses estatales, encontrando en estos dispositivos estrecha relación entre la tan negada fusión entre el positivismo excluyente la moral y el derecho.

Dentro de este modelo constitucional, que asiente la corriente *iusfilosófica* del positivismo incluyente, encontramos la garantía jurisdiccional de la constitución que importa su fuerza normativa vinculante a sus destinatarios y claro está a los operadores de justicia; así como la preponderancia de los principios, respecto a las reglas.

Cabe detenernos en hacer la observación que, el otorgar la condición de sujeto activo al funcionario público de hecho, no responde a la aplicación de una regla, es decir artículo expreso del Código Penal, sino a la mera interpretación de un sector de la doctrina judicial que, a fin de contrarrestar la impunidad, ha importado dicha figura del derecho administrativo sin sustento típico, aplicada en abierta contravención al principio de proscripción de arbitrariedad.

En ese entender, lejos de encontrarnos en un aparente concurso o colisión de reglas o principios, nos situamos más bien en el exceso de poder expresado por el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, sobrepasando lo que el Tribunal Constitucional entiende como los linderos básicos de la prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta, transgrediendo de esta forma los principios que se vienen desarrollando; al ejercer discrecionalmente la imputación citada sin gozar de elementos estrictos respaldados por la Constitución y la ley.

Urge demandar del Estado las garantías positivas, correlativas a los derechos fundamentales a la libertad y tutela jurisdiccional inherentes a toda persona, quedando por aquellas obligado a prestarlas impidiendo la exposición de todo investigado a imputaciones jurídicas arbitrarias, las cuales se vienen cuestionado, debiendo adoptarse respuestas a partir de políticas criminales que hagan frente a conductas consideradas reprochables, pero posicionando en primer orden la plena realización de la persona humana, según así lo predica el artículo primero de la Constitución Política del Estado.

En esa misma línea, dichos mecanismos de control deben estar ajustados a condiciones legales mínimas que respeten las garantías constitucionales; y a su vez prevengan el delito manteniendo el control de la criminalidad, bajo la protección de los derechos fundamentales; claro está que las políticas dirigidas a atemorizar para impedir la comisión de delitos, no han constituido la solución más acertada en la reducción del crimen, que es lo que se pretende con la aplicación de la figura bajo comentario, donde encontramos flexibilización en la rama penal cuya característica es fragmentaria o de ultima ratio, por la incidencia directa en derechos respeto a la dignidad humana y las garantías establecidas en los convenios internacionales.

En continuidad con la línea del positivismo incluyente que se ha elegido para el trabajo de investigación, se exponen en el subtítulo inmediato, las principales tesis que lo representan.

2.1.1. Principales tesis del positivismo incluyente

Etcheverry (2006), presenta de forma muy resumida, las principales tesis sobre el positivismo, las cuales se exponen a continuación:

A. Tesis central

Se presenta a sí misma como una concepción del positivismo jurídico diferente del positivismo tradicional, admitiendo que la atribución de validez jurídica a las normas, la determinación de su contenido y su concreta influencia sobre la decisión judicial de los casos concretos pueden depender de factores morales.

A partir de este punto de vista, los principios y valores morales figuran entre los posibles fundamentos que un sistema jurídico acepta para determinar la existencia y contenido de las normas jurídicas, siendo así se admite la posibilidad de que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico contenga explícitamente criterios morales sustantivos de los que dependa la validez de la legislación y, en general, de las normas jurídicas, no solo desde su promulgación si no por la forma en que ésta ha tenido lugar.

Una primera variante sostiene que la regla de reconocimiento puede incorporar estándares morales sólo como condición necesaria de validez jurídica.

Desde esta posición se entiende, que para que una norma debidamente promulgada sea jurídicamente válida su contenido debe ser consistente con el grupo de normas morales incorporadas, es decir, la moral funciona como un límite al derecho promulgado.

La segunda variante conforme Coleman (1983), postula que “los estándares morales incorporados a la regla de reconocimiento pueden operar también como una condición suficiente de validez jurídica”, es decir para que una norma sea jurídicamente válida basta con que reproduzca el contenido del principio moral incorporado. Esto significa que normas no promulgadas

pueden ser jurídicamente válidas en virtud de su contenido moral.

Una tercera variante postula que los principios morales pueden ser una condición necesaria, y sólo subsidiariamente, para los casos difíciles, una condición suficiente de validez jurídica.

A su vez, se considera que la tesis de positivismo incluyente, constituye un refinamiento de las tesis que Hart (1961) consideró como centrales del positivismo jurídico, a fin de dar cabida en ellas a elementos proporcionados por el neoconstitucionalismo.

Haciendo un paréntesis, recordamos que la tesis Hartiana del positivismo consistía en: a) la tesis de la separación: la validez de una norma no implica necesariamente su validez moral y viceversa. Una norma no es jurídicamente válida por el mero hecho de ser moralmente aceptable, y del hecho de que una norma sea inmoral no se sigue que ella no sea jurídicamente vinculante; b) la tesis de las fuentes sociales: la existencia y el contenido del derecho de una sociedad dependen de un conjunto de factores sociales. Identificar normas jurídicas implica conocer ciertos hechos sociales que dan lugar a la creación de Derecho; c) la tesis de la discrecionalidad: las normas jurídicas válidas no regulan en forma clara cada comportamiento. Cuando la ley es indeterminada, los jueces tienen discrecionalidad. Que, el referido refinamiento que propicia el positivismo incluyente.

B. La tesis de la separabilidad

Denomina a la tesis de la separación entre el derecho y la moral como conceptual, afirmando que son conceptualmente distinguibles, aunque no necesariamente inconexos, es decir, afirma que no existe ningún tipo de vinculación necesaria, por más que puedan existir vinculaciones

contingentes. A partir de esta afirmación, Coleman (1983) llega a sostener que el positivismo jurídico es correcto sólo con que podamos imaginarnos un sistema jurídico que no tenga un principio moral como condición de validez jurídica. De hecho, para este autor, dicha tesis resulta conceptualmente inatacable y descriptivamente exacta, aunque, por ser meramente negativa, no logra caracterizar al positivismo jurídico.

C. La tesis social

Postura débil que afirma que la existencia y el contenido del derecho dependen de un grupo de hechos sociales, debido a que en esencia una creación o un artefacto humano, una construcción social o un producto de la actividad del hombre, en última instancia depende de hechos y no de valores.

Así, la moral es relevante para determinar la validez jurídica sólo si tiene una conexión institucional adecuada. Por todo esto, Waluchow (1996), lo que distingue a la tesis social débil es que sólo considera necesario que la regla de reconocimiento dependa de hechos sociales; permitiendo que estos hechos incorporen criterios morales de los que dependerá la validez jurídica de las reglas primarias.

D. La tesis de la discrecionalidad

Postula, que no siempre que el derecho remite a la moral los jueces poseen discrecionalidad. Ellos poseerán discrecionalidad sólo cuando las normas que han de aplicar resulten incapaces de determinar una única respuesta correcta.

Es decir, conforme a Waluchow (1996), si bien puede ser requerido el ejercicio de la discrecionalidad cuando se aplican test morales, esto no necesariamente tiene que ser así. Por eso, no siempre que los jueces

apliquen contenidos morales será necesaria la creación de nuevo Derecho. Los principales exponentes del positivismo incluyente, son conscientes de que su tesis, parece tener un carácter defensivo o negativo, por ello además proponen una tesis positiva:

E. La tesis de la convencionalidad

Enfatiza el carácter convencional de las normas jurídicas, estableciendo que el valor moral, sea condición de su validez; afirmando Coleman (1983), que la correcta atención a la convencionalidad del derecho, permite explicar la juridicidad de las normas, cuya validez depende de estándares morales.

Sin embargo, no se logra ensombrecer las dificultades que supone para la tesis de la convencionalidad incluyente, lo controvertido que resulta el derecho, cuando se incorpora estándares morales, intentando superar los inconvenientes con los argumentos siguientes: a) debido a que estas reglas pretenden guiar el comportamiento de los funcionarios, su contenido no puede estar determinado por el alcance de su comportamiento, de otro modo, el contenido de estas reglas sólo podría establecerse después de su aplicación y, no servirían para guiar sus conductas.

Afirmándose por eso, que, si bien la conducta es una condición de existencia de una regla de reconocimiento convencional, el contenido de la regla no está determinado por su comportamiento; b) Las prácticas convencionales, deben admitir la posibilidad de desacuerdo, el cuál puede tomar dos formas, uno sobre cómo aplicar la norma, y el otro sobre su contenido, esto permite advertir que pueden existir desacuerdos en cómo aplicar una norma, lo que no importa que se esté en desacuerdo sobre su contenido; 25 y c) para explicar la naturaleza y el alcance del acuerdo necesario para que pueda

defenderse la convencionalidad de una regla sobre la cual puede haber desacuerdos, se apela a la noción de actividad cooperativa compartida, la que significa compartir una intención o actitud que converja en un objetivo común, por más que las razones para hacerlo sean diferentes.

A juicio de Coleman (1983). La tesis de convencionalidad no sólo permite, explicar la juridicidad de las normas, sino también hacer inteligible la pretensión del derecho de resultar obligatorio. En este sentido, se desarrolla la tesis según la cual la obligatoriedad de la regla de reconocimiento puede ser explicada si se la entiende como una actividad cooperativa compartida.

F. La tesis de la mayor capacidad descriptiva-explicativa

Tesis del positivismo incluyente, que afirma su capacidad para explicar o describir mejor el funcionamiento de los modernos sistemas constitucionales que poseen cartas de derechos fundamentales, Waluchow (2000). Reprochando a la tesis del positivismo jurídico excluyente que afirma que cada vez que el derecho hace referencia de hecho a la moral el juez posee discrecionalidad o apela a estándares extrajurídicos, porque se considera que no refleja el funcionamiento real de los sistemas constitucionales. Una explicación de este tipo supone reconocer una indeterminación casi total del derecho actual, porque los modernos sistemas constitucionales remiten en ocasiones, directa o indirectamente a la moral.

Siendo así, se presenta esta diferencia entre el positivismo excluyente y el incluyente como una diferencia en la interpretación de la tesis de la discrecionalidad judicial. Así, la tesis incluyente de la discrecionalidad busca diferenciarse de la excluyente al afirmar que no siempre que el derecho apela a la moral los jueces poseen discrecionalidad, aunque ello no equivale a

desterrar por completo la discrecionalidad judicial.

Por otro lado; recordamos lo señalado por García (2015), quien señala que la teoría jurídica, proporciona una exégesis unitaria, sistemática y valorativamente neutra del lenguaje normativo, con las que no cuentan los sistemas de netas creencias morales, al carecer de las herramientas para tal finalidad.

Así mismo; agrega que mediante la sistemática jurídica de la cual carecen los términos morales, se logra explicar la significancia de aquellos; no obstante, ello, se puede realizar unitariamente por la ciencia jurídica.

Waluchow (1996), agrega además que el positivismo incluyente, es una de las teorías más sensibles a las complejidades que presenta el derecho constitucional actual, proporcionando incluso explicaciones más idóneas sobre la existencia y validez del derecho.

En suma, para el positivismo incluyente la existencia, esto es la condición de la validez jurídica, dependería de valoraciones y principios morales tutelados por cada orden constitucional.

2.1.2. El Garantismo Penal

El derecho penal, a partir del paradigma garantista tiende a restringir la amenaza de los derechos del individuo, especialmente el referido a la libertad, circunscribiéndose al respeto de los principios que fundamentan el sistema penal, que a su vez constituyen límites al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Ferrajoli (1995), refiere al modelo garantista del derecho penal como primordial fundamento a los principios axiológicos fundamentales, estableciendo además el sistema de estricta legalidad, del cual derivan diez axiomas o principios axiológicos fundamentales que son: “a) *nulla poena sine crimine*, b) *nullum*

crimen sine lege, c) nulla lex (poenalis) sine necessitate, d) Nulla necessitas sine iniuria, e) Nulla iniuria sine actione, f) Nulla actio sine culpa, g) nulla culpa sine iudicio, h) Nullum iudicium sine accusatione, i) Nulla accusatio sine probatione, j) Nulla Probatione sine defensione” (p. 45).

De otro lado, el mismo autor, denominó a estos principios:

a) Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; b) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; c) principio de necesidad o de economía del derecho penal; d) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; e) principio de la materialidad o de la exterioridad de la acción; f) principio de la culpabilidad o de la responsabilidad personal; g) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; h) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; i) principio de la carga de la prueba o de verificación; j) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación. Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen – con cierto forzamiento lingüístico – el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamental del derecho penal (p. 93).

En ese sentido; se entiende que el principio de estricta legalidad importa además una determinación abstracta de lo que es punible, resultando fundamental para la corriente *iusfilosófica* del positivismo jurídico clásico, el cuál parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano; no obstante en puridad no es la corriente a utilizar en el trabajo de investigación (positivismo incluyente), sino más bien sobre las bases del garantismo penal incorporar normativa, a partir de la interpretación de los principios del programa penal constitucional, que permita

racionalizar y minimizar la violencia de la intervención punitiva.

En esa línea, se toma en cuenta lo indicado por Luigi Ferrajoli (1989), respecto al garantismo, el cual no es solo un modelo de derecho caracterizado por la presencia de garantías dirigidas a asegurar el máximo grado de efectividad del catálogo de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, si no, antes bien, una filosofía política sobre los fines y fundamentos que justifican el derecho y, a la vez, una teoría jurídica de las garantías de aquellos principios de justicia que están formulados en las constituciones de los ordenamientos democráticos.

Configurándose, como teoría proyectiva, destinada a colmar o a integrar las eventuales lagunas de las garantías requeridas por los derechos constitucionalmente establecidos; y también como teoría crítica, destinada a identificar los perfiles de invalidez y de incoherencia de la legislación vigente y de la práctica judicial, respecto del modelo constitucional.

El resultado del garantismo es un derecho penal máximo, respecto a todos sus clásicos principios, es decir: el principio de taxatividad o de determinación, y con él la certeza de la ley penal; la sujeción del juez a la ley y la primacía de la legislación por sobre la jurisdicción; la obligatoriedad de la acción penal y la centralidad del debate; la cognoscibilidad de las leyes por parte de los ciudadanos, su rol garantista y su eficacia disuasoria.

Conforme el citado autor, la primera forma de minimización y racionalización del derecho penal consiste en una reforma estructural: en la refundación y en el reforzamiento de la legalidad penal, a través de la transformación de la simple reserva de ley en una reserva de código. Se trataría de un reforzamiento del principio de legalidad, hoy indispensable si se quiere superar la crisis simultánea

de eficiencia, de garantías y de legitimación del derecho penal. Esta reserva de Código serviría para refundar la legalidad penal, ella equivale, en efecto, a una garantía no solamente contra el carácter arbitrario y heterogéneo de la jurisdicción, si no que se convertiría en un texto exhaustivo y, a la vez, exclusivo de la entera materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador debería hacerse cargo.

También, así se acrecentaría su capacidad reguladora, frente a los ciudadanos, pero también frente a los jueces. De esto resultaría un incremento de la certeza y de la credibilidad del derecho penal, así como una reducción de su área de intervención, conforme a su rol de instrumento extremo de defensa de bienes y derechos fundamentales que no son protegibles de otra manera.

2.2. LÍMITES A LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO

2.2.1 Fundamento del *ius puniendi*

El fundamento es una manera imprescindible y justa de proteger bienes jurídicos, y también de permitir la orientación social mediante el mantenimiento de la expectativa normativa vulnerada por la realización de un hecho delictivo. La expresión *ius puniendi* perpetúa la actuación del Estado frente a los ciudadanos, con la facultad de sancionar, imponer penas y proteger bienes jurídicos. Por ello, si bien puede ocurrir que otros organismos o instituciones, o en otras situaciones, estén legitimados para castigar o sancionar (empleador y empleado, o padre e hijo), el *ius puniendi* ya no se inmiscuye.

2.2.2 El Estado como titular del *ius puniendi*

La facultad de que el Estado pueda imponer penas dentro de su territorio a sus ciudadanos, se fundamenta en que los intereses afectados por el delito son de carácter público, del mismo modo para que esta facultad exista es necesario que

un tercero ajeno al conflicto sea quien decida cómo resolverlo. En el Estado actual, que es normalmente democrático y de derecho el *ius puniendi* será la potestad o poder atribuido a determinados órganos del Estado para imponer penas, sanciones y medidas de seguridad a quienes después de un proceso, también contemplado en la ley, los establezca como responsables de los delitos y estados peligrosos.

2.2.3 Límites al ejercicio del *ius puniendi* estatal

Terreros (2003) La potestad que tiene el Estado para imponer sanciones no debe ser arbitraria ni abusiva, debiendo limitarse por principios o garantías. Existiendo diversos matices en el ejercicio del poder penal tales como: función penal legislativa, judicial y ejecutiva. A tal función punitiva del Estado se le pretende identificar como *ius puniendi*, pero la denominación es incorrecta, esta función no puede concebirse como un derecho, debido a que tal denominación no alcanzaría a comprender a la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma

Del mismo modo se agrega que el *ius puniendi* no tiene existencia hasta el dictado de la norma donde se origina el derecho penal objetivo, a partir del cual existe la posibilidad de castigar o prevenir, lo que reviste de potestad no mediatizada por la forma jurídica.

Así planteadas las cosas, el Estado según Mantilla (1999) “ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su derecho de castigar lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen” (p.50). Ahora dichos límites se enuncian en forma de principios que se componen de bases constitucionales.

Por otro lado, Muñoz (1984) indica que “el problema de los principios legitimantes del poder sancionador del estado es tanto constitucional como jurídico-penal. En

este sentido, su legitimación proviene de la constitución y los tratados internacionales (p.94).

Aún, así, postula el mismo autor todos son igualmente importantes en la configuración de un derecho penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del estado social y democrático de derecho, y por tanto de todo su ordenamiento jurídico.

Conforme a Rodríguez (1999) estos límites se encuentran relacionados con el principio de prohibición de analogía de las normas penales, se les denomina límites materiales; pero cuando actúan durante la aplicación de las normas penales, reciben la denominación de límites formales o garantías procesales, de persecución o ejecución.

En ese sentido resulta propicio desarrollar en el contenido del marco teórico que se expone, los límites materiales expresados en alguno de los principios rectores del derecho penal, que la tesis encuentra vulnerados, tales como el de legalidad, analogía y proscripción de arbitrariedad.

Principios, que han de ser concordados con lo que significó el paso de un Estado liberal, a un Estado social de derecho, siendo que conforme Lancheros (2009) en el primero se mantuvo dentro de sus bases fundamentales un estado legislativo, donde ley y derecho eran sinónimos.

Realidad que se convirtió en punto de agenda principal del gobierno, quien ya no podía seguir desempeñando mera labor de legalidad, sino que debía desempeñar un papel activo en la solución de conflictos, con necesaria intervención cuando así lo ameritaba, surgiendo de esta forma el Estado social de Derecho.

La aparición de la cuestión social, es decir, las transformaciones culturales y demográficas, son consecuencia del proceso de industrialización que condujeron a protestas y movilizaciones por parte de los trabajadores, poniendo a prueba el orden de legalidad existente.

La legitimidad que caracterizaba a la ley, avocada más en su origen democrático que en su contenido, condujo a estos movimientos a lograr la reivindicación de sus derechos, teniendo como consecuencia, mayor importancia a la distinción entre ley y derecho; y la aparición de escuelas de interpretación que tuvieran como objetivo privilegiar la justicia material sobre la formal.

Por lo que; en este rol activo del Estado, que recibe a su vez estímulo importante del estado constitucional, es que se cree importante el desarrollo de los principios rectores del derecho penal en concordancia con las atribuciones que involucran a todo estado social de derecho, que prepondera la validez material sobre la formal, claro está, dentro de los alcances de la teoría del *ius positivismo* incluyente.

2.3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad se encuentra reconocido por el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política del Estado, así como también en el artículo ii del título preliminar del Código Penal, estableciéndose que para que una conducta sea calificada como delito deber ser escrita como tal con anterioridad, debiéndose encontrarse la sanción impuesta expresa y específica de manera previa por la ley.

El principio de legalidad cumple la finalidad de ser un mecanismo de control para hacer frente a los abusos del estado, permitiéndole conocer al ciudadano sus potestades y límites, y por ende el conocimiento respecto a las conductas que

puede realizar o no, así como con qué penas puede ser sancionado al cometer un delito.

2.3.1. Manifestaciones del principio de legalidad

La jurisprudencia penal, expresada en la Casación N.º 92-2017 Arequipa, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, desarrolla cuatro formas de manifestación del principio de legalidad.

A. La reserva de la ley (*lex scripta*)

La mencionada reserva de ley señala que únicamente existen delitos con sus respectivas penas si están escritos, expresos y son claros en la ley.

B. Taxatividad de la ley (*lex certa*)

Impone al derecho penal y a sus operadores jurídicos conocer y entender los bienes jurídicos protegidos, su clasificación, presupuestos y criterios que configuran el delito; además, constituye un mecanismo socializador que permite al ciudadano saber qué conductas debe evitar realizar y las consecuencias que tendría en el ámbito jurídico su realización.

C. Prohibición de retroactividad (*lex praevia*)

Establecida en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política, refiere que la determinación de la conducta delictiva y de la pena respectiva debe ser previa a la realización de la conducta. Como consecuencia, las leyes penales no pueden aplicarse retroactivamente para castigar como delito una conducta anterior a la entrada en vigencia de la ley penal o para imponer una pena no prevista en dicha ley con anterioridad a la realización del delito.

D. Prohibición de analogía (*lex stricta*)

Contemplado en el artículo 139 inciso 9 de nuestra Constitución y el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, el principio de legalidad no solo tiene

relevancia en el ámbito legislativo, sino que alcanza también a la actividad interpretativa de los jueces para otorgar una pena a alguien que haya realizado un delito, impidiendo recurrir a la analogía para sancionar una conducta.

E. Principio de mera legalidad del principio de estricta legalidad

El primero se limitaría a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito, el segundo exigiría todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal. De ahí se sigue que el principio de mera legalidad sería la condición de la vigencia o existencia de las normas, cuales quiera sean sus contenidos, y el de estricta legalidad o taxatividad de los contenidos sería condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes.

En otro sentido tenemos que la mera legalidad es una norma dirigida a los jueces y la estricta legalidad se encuentra dirigida al legislador al tener la característica de una norma meta-legal, que permite una calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la decibilidad de la verdad de su enunciación.

En el primer sentido, el principio de legalidad se relaciona con la reserva de ley en su sentido formal, que se limita a prescribir la sujeción del juez a las leyes; el segundo se identifica con la reserva absoluta de ley, en su sentido material, y prescribe que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso.

En cuanto se satisfaga este segundo sentido, la motivación de una sentencia puede tener carácter declarativo y ser susceptible de control empírico como verdadera o falsa y cómo válida o inválida. Agrega Ferrajoli (1998) que el presupuesto necesario de la verificabilidad y de la refutabilidad jurídica es que las definiciones legales establecidas sean lo suficientemente precisas como para

permitir, la denotación jurídica de hechos empíricos exactamente determinados. De esta forma, caracteriza al principio como una regla semántica de formación de la lengua legal que prescribe al legislador penal: a.) que los términos usados por la ley sean dotados de extensión determinada, para que sea factible su uso como predicados verdaderos de los hechos empíricos por ellos denotados; b.) que con dicho fin sea connotada su intensión con palabras más claras y precisas en lo posible; y c.) que sean excluidas las antinomias semánticas o, al menos, predisuestas normas para su solución.

Simaz (2022) agrega que en los sistemas penales evolucionados estas características esenciales pueden ser identificadas con lo que los penalistas llaman elementos constitutivos del delito. Cualesquiera que sean dichos elementos, existe un nexo metalógico entre la precisión de su connotación legal y la determinabilidad de su campo de denotación; entre legalidad y verificabilidad; entre convencionalismo y empirismo penal y entre rigor semántico del lenguaje legal y cognoscitividad judicial.

El mencionado autor añade que mientras el principio de mera legalidad es un principio general de derecho público, el de estricta legalidad es una garantía que se refiere sólo al derecho penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos.

Así mismo, resulta importante señalar el principio de estricta legalidad se vincula con la prohibición de analogía, resultando obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico, de ello deriva el deber de interpretación restrictiva y la prohibición de interpretación extensiva de las leyes penales.

De lo estipulado hasta este punto se puede afirmar que, aunque la ley se exprese en palabras y éstas no sean totalmente precisas, no por ello debe renunciarse al

principio de legalidad, no obstante, resulta necesario exigir de los legisladores que se agoten los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible.

Si los términos legales no se establecen de esa forma, cuando se instituye una escala penal de amplitud inusitada o se permiten conceptos vagos o valorativos, se tienen dos opciones: declarar la inconstitucionalidad de la ley o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa.

2.4. PRINCIPIO DE ANALOGÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

PERUANO

En lo que a materia penal se refiere la prohibición de la aplicación de la analogía *in malam partem* se encuentra regulada en la Constitución Política del Perú de 1993, la misma que en su artículo 139 Inc. 9 consagra la garantía de: "(...) la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos". Asimismo, el artículo III del Título Preliminar del Código Penal establece que: "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde".

A simple vista, lo establecido en la Carta Política como en el Código Penal tiene coherencia lógica y teleológica, no obstante, ocurre todo lo contrario, pues las críticas saltan a la vista cuando se hace un análisis mínimamente riguroso. Decimos esto, porque la regulación de la inaplicabilidad de la analogía *in malam partem* en el derecho penal inexplicablemente ha sido reducida a tres supuestos específicos: a) calificación del hecho como delito o falta, b) definir el estado de peligrosidad y c) determinar la pena o medida de seguridad. Restricción de la aplicación de dicha garantía que se debe a la praxis de una pésima técnica legislativa que no toma en cuenta, por un

lado, la regulación genérica que tiene la prohibición de la aplicación de la analogía *in malam partem* (cuando restringen derechos en general) tanto en la carta magna como en el código penal y, por otro, no repara en otras formas y modos de cómo se puede aplicar la analogía *in malam partem* en el derecho penal que, a la postre, son perjudiciales también para el ciudadano. (Urquiza, 2004).

Del mismo modo, es posible la afectación a los derechos del ciudadano mediante la aplicación de reglas de conducta o consecuencias accesorias del delito que por cierto no son penas ni medidas de seguridad que pueden no encontrarse previstas en la ley, o que, hallándose en ella, no son aplicables a los delitos materia del proceso.

Ferrajoli (1997) sostiene que la analogía está en efecto excluida si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del *favor rei*, a impedir no la restricción, si no la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad.

En concepción de Prunotto (2021), la analogía *in malam partem*, es la extensión de diversas disposiciones en perjuicio del imputado, no admitiéndose bajo ningún punto de vista, por la expresa aplicación de los principios de legalidad y reserva, concluyendo que se encuentra proscrita al encontrarse prohibida la generalización.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en la sentencia contenida en el Expediente N.º 010-2002 Lima, ha consignado que la analogía como integración normativa está proscrita en el derecho penal por mandato constitucional. En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento

analógico en la interpretación. Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos (Bacigalupo,2002).

Así también; el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 2235-2004 Lima, estableció alcances de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos, el cual debería hacerse extensivo no solo al ámbito penal y procesal penal, sino a todo el ordenamiento jurídico, particularmente cuando con una medida limitativa de derechos el estado intervenga en el seno del contenido constitucionalmente protegido de estos. Lo alcances del principio en referencia ha sido desarrollado también en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, limitar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, en mayor medida que la prevista en ella".

Con la prohibición de la aplicación de la analogía *in malam partem*, el legislador pretende evitar la creación o agravación de delitos y sanciones penales más allá de lo expresamente señalado en la ley o lo que emana de su sentido teleológico posible.

La creación de delitos, al igual que la fundamentación de la pena, pueden realizarse únicamente mediante ley previa, escrita, estricta y cierta, ello significa que en un Estado democrático de Derecho se prohíbe la creación, mediante la analogía *iuris*, paralelo o alterno al creado por el legislador.

Son de la opinión de la prohibición de la analogía *in malam partem*, Ferrajoli (2004), quien considera debe ser excluida, solo pudiéndose admitir la *in bonam partem*. Es de igual pensamiento Lascuráin (2019), quien añade que no solo el Juez, no puede considerar delito lo no previsto en la norma, sino que además no puede agravar una conducta no punible, a pesar de que pueda ser parecida a otra norma penal.

Armijo (2010) se suma, acotando que la analogía *in malam partem*, afecta derechos fundamentales del acusado, por ello el tipo penal debe estar estructurado de la forma más clara y precisa posible. Prunotto (2021) complementa señalando que no es aplicable en ninguna circunstancia, por prohibición de los principios de legalidad y de reserva.

En doctrina existe una viva polémica con relación a si la prohibición de la aplicación de la analogía *in malam partem* se aplica solo a la parte especial (teoría del delito) o se extiende también a la parte general. En ese sentido, algunos autores como (Jakobs,1996) consideran que la aplicación de la analogía *in malam partem*, o prohibición de generalización como él la denomina, no rige para la teoría del delito, dado que ya la generalidad de esta materia representa una protección frente a decisiones arbitrarias.

Por su parte (Urquiza, 2004) considera necesario oponer un criterio diferenciador, según el campo de la parte general donde se pretenda hacer valer la prohibición de la analogía *in malam partem*. Debemos señalar que todas aquellas categorías que extienden el marco de la punibilidad no pueden ser ampliadas en su sentido mediante la aplicación de la analogía, porque se estaría infringiendo la vigencia del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, por ejemplo, no podría ampliarse las dos formas de

participación criminal reconocidas por el C.P. (la complicidad y la instigación) a una tercera forma (el encubrimiento) sin hacer analogía, pues esto es lo que está prohibido.

Del mismo modo, agrega que no es posible pretender la extensión de la analogía *in malam partem* a los límites de las condiciones objetivas de punibilidad, debido a que ello significaría que se estaría ampliando más allá del sentido literal de la ley, la punibilidad de las conductas, contrario sensu, aquellas que pueden ser reconducidas en beneficio del reo de manera amplia, permiten la aplicación de la analogía; de esto se colige que las causas que eximen de responsabilidad penal (v. gr. las causas de inimputabilidad, causas de justificación y causas de ausencia de acción) no pueden estar sujetas por cuanto estas le dan coherencia al ordenamiento jurídico-penal y sobre todo favorecen o benefician al autor o partícipe de un hecho delictivo, es decir se subsumen dentro de la analogía *in bonam partem* permitida.

Cabe recordar que la aplicación de la analogía *in bonam partem* encuentra legitimidad en consideraciones valorativas de índole humanista que se fundan en la dignidad de la persona humana, debido a que es una condición que da sentido a la categoría jurídico-penal, así como a las jurídico políticas, sociales y culturales.

La primacía de la persona humana o el reconocimiento en todos los niveles de la dignidad del ser humano constituye el fundamento y principio inspirador de toda comunidad de hombres racionales. En la actualidad existe consenso en la doctrina del derecho penal y del derecho en general, en torno a la consideración de que el derecho penal debe construir sus categorías sobre la base de valorar al hombre como un fin en sí mismo, mas no como un instrumento. (Urquiza,

2004).

El citado autor expresa, que el derecho penal tiene que ser concebido como un instrumento, diseñado por y para el hombre, lo cual significa que el *ius puniendi* tiene que expresar un perfil antropocentrista, en el que el respeto a la dignidad de la persona esté siempre presente. Esto implica la no restricción de los fueros de libertad de los ciudadanos mediante la aplicación de la analogía *in bonam partem*. Únicamente cuando se respeta la dignidad de la persona humana lo cual pasa por concebir al hombre como un fin en sí mismo, el derecho penal no puede instrumentalizar al hombre con la finalidad de lograr objetivos estatales o de interés general.

2.5. PRINCIPIO DE PROSCRIPCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

El artículo 2 inciso 24 literal a) de la Constitución de 1993, establece que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Tales preceptos representan los límites que debe observar la actuación del Estado, proscribiendo cualquier arbitrariedad; teniendo los ciudadanos plena libertad para la realización de sus actos siempre que estos no se encuentren previa, cierta y claramente prohibidos por la ley o afecten derechos de terceros.

Esta situación deja ver una de las características esenciales en todo Estado de Derecho, y es que sus poderes no tienen más funciones que las expresamente reconocidas por la Constitución y las leyes respectivas. Así, cualquier exceso en el ejercicio de sus competencias, puede ser controlado mediante el proceso constitucional que corresponda.

En línea con este razonamiento surge el denominado principio de proscripción o interdicción de la arbitrariedad, el cuál involucra a las autoridades con la

satisfacción de distintos valores constitucionales, como los derechos fundamentales, de manera que sus actuaciones deben estar orientadas al respeto de las reglas del Estado de Derecho.

A nivel doctrinario se considera a la interdicción de la arbitrariedad como una técnica propia de los principios generales del derecho, recordando a García de Enterría (1959):

La institución parece cumplir con los requisitos de fijación de los principios “el criterio de la adherencia o fidelidad a los datos que expresa, el criterio de la fecundidad, en cuanto que instrumentos no sólo de coordinar los resultados adquiridos, sino también de obtener resultados nuevos, el criterio de simplicidad y el de precisión (p.268).

Por su parte Vignolo (2010) considera que la interdicción de la arbitrariedad debe ser entendida como una disposición directa prohibitiva que inmediatamente ordena o impide algo, constituyéndose en el típico ejemplo de norma de *imperium* completamente reglada y con poco o nulos márgenes de apreciación discrecional, que se aplica desde la mera subsunción de un supuesto de hecho en el arquetipo prefigurado por la disposición, de suerte que, si nos encontramos en presencia del mismo, es forzoso aplicar la consecuencia jurídica que la disposición anuda.

Diez (1981), hace ver la facultad del derecho penal de no solo restringir la libertad, sino de crearla, por lo que, rechazando la arbitrariedad, procura al individuo un espacio en el que pueda decidir.

Recasens (1940), asevera la existencia de arbitrariedad, cuando el poder público, por medio de la fuerza, salte por encima de la norma, dejando de lado una regla de carácter general.

Castillo (2004), entiende la arbitrariedad, como la falta de protección al ciudadano del poder punitivo del Estado, en ocasiones debido a la imposición de consecuencias jurídicas que no están establecidas con antelación al hecho.

Cresci (2014), muestra su postura por la arbitrariedad, en la parte decisoria, esto es en la sentencia, donde supone la vulneración de derechos cuando no se motivan debidamente las decisiones y/o no se observan los procedimientos constitucionales establecidos para su adopción.

Zaffaroni (1998), finaliza esta postura de autores sobre la arbitrariedad, manifestando que, un racional sistema penal contravencional no es igual que un estado peligroso sin delito, pues el primero se manejará con tipos legales, no obstante, el segundo terminará en una vaga fórmula general, que deja al magistrado cualquier ámbito de arbitrariedad.

Nuestra Carta Magna no recoge expresamente la interdicción de la arbitrariedad como un principio o bajo la configuración de una disposición; ésta omisión, aunque no impide la utilización de la técnica, si produce una atenuación de la fundamentación y eficacia del control jurídico de los poderes públicos nacionales. No obstante, la actuación de los órganos públicos está recubierta por un cierto grado de discrecionalidad, ella debe regirse por los parámetros que la Constitución reconoce a los órganos y poderes del Estado, con el fin de evitar que el ejercicio de esta actividad transgreda derechos fundamentales establecidos por la Constitución. Así, cualquier actuación que se aparte de estos principios, resultará arbitraria y por ende proscrita por la norma fundamental.

El Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento doce de la Sentencia N.º 0090-2004-AA/TC Arequipa, que el concepto de arbitrariedad contiene tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: i) lo arbitrario entendido como

decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; ii) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y iii) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

En el mismo sentido el tribunal en la sentencia N.º 0728-2008-PHC/TC Lima, fundamento 9 puntualizó, que este principio que surge del Estado Democrático de Derecho, tiene un doble significado: a) En sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y b) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión.

Así también la sentencia emitida en el Expediente N.º 0006-2003 Lima, vincula a la proscripción de la arbitrariedad con la razonabilidad, la cual a su vez se encuentra íntimamente relacionada a la justicia, expresándose como un mecanismo de control en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias.

En la sentencia emitida en el Expediente N.º 6167-2005 Lima, se entiende por el principio de proscripción de arbitrariedad lo inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional y democrático ; así como también a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que si bien la autonomía de la jurisdicción tiene consagración constitucional, no lo es menos que como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Según el Exp N.º 03987-2010 Lima, la proscripción de arbitrariedad de los poderes públicos exige que las autoridades públicas no realicen actividades o investigación arbitrarias o despóticas, teniendo congruencia con el principio acusatorio, el cual permite garantizar el derecho de defensa ya que sólo cuando existe un cargo concreto y específico la persona podrá defenderse.

De las descripciones expuestas por el Tribunal Constitucional, se deduce que al igual que la doctrina, las actuaciones arbitrarias son evidentemente contrarias al Estado de Derecho, advirtiéndose que nuestro sistema constitucional el control jurisdiccional exige que al momento de resolver, se tomen en cuenta las circunstancias en cuyo contexto se ejerce determinada atribución, en especial si se da en contextos políticos, que son constantemente cambiantes y que suelen regirse por criterios de oportunidad.

En esa dirección la proscripción de arbitrariedad, debería posicionarse como un principio de reconocimiento y afirmación esencialmente jurisprudencial, que mantiene un importante papel directriz en todo el ordenamiento positivo, debido a que marca los linderos básicos de la prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria y por ende fuera de razón y justicia, permitiendo de esta forma vigencia efectiva del Estado de derecho que a su vez incide en el avance y modulación de este principio.

2.6. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

El establecimiento de un concepto de funcionario público constituye una medida político-criminal idónea para que los estados puedan prevenir y controlar los delitos de corrupción, esta necesidad también es abordada por los instrumentos internacionales en materia de prevención contra la

corrupción.

En primer orden, tenemos el concepto de funcionario público que ha establecido la Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo I: “funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

Esta definición de funcionario se distancia de las definiciones restringidas y formales de la mayoría de la normativa administrativa peruana, en la medida en que, desde un enfoque material, fundamenta el elemento “funcionario público” sobre la base de la propia función de naturaleza pública que desempeña, no siendo relevante la forma en la que el funcionario se incorporó a la administración ni su nivel jerárquico. Tampoco es necesario evaluar si el funcionario ejerce funciones de representación o su régimen laboral, ni que sea una actividad remunerada o no. Es un concepto amplio de funcionario público.

Por otro lado tenemos la definición de funcionario público que adopta la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 2: Por funcionario público se entenderá: i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el

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

Al igual que el tratado anterior, se recoge un concepto amplio de funcionario público, debido a que en su numeral ii) establece que lo esencial para identificar a un “funcionario público” es el desempeño de una función pública. Asimismo, se instituye que no interesa la naturaleza remunerada o no de la actividad que realiza sea temporal o permanente. De igual modo, cabe aclarar que también pueden ser funcionarios públicos los que laboran en una empresa estatal.

En suma, se puede considerar que; en ambas convenciones internacionales, se ha tomado partido por un concepto amplio de funcionario público, a efectos de los delitos de corrupción descartándose cuestiones formales como la jerarquía, el título de incorporación, la jerarquía, entre otros, como factores que deban valorarse para delimitar este concepto. Así también, conforme a Chanjan (2020) una interpretación conjunta de ambos tratados lleva a postular la necesidad de una incorporación heterónoma a la función pública, resaltando las siguientes características:

a) No importa la denominación o *nomen iuris*

La CICC ha buscado abarcar los distintos conceptos utilizados por los ordenamientos jurídicos de la región. En esta medida, ha dejado claro que no importa el nombre formal que se le otorgue al funcionario para que el derecho penal lo considere como tal. Asimismo, la CNUC considera funcionario público a aquel que hubiera sido definido como tal por el derecho interno de los estados.

b) Título habilitante

Tanto la CICC como la CNUC ayudan a materializar lo expuesto anteriormente sobre la incorporación heterónoma del funcionario público, ya que señala como título de incorporación a la selección, designación y/o elección, elementos que, como ya se ha visto, incorporan todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma.

c) Irrelevancia del nivel jerárquico

Como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.

d) Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo

El requisito de la incorporación heterónoma cumple con una función negativa, es decir, excluye de la categoría de autores de los delitos de corrupción a las personas que no hayan sido incorporadas heterónomamente a la función pública.

Ahora bien, resulta pertinente recordar que la utilización de las definiciones antes descritas por parte de los operadores jurídicos nacionales es válida, dado que estas normas internacionales tienen naturaleza autoaplicativa en virtud del art. 55 de la Constitución Política del Perú, la cual establece: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. En interpretación conjunta con el artículo 425 numeral 7 del Código Penal, los

supuestos expresados precedentemente deberían considerarse como funcionarios públicos.

En ese sentido, los operadores de justicia se encuentran autorizados para usar las disposiciones de estos tratados internacionales a efectos de calificar el elemento típico “funcionario público”, sujeto activo en los delitos contra la administración pública y delitos cometidos por funcionarios públicos.

2.7. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL

PERUANO

La categoría de funcionario es elemento fundamental de la sanción penal en los delitos cometidos por funcionarios públicos, en ese sentido todo análisis de una acción de corrupción debe partir por identificarlo. En primer orden, para definir al funcionario público en el marco de los delitos de corrupción debe tenerse en cuenta la autonomía del término en el ámbito penal, debido a que su contenido tiene una tratativa distinta según el área del derecho.

En el derecho penal, la definición de funcionario público ha buscado ser más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos bajo el derecho administrativo, no interesándole tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que desempeña su labor sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública, siendo importante además, determinar quiénes pueden lesionarla, por su proximidad y función, siendo el concepto de dicha figura en esta rama del derecho autónoma debido a que responde a criterios de la especialidad.

2.7.1. Elementos del concepto de funcionario público

En lo que refiere a la doctrina Montoya (2015) ha reconocido como los elementos del concepto de funcionario público los siguientes:

- a) La persona deberá estar incorporada a la actividad pública (título habilitante).
- b) La persona debe ejercer la función pública; o lo que sería:
 - b.1 Incorporación heterónoma a la función pública.
 - b.2 Posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público.

2.7.2. La incorporación heterónoma a la función

El funcionario público adquiere su condición a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo. Es decir, el título habilitante de incorporación consistirá en su selección, designación o elección para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado.

Estos títulos habilitantes abarcan todas las posibilidades de acceder a la administración pública, así se tienen:

- a) Selección: elegir a una persona entre otras por parte de una autoridad competente.
- b) Designación: destinar a una persona para la función pública por parte de una autoridad competente.
- c) Elección: regularmente se hace a través de un proceso de votación.

El concepto de funcionario público se configura a partir del propio tipo penal que contiene el delito funcional y como tal, susceptible de interpretación.

Los operadores jurídicos pueden apelar a enunciados de distinta fuente jurídica para dar un contenido razonable al concepto de funcionario público.

Para Salinas (2018) el funcionario público implica una dirección u orientación,

además de una responsabilidad, en el desempeño de un cargo de naturaleza pública. el funcionario público es quien ejerce autoridad en la gestión pública de la administración, y como persona física encarna un determinado órgano o ente del Estado, o aquellas personas cuyas decisiones representan la voluntad de un órgano o ente administrativo.

Para efectos penales, en algunos delitos contra la administración pública, aparte de tener aquella condición especial, se exige que el autor tenga una relación funcional específica con el objeto del delito dentro del entramado de la administración pública. Si por ejemplo, en un caso concreto de peculado, el agente del comportamiento ilícito de sustracción indebida de efectos o caudales públicos solo tiene la condición de funcionario o servidor público sin tener la relación funcional especial de administrar, custodiar o percibir los efectos o caudales de la administración, el delito de peculado se descarta conduciéndose la calificación del comportamiento delictivo a otra figura penal, algo parecido sucede con los delitos de malversación de fondos, colusión y negociación incompatible.

De otro lado, Frisancho (2011) manifiesta que el concepto de funcionario, en materia penal, tiene en cuenta un aspecto extensivo, puesto que no solo se limita a considerar toda aquella persona que realice una función pública, toda vez que también considera a particulares que, esporádica o eventualmente, efectúan servicios o trabajos públicos.

Benavente (2015) respecto al artículo 425 del Código Penal, manifiesta que un funcionario o servidor público debe ser comprendido de la siguiente forma: aquellos comprendidos en la carrera administrativa, dado que acceden a cargos y jerarquías a través de selección y concurso en base a la meritocracia,

y que efectúen su trabajo de forma permanente. Los que tengan cargos políticos de confianza, inclusive si es que son de elección popular, en este supuesto no necesariamente provienen de elección popular sino también a través de designaciones de confianza. Toda aquella persona que se encuentre trabajando para el Estado indistintamente sea cual fuera su régimen laboral y preste servicios en entidades u organismos del estado incluyendo empresas del estado o sociedades de economía mixta propias de la actividad empresarial del Estado. Aquellas personas que tengan la calidad de administradores y depositarios de caudales, pese a que sean de propiedad de particulares en este supuesto verificamos la extensión del funcionario público, puesto que la autoridad correspondiente los designa con la calidad de administradores o depositarios.

En conclusión, el funcionario es aquella persona natural que brinda sus servicios al Estado y tiene capacidad de dirección, de decisión, de organización, planificación. Es decir, el funcionario puede realizar sus labores sin mayor anuencia o supervisión más que la normal, que, a diferencia del servidor que necesita siempre la orientación de parte de un funcionario. Mientras que el servidor es aquella persona natural que brinda sus servicios al Estado, pero no cuenta con la capacidad de decidir, planificar y organizar actos inherentes a su labor, puesto que requiere, indefectiblemente para realizar su labor o su trabajo, bajo las órdenes de parte de su jefe o superior jerárquico.

Por su parte, el Código Penal ha regulado lo que debe entenderse por funcionarios o servidores públicos, según se indica:

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 (Poder Ejecutivo, 1990, art. 425).

Aunque este artículo no adopta de forma explícita una definición abstracta de funcionario público, de lo señalado en sus siete numerales. Conforme Montoya (2015) pueden resaltarse algunos elementos que dan contenido a esta definición:

Son funcionarios públicos tanto los comprendidos en la carrera administrativa, como los que desempeñan cargos políticos o de confianza, ii) no importa el régimen laboral o contractual que tenga el funcionario, iii) también son funcionario los adscritos a empresas estatales o sociedades de economía mixta, iv) el concepto de funcionario incluye a los funcionarios

designados, electos o proclamados para desempeñar a futuro funciones públicas.

Los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 incluyen como funcionarios públicos a sujetos excluidos por normas de naturaleza administrativa, laboral y constitucional. Es más, el numeral 4 (administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente) plasma de manera clara y precisa el hecho de que al Derecho Penal, en relación con los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, le interesa únicamente imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta, tanto así que ha incluido taxativamente a los administradores y depositarios de caudales embargados

El numeral 3 considera funcionarios públicos a cualquiera que mantenga una relación contractual con algún organismo del Estado, la norma penal está incluyendo al trabajador de las empresas del Estado y sociedades de economía mixta, al funcionario público 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 no tienen una relación laboral formal con el aparato estatal pero sí un vínculo real-material con la función pública.

En sí, el artículo 425 del Código Penal, expone algunos ejemplos de personas que son consideradas funcionarios públicos, no obstante, se confirma lo que se viene afirmando respecto al sistema de *numerus apertus* adoptado para su descripción.

Se advierte que el artículo 425, utilizó los tres títulos habilitantes referidos anteriormente, para la incorporación a la función pública, siempre que se den de forma heterónoma, son la Selección (numeral 1, 3, 5), designación (numeral 3 y 4) y elección (numeral 2 y 6).

Conforme puede evidenciarse esta línea sigue la orientación de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, con la CICC y la Convención de CNUCC, tratados en título precedente.

2.7.3. El funcionario de hecho en el Perú

Antes de arribar a la concepción de funcionario de hecho en el derecho penal, se cree conveniente exponer brevemente la figura a partir del derecho administrativo donde ha sido creada, soportándonos para ello en lo que Nakasaki (2006) ha abreviado en un interesante artículo donde asevera que el funcionario de hecho constituye un caso de ejercicio irregular subjetivo de la función administrativa, que ejerce una función pública pese a carecer de un elemento esencial, el título de habilitación ordinario.

Así mismo expone que en el derecho administrativo se han desarrollado diversas teorías sobre el funcionario de hecho.

A. Teoría de la apariencia de la legitimidad pública o de la doctrina de facto

Considerándose como funcionario público de hecho, creyendo en la autenticidad de su condición precisamente por su apariencia de tal, ello junto a la protección de la buena fe colectiva son su fundamento. Esta teoría responde a una concepción amplia porque no lo diferencia del usurpador de funciones.

B. Teoría del nombramiento nulo o del fundamento procesal

La cual define al funcionario de hecho como la persona que ejerce una función pública a pesar de tener un nombramiento nulo. El título de habilitación es el nombramiento nulo que se elabora a partir de un fundamento procesal.

La nulidad del acto jurídico administrativo requiere de la declaración de una autoridad a través de resolución administrativa o judicial, por lo que mientras ésta no se produzca se considera al particular como funcionario público.

C. Teoría de la protección a los terceros

Se establecen tres condiciones para que se configure el funcionario de hecho, como es primero, el cargo público debe tener existencia reconocida por la ley; segundo, el ejercicio del cargo y tercero, la apariencia de legitimidad del título habilitante ante el público. Esta teoría tiene el mismo objeto que la primera: proteger la buena fe de los terceros, reconoce igualmente como título de habilitación del funcionario de hecho a la apariencia ante el público.

D. Teoría de la finalidad del ejercicio de hecho de la función pública

El funcionario de hecho, se configura cuando el particular que sin título de habilitación nulo o irregular ejerce función pública en interés de la sociedad o en favor de la administración pública. El título de habilitación del funcionario de hecho sería el interés social o el fin público. Se ubica también en la concepción amplia, no se tiene en cuenta el nombramiento nulo, el título de habilitación es el fin de la posesión del cargo, el actuar a favor de la sociedad. La falta de nombramiento (con mayor razón su nulidad) es tolerada porque el particular ejerce la función pública para beneficiar a la colectividad.

E. Teoría de la buena fe subjetiva

La teoría de la buena fe subjetiva, lo define como aquel que, con un nombramiento aparentemente regular, jurídicamente nulo, o en circunstancias excepcionales sin el mismo, ejerce de buena fe funciones públicas de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada. Se asignan al funcionario de hecho las siguientes características:

- a) La existencia legal del cargo.
- b) La posesión del cargo.
- c) El ejercicio del cargo es el título de habilitación del funcionario de hecho.
- d) La posesión del cargo como pacífica, pública y continuada.
- e) La apariencia de legitimidad del título o nombramiento.

Esta teoría se ubica en la concepción amplia, al admitir al particular que ejerce funciones públicas sin título de habilitación nulo; la apariencia de legitimidad del título se considera en función a la persona que actúa como funcionario, la posesión del cargo de buena fe, lo diferencia del usurpador de funciones.

Ahora corresponde desarrollar la doctrina de funcionario de hecho, postulado por el mismo autor en el ámbito del derecho penal.

2.7.4. El funcionario de hecho en el derecho penal

Se distinguen dos supuestos. Primero, el particular que sin nombramiento nulo ejerce funciones públicas. Segundo, el particular que con nombramiento nulo ejerce funciones públicas.

El primer supuesto se trata de un usurpador de funciones, no siendo admitido por el derecho penal. El segundo supuesto es causa de división; se discute en el derecho penal sobre si se debe considerar como funcionario público legítimo o válido a una persona que carece de título de habilitación por ser nulo.

A. Postura que acoge al funcionario de hecho

En el derecho penal se asume la concepción restringida de funcionario de hecho, es decir se considera como título de habilitación al título o nombramiento nulo, los fundamentos para su aceptación son los siguientes:

- i. Procesal. La nulidad requiere una resolución administrativa o judicial, mientras tanto el título tiene validez.
- ii. Apariencia de legitimidad del título o doctrina de facto. La protección de la buena fe de los terceros.
- iii. La aplicación del concepto del administrador de hecho del delito de fraude en la administración de persona jurídica a los delitos contra la administración pública.
- iv. La posesión del cargo de buena fe. La protección de la buena fe del funcionario de facto.
- v. El interés social o fin público de los actos que realiza el funcionario de hecho.

Advirtiéndose que el funcionario de hecho es aceptado en el derecho penal, como para asignarle deberes de función y responsabilidad, su título de habilitación es el nombramiento nulo, conjuntamente con más elementos que deben verificarse para su calificación, según se indica:
 - i. Existencia del cargo.
 - ii. Nombramiento nulo.
 - iii. Posesión del cargo (ejercicio efectivo de la función pública).
 - iv. Posesión pacífica del cargo. El ejercicio de la función pública no debe ser consecuencia de la realización de delito.
 - v. Posesión pública del cargo. El ejercicio de la función pública no debe ser clandestino.

- vi. Apariencia de legitimidad ante el público. Los terceros deben creer que la persona es un funcionario público.
- vii. Posesión de buena fe del cargo. La persona actúa en la creencia que tiene título de habilitación.
- viii. Finalidad lícita del ejercicio de la función. La persona ejercita una función pública para el cumplimiento de los fines de la administración pública.

A propósito del caso Vladimiro Montesinos Torres, a quien se le atribuyó la condición de funcionario administrador de facto; y se lo condenó como autor del delito de peculado en el “Caso Bedoya de Vivanco” y en el “Caso de los dueños de medios de televisión”, el autor en el que venimos apoyándonos rechaza dicha construcción jurídica al considerar que solo se utilizaron criterios materiales, siendo el bien jurídico el concepto central del tipo penal pues a partir de él se definen los elementos que forman el supuesto típico, debiendo haber sido el elemento más importante para su interpretación.

Por lo que, considera que para poder emplear la teoría del funcionario de hecho en el derecho penal es necesario que exista una ley penal que así lo determine, lo que en el caso del Código Penal de 1991 exigiría una modificación del artículo 425.

En el Perú, Rojas (2002) llega a la misma conclusión, es decir a la necesidad de positivizar el concepto de funcionario de hecho desde la consideración del principio de legalidad.

Es de la misma corriente, Moreno (2021) quien ha dejado constancia de su discrepancia respecto al uso del concepto de funcionario de facto, debido a su ausencia de reconocimiento legal, y lo que implica la extensión de la legalidad exigida en el título de imputación a nivel de derecho penal, debiendo desarrollar

lo que la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional han permitido. Nakazaki (2006), es de la idea que, para emplear la teoría del funcionario de hecho, resulta necesario que exista una ley penal que lo establezca, importando una modificación en el artículo 425 del nuestro Código Penal.

Encina (2022) es de la misma idea, en cuanto considera que lo correcto, según nuestra realidad nacional, a efectos de que el funcionario de hecho no devenga en inconstitucional y afecte el principio de legalidad, sería una modificación del artículo 425 del Código Penal.

Zamora (2021) en la misma línea, postula la necesidad de la incorporación del funcionario de hecho, positivado en una norma, para su definición clara y aplicación debida, debiéndose desarrollar una propuesta legislativa para su incorporación en el artículo 425 del Código Penal.

Por otro lado, la jurisprudencia; en el Expediente N.º010-2001-Lima, resolvió, respecto al funcionario de hecho, que basta que el sujeto activo, ejerza función pública y que tenga dominio del ámbito administrativo concernido.

En el Expediente N.º 2758-2004 Lima, califican como funcionario de hecho, a quien, ejercía de hecho el cargo, que le permitía custodia y administración de los bienes, en el caso del delito de peculado.

El voto singular de Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen, en el Expediente N.º 2758-2004 Lima, concluye que el funcionario de hecho, contraviene el principio de legalidad, debido a que el juez no puede crear delitos, existiendo sujeción por parte de aquel al sentido literal posible de la norma.

La Casación N.º 442-2017 Ica, establece de forma enunciativa, los requisitos que se deben cumplir, a efectos de configurarse como funcionario de hecho, resaltando entre ellas: i) existencia legal del cargo, (ii) posesión del cargo; y (iii)

aparición de legitimidad del título o nombramiento.

En la Casación N.º 163-2018 Lambayeque, se califica al funcionario de hecho, en atención a las funciones que se ostenta en realidad, y que le permiten la realización del ilícito imputado.

Antes de concluir este apartado, se cree conveniente esbozar conforme a Nakazaki (2006), algunas diferencias entre funcionario de facto y usurpador de funciones, lo cual encuentra relación con la unidad de análisis correspondiente al caso Montesinos, cuyas críticas a su sentencia son las contradicciones de haberlo condenado como autor de peculado, como funcionario administrador de hecho y al mismo tiempo como usurpador de funciones, las cuales debieron ser excluyentes.

En ese sentido, se menciona que el funcionario de facto tiene a su favor una precedencia administrativa anómala, mientras que no sucede lo mismo con el usurpador de funciones, en tanto carece de título alguno para ejercer funciones públicas. El funcionario de facto, al contrario, tiene título válido que ha decaído por determinadas circunstancias.

El usurpador lo es de cargo público o de funciones. En el primer supuesto, quien usurpa la calidad de policía nacional. Como señala Nakasaki (2021) se presentarían dos supuestos: a) un particular que sin nombramiento nulo ejerce funciones públicas, y b) un particular que con nombramiento nulo ejerce funciones públicas, el primero será un usurpador de funciones y el segundo un funcionario de facto.

Un funcionario público incluso puede llegar a ser un usurpador, cuando ocurrido su cese y ha sido reemplazado este continúa ejerciendo actos de función. Con relación al particular incurso en actos de usurpación, el artículo 361 del Código

Penal, exige que no posea título o nombramiento, es decir habilitadores legales que autoricen su ejercicio.

En la doctrina, Española Morillas (2016) señala además que para connotarse como usurpador de funciones es necesario que el sujeto se atribuya carácter oficial, es decir cualidad concreta de autoridad, advirtiendo además que el solo hecho de realizar actos de autoridad sin atribuirse tal carácter, no constituye infracción

Buompadre (2009), como parte de la doctrina argentina agrega que lo requisitos que debe reunir la conducta típica son los de auto atribución de la calidad de funcionario y realización del acto funcional, de no suceder ello la conducta queda al margen del delito de usurpación de autoridad.

Finalmente, se puede afirmar que un usurpador de funciones nunca accedió al cargo por nombramiento, incluso nulo, mientras que el funcionario de facto se le designó con nombramiento, aunque nulo, lo que le permitió que ejerza funciones aparentemente legítimas, recayendo por tanto la figura de usurpador en un particular que nunca fue funcionario regular ni irregular. No obstante; lo que si puede suceder es que un funcionario público cuya designación concluyó y fue reemplazado por otro funcionario, continúe ejerciendo funciones, allí sí se convertiría en este particular usurpador de funciones.

2.8. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL DERECHO PERUANO

El derecho a la tutela procesal efectiva, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución y artículo 4 del Código Procesal Constitucional, es un derecho genérico o complejo que parte de una concepción garantista y tutelar para asegurar tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia.

De un lado, el derecho de acceso a la justicia garantiza que toda persona pueda recurrir a un tribunal de justicia, de manera directa o a través de un representante para que, con un proceso respetuoso de garantías mínimas, se sustente una pretensión de cualquier índole.

La tutela puede entenderse como la protección que viene ofrecida a un determinado interés, por ello cada vez que se reflexione sobre ella, se debe necesariamente involucrar a los diversos medios que el ordenamiento jurídico prevé en el caso de su lesión o amenaza de lesión, de esta forma se permitirá su efectivización.

La doctrina, representada por Priori (2003) explica de la siguiente manera la relación existente entre tutela jurídica y tutela jurisdiccional: La tutela jurídica que concede la norma sustancial consiste en el reconocimiento de derechos, con su haz de facultades y deberes correlativos, atribuyéndoles la protección jurídica necesaria para que pueda afirmar que son derechos, mientras que la tutela jurisdiccional hace referencia a la función estatal desempeñada por jueces y tribunales cuyo cometido es actuar el derecho objetivo, aplicando en su caso, las sanciones expresas o implícitamente establecidas en éste para el caso de la violación de la norma jurídica. Por ello, se ha considerado que siempre, está la tutela jurídica trae consigo un derecho subjetivo y que luego va a necesitar ser protegido mediante la tutela jurisdiccional.

De esta manera, el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales otorga la protección que no ha sido lograda por la espontánea conducta de los sujetos, siendo así, si antes del proceso el derecho se encuentra amenazado o lesionado, luego del él se pretende que se encuentre protegido, incluso contra la voluntad de algunos particulares; así la función del proceso es siempre la de constituir un

remedio a la carencia de cooperación entre los privados. Y sólo donde dicha cooperación no se dé, se evidencia la necesidad de tutela jurisdiccional.

No se puede afirmar un apartamiento completo entre el proceso y las situaciones jurídicas materiales. Sin duda, descifrando a Valencia (2000), su inescindibilidad significa, que la efectividad del proceso depende de lo material, en la medida que la función jurisdiccional adopta distintas formas procesales, diversificándose en pluralidad de procesos que buscan proporcionar la tutela jurisdiccional adecuada. En eso consiste la tutela jurisdiccional, que cumple también un rol en la efectividad del ordenamiento jurídico, pues una de las manifestaciones de dicho principio es precisamente el otorgar una efectiva protección a las situaciones jurídicas de los particulares.

Pues, para Priori (2003) la trascendencia de esta necesidad de lograr una protección efectiva de las situaciones jurídicas particulares, está en la base misma de un Estado constitucional y también en el fundamento de un estado democrático, por ello, el propio ordenamiento reconoce en los particulares, como uno de sus derechos más esenciales y fundamentales, el contar con una tutela jurisdiccional efectiva (p. 62).

2.8.1. Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Inicialmente se debe decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo, en la medida que está conformada por una serie de derechos que determinan su contenido, Chamorro (1994) sostiene que se puede hablar de cuatro grados de efectividad. Primero, la efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. Queda claro entonces que la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además

una respuesta del órgano jurisdiccional. Segundo, la efectividad de segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdicción será una que resuelva el problema planteado. Sin embargo, esto no quiere decir que este derecho garantice a los ciudadanos un tipo especial de respuesta jurisdiccional, sino sólo que se resuelva el problema planteado independientemente de la respuesta que se dé, siempre que, claro está, dicha solución sea razonable y esté en armonía con el ordenamiento jurídico. Tercero, la efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico. Cuarto, la efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada.

En ese entendido, la efectividad de la tutela jurisdiccional, no sólo demandará que todas y cada una de las garantías que forman parte de dicho derecho sean respetadas en el proceso en concreto, sino, además, reclamará que el proceso sea el instrumento adecuado para brindar real tutela a las situaciones jurídicas materiales existentes.

2.8.2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental

Se considera para González (1989) que la justicia y la paz social, son aspiraciones valiosas para un hombre y para su comunidad y el derecho y su aplicación efectiva respecto de todos y cada uno de los individuos, son el mejor medio que está a nuestro alcance para lograr esos fines, por ello resulta fundamental que se le reconozca al ciudadano el derecho de alcanzar esos fines de manera efectiva. De esta manera, el derecho a la justicia es un derecho que los hombres tienen por el solo hecho de serlo (p.25).

Conforme, a Chamorro (1994), el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental ha determinado que haya sido elevado a la jerarquía de derecho constitucional, con todas las consecuencias que ello supone:

- A. Tiene una doble naturaleza, pues por un lado desarrolla una función en el plano subjetivo actuando como garantía del individuo; y por otro, desarrolla una función en el plano objetivo, asumiendo una dimensión institucional al constituir uno de los presupuestos indispensables de un Estado constitucional.
- B. Es un derecho que vincula a todos los poderes públicos siendo el Estado el primer llamado a respetar el derecho. Con ello cualquier acto del estado expedido por cualquier de sus órganos que lesione o amenace este derecho es un acto inconstitucional.
- C. No se requiere la existencia de una norma legal para que dicho derecho sea exigible ante los órganos jurisdiccionales.
- D. Todo Juez está obligado a implicar cualquier disposición legal o de rango inferior a la ley que lesione o amenace el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- E. Toda norma del ordenamiento jurídico debe ser interpretada conforme al contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De esta manera, cada vez que un órgano jurisdiccional deba interpretar o aplicar una norma procesal debe hacerlo a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- F. Existe la posibilidad de interponer una demanda de amparo contra cualquier acto que lesione o amenace el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

G. También, cuando ocurra, en su tarea de producción normativa, el Poder Legislativo está obligado a respetar este derecho constitucional.

La configuración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho constitucional en el ordenamiento jurídico peruano es incuestionable debido a su expreso reconocimiento en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado de 1933.

Se cree conveniente señalar que resulta importante el avance logrado por el texto constitucional de 1993, al haber consagrado de manera expresa el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho constitucional, pues el mismo no se encontraba previsto en las Cartas precedentes; sin embargo, el texto vigente fue el resultado de una aprobación con cincuenta y tres votos a favor y cinco en contra en el Congreso Constituyente. Así también, tenemos a nivel jurisprudencial, algunos pronunciamientos sobre la tutela jurisdiccional efectiva, que se pasan a exponer:

Del expediente N.º 510-2020 Lima, se extrae la noción de tutela, en el sentido que abarca diversos componentes, uno de ellos el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, el cuál debe entenderse por la exigencia de que toda resolución judicial dependa o se fundamente en los presupuestos expresamente establecidos por el derecho.

Expediente N.º 13060-2017 Lima, sobre la motivación insuficiente, refiere al mínimo de motivación exigible sobre las razones de hecho o de derecho. Si bien no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, sí resultará relevante, que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos, resulte manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está resolviendo.

La Casación N.° 60-2016 Junín, sobre el derecho a la debida motivación, ha indicado, que los órganos judiciales, deben justificar objetivamente las razones o justificaciones que sustentan su decisión

2.9.LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En el campo de la argumentación existen diversas teorías, las cuales tiene como objeto la reflexión en los distintos contextos jurídicos, se pueden distinguir tres distintos campos donde se realizan argumentaciones, el primero ocurre en la producción o establecimiento de normas jurídicas en esta a su vez podría diferenciarse entre las argumentaciones que se presentan en una fase prelegislativa y las que se producen en la fase propiamente legislativa.

Otro tipo de argumentaciones surgen cuando un problema pasa a consideración del parlamento o de algún órgano de la Administración. Un segundo campo en el que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, que es el ámbito que nos interesa en la presente tesis, que es donde los jueces en ejercicio de su actividad llevan a cabo en sentido estricto o no, podría afirmarse que la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en los casos difíciles-relativos a la interpretación del derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia, la mayor problemática surge respecto de quienes tienen que conocer y decidir respecto a los hechos, de manera que los argumentos que tienen lugar con ocasión de los mismos caen fuera del campo de estudio de las teorías usuales de la argumentación jurídica.

En suma, la argumentación, parafraseando a Atienza (2004), contribuye a que los órganos superiores encargados de la administración de justicia sean más acuciosos en su faceta de argumentación, debiendo exponer las premisas,

normativas o no, de una inferencia práctica, es decir, de un razonamiento cuya conclusión es una norma. Nos dice, también, que no es posible estudiar la argumentación jurídica aisladamente, sin ninguna atención a la razón práctica.

El citado autor es reiterativo respecto a que la argumentación jurídica debe emplearse por excelencia para resolver conflictos de envergadura compleja, en efecto, los casos sencillos no exigen más allá de la aplicación de la subsunción como procedimiento de resolución directa.

Así también; Figueroa (2009) considera que en toda argumentación el juez ha de desarrollar una labor de examen del problema sobre la base de que su decisión en modo alguno pueda implicar algún tipo de conducta parcial hacia una de las partes y si acaso decidiera que una de ellas tuviere la razón y encontrare consistencia respecto de sus argumentos, entonces deberá justificar idóneamente por qué adoptó esa posición.

En todo contexto de justificación, se exige al juzgador determinar las razones por las cuales expresa su decisión en tal o cual sentido, inculcándola a una cuestión de aceptarla o rechazarla, en ello radica una de las diferencias sustanciales con el contexto de descubrimiento, en el contexto de justificación, el juez va a necesitar fundamentar su decisión, explicando cuál es la justificación para expresar el fallo en el sentido que el mismo ha adoptado.

Dentro de este ámbito, tenemos a la justificación interna y externa, refiriéndose la primera a la lógica interna del razonamiento, mientras que la segunda hace referencia a la corrección material de cada una de las premisas empleadas en el razonamiento.

La justificación externa, además, debe cimentarse necesariamente con el auxilio de las reglas de la lógica, lo cual evita la irracionalidad de la decisión. Son a su

vez exigencias de la justificación externa, “que se proporcione un armazón organizativo- racional a la resolución judicial; 2) Que las razones sean explícitas, existentes, suficientes y congruentes; 3) Que la justificación sea completa” (Matheus, 2008, p. 30).

En el contexto del proceso entran en juego dos criterios de relevancia que operan como estándares de elección de la descripción del hecho que se enuncia: la relevancia jurídica y la relevancia lógica del hecho del cual se habla. La relevancia jurídica deriva del hecho de la calificación del hecho según la norma que se le aplique, a los efectos de la decisión. La relevancia lógica caracteriza aquellos hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna pero que, sin embargo, pueden entrar en el proceso en la medida en que, a través de su conocimiento, se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado.

Para concluir este acápite y siendo que una adecuada argumentación se encuentra íntimamente ligada con el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, encontramos su contenido esencial en el Expediente N°. 3943-2006 Lima, y antes en el voto singular de los magistrados Gonzáles Ojeda y Alva Orlandini Expediente N°.1744-2005 Lima, según se indica:

2.9.1. Inexistencia de motivación o motivación aparente

Se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

2.9.2. Falta de motivación interna del razonamiento

La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

2.9.3. Deficiencias en la motivación externa justificación de las premisas

El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional]

por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

2.9.4. La motivación insuficiente

Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

2.9.5. La motivación sustancialmente incongruente

El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control.

El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas;

pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas

2.9.6. Motivaciones cualificadas

Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

Con este alcance otorgado por el Tribunal, afirmamos que, si bien el dictado de una sentencia condenatoria per se no vulnera derechos fundamentales, sí sucede cuando las facultades jurisdiccionales se ejercen de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos legales.

2.10. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL DERECHO

Para consolidar la confianza en el comportamiento de los demás, con especial atención en el poder público, resulta necesario adoptar diversas medidas institucionales que en conjunto con la articulación de principios cuya finalidad reglamenten las instituciones, posibilite y garantice la fiabilidad de sus decisiones.

Es así que conforme Gallego, (2012) uno de los logros jurídicos más relevantes de la modernidad es la conquista política del principio de seguridad jurídica, concibiéndose el paso del estado de naturaleza pre-político a la sociedad como la superación de la incertidumbre en el derecho y su conversión en Estado de

seguridad.

De modo que los sujetos por el principio de seguridad jurídica-legalidad, podrán calcular las consecuencias de sus actos y prever los beneficios del ejercicio de sus derechos tutelados. La idea de la seguridad Jurídica en el moderno estado de derecho es presupuesto indispensable de los ordenamientos jurídicos.

2.10.1. Breve acercamiento de la seguridad jurídica a su formación en la doctrina jurídica

Sin menoscabo de otros principios o valores éticos superiores, como el de la libertad, la justicia, si nos preguntamos por qué y para qué del derecho no podemos sino concluir, como ha puesto de manifiesto Recasens (2003), que la seguridad jurídica ha sido, y sigue siendo, el motivo fundamental del mismo ya que la seguridad pertenece a la misma esencia del derecho mientras que la justicia pertenece a sus fines, o lo que es igual, la seguridad es el criterio que debe inspirar al derecho. Distingue así en su obra entre dos tipos de valores, valores fundantes y valores fundados, de modo que incluye a la seguridad jurídica entre los valores inferiores pero fundantes puesto que condiciona la posibilidad de la realización de otros valores superiores como la justicia.

Castillo (2002) va más allá al afirmar que la seguridad no sólo constituye la finalidad del derecho sino de la organización política, identificando finalidad del Estado y seguridad: Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así, una personación que por pactos mutuos realizados entre sí fue instituida por la multitud de los hombres y cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fuerza y los medios de todos como lo juzgue oportuno para la seguridad de la paz y defensa común.

Si bien la exigencia de la búsqueda de la seguridad ha sido, desde siempre una constante, este principio adquiere posición notable en la doctrina jurídica por la influencia de los contractualistas y los iluministas, colocándose como un valor de primer orden, siendo a partir de este momento que puede hablarse de la seguridad como presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos.

Castillo (2002) en ningún momento, duda en señalar la seguridad como el fin principal de la ley, sin embargo hasta dicho momento la seguridad jurídica, se encontraba en una situación álgida en la doctrina filosófica, siendo pasible de inestabilidad, desde la simple mención de la doctrina clásica, hasta la consideración de la seguridad como legitimadora del poder.

Si en el pensamiento jurídico clásico ésta tuvo escasa importancia, dicha situación perdurará con los neoutilitaristas que la infravalorarán en aras de otorgar una mayor importancia a otros principios como los de justicia, libertad o igualdad. Aunque ciertamente también hay períodos intermedios en que se realza la importancia del principio, en este sentido, proclamará que el Estado es un sistema de seguridad del derecho. A principios del siglo pasado, se produjo un replanteamiento del principio con García (2009) para quien son tres los objetivos del Derecho: seguridad, justicia y finalidad; siendo entre ellos el primero el verdadero instrumento de acción social.

Sin embargo, las amenazas que ha sufrido el principio de seguridad jurídica, según provienen del derecho libre que agruparían las amenazas teóricas y las que proceden de la oscuridad de la norma, sus lagunas, la falta de simplicidad, su inestabilidad, la multiplicidad de disposiciones, la dificultad y amplitud de los criterios que agrupan lo que denomina amenazas fácticas.

Sobre la seguridad jurídica, Legaz (1979), también hará referencia al derecho como orden y forma de vida que ha de responder, en primer lugar, a la exigencia de la vida mediante el aseguramiento de la paz, reafirmando la doctrina del contrato social nos dice que la seguridad es el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un derecho, o dicho en términos más racionales, lo que constituye el motivo radical y primario de lo jurídico.

Manteniéndose de esta forma, entre los objetivos principales del derecho el alcanzar la paz jurídica y realizar la justicia. En la línea de ensalzar la justicia frente a la seguridad podemos también citar, entre otros autores modernos, a Kruse (1978), quien considera la seguridad como expresión y emanación del concepto de justicia.

Se convierten así estas dos concepciones en armonizadoras y complementarias, aunque el debate entre ambas nunca cesará por presentar ideologías opuestas, surgiendo también posiciones intermedias. Es así, en el momento en que se armonizan y complementan la seguridad y la justicia y no se presentan como antagónicas, cuando la seguridad jurídica se consolida como valor. Precisamente, en el establecimiento de un sistema binario.

El principio de seguridad jurídica, conforme a Castillo (2002) reviste en la actualidad el instrumento jurídico de cualquier país de importancia decisiva. La existencia de un orden establecido por normas que gozan de la vocación de permanencia es, lógicamente, una exigencia también insoslayable en los requerimientos de nuestra sociedad para su normal desarrollo.

Así, también según expresa Leguina Villa (1987), el principio de seguridad jurídica ha adquirido una triple dimensión en el devenir de la sociedad actual: en primer lugar, como conocimiento y certeza del derecho positivo; en segundo lugar, como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social; y, como previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de terceros.

A ello, ha de adicionarse lo proferido por Pérez (2005), quien manifiesta que dentro de la seguridad jurídica debe tenerse en cuenta la claridad jurídica, es decir, que el derecho sea comprensible para el ciudadano y, precisamente por ello, sea previsible la actuación estatal.

Ello supone en cuanto a exigencia a los poderes públicos dos exigencias básicas: la primera es denominada corrección estructural, es decir la garantía de disposición y formulación regular de las normas, lo que abarca implícitamente del *nullum crimen nulla poena sine lege*, la cual abarca a su vez la *lege promulgata*, *lege manifesta*, *lege plena*, *lege stricta*, *lege previa* y *lege perpetua*

La segunda exigencia a la que se denomina de corrección funcional, implica la garantía de cumplimiento del derecho por todos sus destinatarios y la regularidad de la actuación de los órganos encargados de su aplicación.

Gallego (2012) ha puesto de manifiesto subprincipios al principio de seguridad jurídica, siendo cuatro las grandes esferas en que opera: la primera se centra en el proceso previo de creación y articulación del derecho para mayor certeza y calidad técnica; la segunda se encuentra relacionada al mismo momento de creación de la norma a efecto de salvaguardar

situaciones o derechos ya consolidados; y la tercera relacionada con la labor de interpretación del derecho que se traduce en una serie de reglas-principios tales como *la reformatio in peius*, el respeto a los actos propios; y una última, que es posterior al momento de la emanación de la norma y que pretende asegurar una cierta estabilidad en la actuación de éste, un equilibrio entre la necesidad de transformación social, en el caso del poder legislativo, en el principio de libre configuración legislativa.

Por otro lado, la seguridad jurídica en la jurisprudencia nacional ha dejado sentado en el Expediente N.º 2455-2002 Piura, el principio de predictibilidad y certeza en las de las decisiones judiciales en cuanto al principio de seguridad jurídica, implica la exigencia de coherencia o regularidad de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho salvo justificada y razonable diferenciación.

Por su parte, la Sala Penal transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N.º 135-2015 Ica, desarrolla al principio de la seguridad jurídica, del que puede derivarse diversas disposiciones constitucionales, siendo definida como la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y consolida la interdicción de la arbitrariedad, pues permite afirmar la predictibilidad de las conductas, frente a los supuestos previamente determinados por el derecho.

Finalmente, la Sala Penal permanente de la Corte Suprema de Justicia, en su Expediente N.º 46-2018 Lima, señala a la predictibilidad de las resoluciones judiciales como uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia, debido a que permite prever objetivamente las líneas e interpretación de las normas aplicadas para resolver casos similares.

2.10.2. La certeza en el derecho, como manifestación del principio de seguridad jurídica

La previsibilidad jurídica en su dimensión fáctica importa ese estado de cosas que el derecho debe generar, o mejor dicho maximizar, para cumplir con las exigencias normativas del valor de la seguridad jurídica, siendo además que la misma puede darse en mayor o menor grado, teniendo en cuenta además que es una figura compleja que presenta varias dimensiones.

El objeto sobre el que recae la previsibilidad jurídica, se encuentra referido mayormente a acontecimientos futuros; los mismos que serían conductas humanas, tanto acciones dispuestas por las normas jurídicas, como acciones institucionales. Cuando nos referimos a la previsibilidad en particular sobre las decisiones judiciales, Laporta (2007) habla necesariamente de tres: “el contenido proposicional de un enunciado normativo, más el hecho psicológico de que el Juez se adhiera a él, más el hecho institucional de emitir ese enunciado” (p. 270).

De estos tres aspectos el primero, tendría prioridad sobre los otros dos. Conforme al citado autor, existen dos supuestos de la práctica de predecir: “hechos que van a ocurrir y pueden ser probados, o bien corolarios que pueden ser inferidos y comprobados; la previsibilidad jurídica se explicaría mejor a partir de este segundo tipo, de predicciones” (p. 270). A partir de aquí cuanto más seguro sea el razonamiento que dé lugar a la conclusión, más predecible será la misma, y esto ocurre cuando nos encontramos ante razonamientos deductivos, pues otro tipo de razonamientos (evaluativos y/o ponderativos) implicarían un déficit de previsibilidad al no ser necesario el paso de las premisas a la conclusión.

Desde esta perspectiva, la previsibilidad de las decisiones jurídicas hace depender que su contenido sea la conclusión de “un razonamiento lógico subsuntivo, a partir de premisas generales preexistentes y cognoscibles que resulten mecánicamente aplicables, que han de ser por lo tanto reglas jurídicas y no otro tipo de estándares”

(Lifante, 2013, p. 90).

Respecto a los indicios en los que opera la previsibilidad jurídica, se puede afirmar que se encuentra referida a la capacidad de prever que nos ofrece el derecho; de modo que las señales o indicios que se consideran como instrumentos válidos para realizar este tipo de provisiones han de ser ofrecidos por el propio derecho, señalando Laporta (2007), dimensiones de la previsibilidad jurídica, las cuales se pasan a exponer en el siguiente apartado:

A. Dimensión objetiva

Un derecho será tanto más previsible cuantas más cosas nos permita prever, de este modo la gradualidad en la dimensión objetiva dependerá de que se puedan conocer de antemano y con precisión las conductas prohibidas, obligatorias o permitidas, como las consecuencias jurídicas de aquellas, así como también las condiciones para la generación de las mismas.

Ávila (2012) indica que los análisis de la seguridad jurídica se suelen ocupar sólo o fundamentalmente en la dimensión objetiva de la previsibilidad y suelen vincular el grado de previsibilidad objetiva del derecho a la presencia de los distintos sentidos de formalidad interpretativa y la formalidad perentoria.

Desde esta perspectiva, un derecho será tanto más previsible cuanto la aplicación de sus normas pueda realizarse de manera independiente de las razones sustantivas que las justifican, lo que implica que adopten la forma de reglas de acción, y sus intérpretes se limiten a constatar el significado literal de las mismas.

La situación óptima parecería ser en esa perspectiva, la aplicación del derecho a través de un mero razonamiento deductivo que parte de premisas preestablecidas, cualquier término valorativo o discrecional, o incluso cualquier

actividad interpretativa menoscabaría la previsibilidad así entendida, escenario de imposible cumplimiento, no encontrándose ni cerca del objetivo que sea deseable perseguir, sin que ello implique que se renuncie a la previsibilidad.

Por ello, Pérez (1991) señala que el razonamiento aplicativo del derecho sea exclusivamente un razonamiento deductivo (que opere a partir de la subsunción de ciertos hechos en reglas jurídicas preexistentes) no sería condición necesaria para proveer un cierto grado aceptable de previsibilidad objetiva, pero es que además hay ocasiones en las que tampoco resulta una condición suficiente. Es posible imaginar casos en los que una regulación que cumpla con el máximo grado de formalidad en los distintos sentidos señalados no garantice la previsibilidad de los resultados, haciéndose necesario desarrollar otras dimensiones.

García (2009), comparte la dimensión objetiva de la seguridad jurídica, al indicar que se debe establecer mediante leyes y no hechos del arbitrio del Juez, sumado a que este derecho positivo deba ostentar estabilidad.

B. Dimensión subjetiva

Podría considerarse como la extensión de la previsibilidad: “cuántos sujetos están en situación de poder llevar a cabo previsiones. En este sentido, habrá mayor grado de previsibilidad cuanto más fácilmente los ciudadanos puedan realizar dichas previsiones” (García de Enterría, 199, p.102)

El requisito de que las normas sean públicas y se facilite su accesibilidad van dirigidos fundamentalmente a cumplir con esta exigencia. Una norma secreta o de acceso restringido implicaría la negación absoluta de esta dimensión de la previsibilidad. Pero la previsibilidad también es aquí graduable, dependiendo de una serie de factores muy diversos que pueden facilitar o dificultar que

determinados ciudadanos puedan conocer adecuadamente el derecho aplicable. Además, de la publicación y la accesibilidad, no sólo formal de las normas, señala el citado autor, que nos encontramos con la mayor o menor claridad en la redacción, el nivel de complejidad técnica, las remisiones legislativas, la dispersión de competencias normativas, son factores pueden llegar a hacer muy complejo para el ciudadano lego conocer a detalle la regulación aplicable, e allí la importancia con el factor generador de certeza jurídica de esta dimensión: la coherencia normativa que nos ofrecen los principios jurídicos.

El tomar importancia de la relevancia de los principios, permite comprender como también las razones sustantivas, y no sólo las formales, cumplen un papel fundamental en la generación de la previsibilidad.

C. Dimensión temporal

La previsión se realiza siempre en un momento determinado y se refiere a hechos futuros, el lapso de tiempo entre el momento que se realiza la previsión hasta el que alcanzan las previsiones puede ser mayor o menor, y en ese sentido un derecho será tanto más previsible, en esta dimensión, cuánto más largo sea el plazo para el que nos permita hacer previsiones. Es precisamente este aspecto o dimensión de la previsibilidad la que justifica ciertas exigencias jurídicas como la de determinado tipo de irretroactividad o la de la estabilidad normativa.

Respecto a esta última, es importante distinguir dos sentidos en que podemos hablar de estabilidad. Para Arcos (2000) el primero, más formal, entiende la estabilidad como “ausencia de cambios, las normas han de tener un mínimo de perdurabilidad en el tiempo, no deben modificarse con frecuencia, para evitar

que los destinatarios tengan problemas para conformar su conducta a ellas y puedan planificar su conducta a largo plazo”; desde esta perspectiva las transformaciones jurídicas frecuentes son vistas independientemente de su justificación con un desafío a la previsibilidad (p.265)

Para el segundo sentido, sin embargo, la estabilidad se entiende como continuidad, coherencia, por lo que se tendrá que entrar a valorar el contenido de los cambios para determinar si implican o no inestabilidad en este segundo sentido hay que ser conscientes de que en ocasiones ciertos cambios normativos que no afectan a la estabilidad pueden no solo afectarla sino incrementarla.

Para dar cuenta de la dimensión temporal de la previsibilidad no basta con la incorporación de una perspectiva diacrónica, según la cual el derecho es visto como un sistema dinámico, es decir, un conjunto de elementos que cambia en el tiempo, más bien hay que incorporar su aspecto central de práctica social que se desarrolla a lo largo del tiempo y que presenta una cierta continuidad, al menos en sus principios fundamentales como un todo coherente dotado de sentido.

La seguridad o previsibilidad jurídica, en tanto un valor o principio del derecho en conjunto deberá modularse en cada caso en concreto, de modo que el nivel de exigencias o las limitaciones tolerables por el sistema varían en uno u otro ámbito, dependiendo de la naturaleza de los bienes o interés que estén en juego, lo que dará lugar a distintas ponderaciones entre las diversas exigencias derivadas de la seguridad, dirigidas a maximizar la previsibilidad en sus diferentes dimensiones.

Así mismo; no sólo hay que tener en cuenta el sector jurídico en el que nos encontremos, también las ponderaciones a realizar serán distintas dependiendo de la instancia de actuación jurídica de que se trate, en algunos casos como el

derecho penal será de mayor interés incrementar la precisión de la previsión, pero esta ponderación interna exigirá también una ponderación con otros valores jurídicos con los que puede entrar en conflicto.

La previsibilidad que se considera valiosa y la que el principio de seguridad nos obliga a maximizar es aquella que afecta a expectativas jurídicas razonablemente fundadas, ello implica que no es cierto que la seguridad jurídica pueda desarrollarse independientemente de la justicia o injusticia del derecho que predica.

2.10.3. La seguridad jurídica como tarea estatal

A la seguridad jurídica no se la considera solamente como una tarea estatal, sino también como una de las razones de su consolidación, el fin de la seguridad del Estado moderno reside en la protección de los ciudadanos frente al poder del estado y de los privados.

El Estado tiene el derecho a ordenar y el derecho a ser obedecido, y como consecuencia de ello recaudar contribuciones forzosas. “El soberano está limitado en sus actividades, en un grado mayor o menor, dependiendo de las dificultades afrontadas por sus electores” (Loasing, 2002, 274).

Siguiendo su hipótesis, el servicio básico que el Estado provee consiste en el desarrollo y ejecución de una Constitución, ya sea escrita o no escrita. La Constitución especifica la estructura de los derechos, el alcance actual de los deberes estatales de protección es finalmente determinado a través del correspondiente estadio de desarrollo jurídico y de la civilización.

Los derechos fundamentales crean necesidades de tutela y exigen la adecuación de los deberes estatales de protección, así su reconocimiento exige la garantía de la seguridad jurídica.

Una condición esencial son los factores que puedan influir de manera eficaz en las intervenciones del Estado, a efectos de ser calculadas del modo más fiable posible.

La seguridad jurídica conforme a Loasing (2022) “es un mandato jurídico-constitucional, un mandato finalista que trasciende a los derechos fundamentales, que, según la opinión dominante, puede ser realizado incluso a costa de los intereses protegidos por los derechos fundamentales” (p. 280).

Finalmente, según el citado autor, corresponde brindar la importancia debida a la legislación, a la administración de justicia, así como también la jurisprudencia. Los efectos en la libertad y el desarrollo económico son, además, enormes. En rigor, la seguridad jurídica sólo existe cuando se complementa la confiabilidad del ordenamiento jurídico con el concepto de ejecutabilidad, previsibilidad y el concepto de aceptación. Así entendida, la seguridad jurídica es fundamento de todo desarrollo comunitario, sea social, económico o político.

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El presente trabajo de investigación, se erigió planteando que los efectos jurídicos de otorgar jurisdiccionalmente la condición de sujeto activo, al funcionario de hecho, en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el derecho penal peruano son: contravención a los principios de legalidad, analogía, y proscripción de arbitrariedad, previstos en el programa penal constitucional; vulneración a la tutela jurisdiccional sustantiva del investigado, en su dimensión de resoluciones fundadas en derecho e inseguridad jurídica en su manifestación de impredecibilidad de las resoluciones judiciales.

Sobre la base de ello, iniciaremos la contrastación de la hipótesis de manera teórica, conforme a la naturaleza de la investigación, no sin antes precisar cómo es que la teoría del *iuspositivismo* incluyente, coadyuva con dicha finalidad, debido que ésta permite incluir factores morales, en este caso principios del derecho penal y del estado constitucional del derecho, a partir de los cuales se realizará la interpretación y argumentación de cada dimensión hipotética, con el propósito de demostrar los efectos jurídicos anotados en el párrafo precedente.

La inclusión de ésta concepción principista, involucra hablar de un programa penal constitucional; el cuál debe ser entendido como un sistema o diseño de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico 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.

Así las cosas, 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.

En ese entendido, y advirtiendo que la práctica jurisdiccional respecto al funcionario de hecho se ha apartado de esta concepción principista que rodea al derecho penal, es que se ha concluido el presente trabajo de investigación, con una propuesta legislativa, que permita perennizar su definición.

Es a partir del positivismo incluyente, que se ha logrado advertir la necesidad de esta regulación, recordando lo propuesto por uno de sus defensores, como Coleman (2001), quien apuesta sobre la posibilidad que los criterios morales, operen como condiciones de validez de una norma jurídica, en tanto reproduzca el contenido del principio incorporado, que es lo que se lograría con la incorporación del funcionario de hecho en el código penal.

Posición compartida por Waluchow (2015), en el sentido que la existencia y contenido del derecho depende de valoraciones y principios morales básicos de sus constituciones, lo cuál en conjugación con los propuesto por Etcheverry (2006), quien resume la tesis centralista de la teoría bajo comentario,

adicionando que para que una norma debidamente promulgada sea jurídicamente válida, su contenido debe ser congruente con el grupo de normas morales incorporadas, es decir, la moral funciona como un límite al derecho promulgado.

En ese sentido, dado el carácter híbrido del *iuspositivismo* incluyente, nos determina a proponer, a partir de la interpretación de los principios del programa penal constitucional y de estado de derecho, una modificación legislativa, que incorpore la definición del funcionario de hecho, sobre las bases del garantismo penal propuesto por Ferrajoli, que permita racionalizar y minimizar la violencia de la intervención punitiva, que se viene realizando por la práctica jurisdiccional.

3.1. CONTRAVENCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, ANALOGÍA, Y PROSCRIPCIÓN DE ARBITRARIEDAD, PREVISTOS EN EL PROGRAMA PENAL CONSTITUCIONAL

3.1.1. Principio de legalidad

Para contrastar la primera dimensión de nuestra hipótesis, se puso en marcha la actuación de los dos primeros objetivos específicos, los cuales consisten en: a) analizar la regulación otorgada al funcionario público en la legislación penal peruana, en los delitos cometidos por funcionarios públicos, b) interpretar la condición de sujeto activo otorgada al funcionario de hecho, por la doctrina y jurisprudencia penal peruana, obteniendo los siguientes resultados:

Conforme lo desarrollado en el marco teórico, la condición de funcionario público, se ha establecido en el artículo 425 del Código Penal, entendiéndose por aquel:

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”.

Apoyándonos en Montoya (2015); se advierte que en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6, se incluye 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, se evidencia también el interés en imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta.

Es necesario detenernos en el numeral 3, donde se considera como funcionario público, al que mantenga una relación contractual con el Estado, considerándose 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.

Benavente (2015), postula que resulta de gran importancia reconocer, que conforme al dispositivo 425, se advierte 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 su vez; conforme a la visión de Frisancho (2011), puede evidenciarse; que se sigue la orientación brindada por los compromisos internacionales asumidos por el Estado, como son las CICC y la Convención de CNUCC, que otorgan al funcionario Público, un panorama de mayor magnitud, respecto a su connotación como sujeto activo, al realizar su calificación en *numerus apertus*.

Afirmamos que, inevitablemente existe un sujeto activo, considerado como agente necesario para la autoría de los delitos cometidos por funcionarios públicos; haciéndose una nota de atención al respecto, debido a que, en los delitos contra la administración pública, no necesariamente se exige la concurrencia del funcionario público ya que un particular también puede cometerlos.

En ese sentido, se advierte que los delitos cometidos netamente por funcionarios públicos, son aquellos de infracción de deber, debiendo reconocerse obligatoriamente dicha condición de funcionario público, para su configuración, ya que debido a su calidad y el quebrantamiento de sus funciones, se permite su tipificación como agente del delito, al establecerse el reconocimiento específico que le ha otorgado el ordenamiento jurídico, y que es lo que se evidencia en la regulación del mismo, por nuestro sistema punitivo penal, que al desarrollar su responsabilidad lo ha tipificado con ciertas condiciones.

Acto seguido; y con la finalidad de continuar con el cumplimiento de nuestro objetivo b), consistente en interpretar la condición de sujeto activo otorgada al funcionario de hecho, por la doctrina y jurisprudencia penal peruana, se procede a presentar cuadros sistematizando de la información a desarrollar:

Tabla 1

Resultados que muestran el pronunciamiento de la doctrina, respecto al funcionario de hecho y rescatan el contenido del principio de legalidad

Autor	Concepción
Rojas (2009) (Nakazaki, 2006, p. 66) (Moreno, 2021, p. 80)	Es necesario positivizar el concepto de funcionario administrador de facto tomando en cuenta los parámetros del principio de legalidad. Para poder emplear la teoría del funcionario de hecho en el derecho penal es necesario que exista una ley penal que así lo determine, lo que en el caso del Código Penal de 1991 exigiría una modificación del artículo 425. Dejando constancia de la discrepancia que se puede tener sobre el uso de concepto de funcionario de facto, debido a su ausencia de reconocimiento legal, y lo que implica la extensión de la legalidad exigida en el título de imputación a nivel de derecho penal.
(Encina, 2022, p. 10)	En nuestra realidad nacional el funcionario de hecho no es solo ilegal sino también inconstitucional por ir en contra del principio de legalidad. Lo cierto es que no existe en nuestro país una política criminal adecuada. Lo correcto desde mi punto de vista para evitar este problema sería una pequeña modificación del artículo 425 del Código Penal.
(Zamora, 2021, p. 85) (Zamora, 2021, p. 90)	Es necesaria la incorporación de la teoría del funcionario administrador de facto, positivizada en una norma para lograr una definición clara y una correcta aplicación de este fenómeno jurídico. Es necesario desarrollar una propuesta legislativa para la incorporación de esta figura jurídica en el art. 425-A, amparándonos en el principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal, que invoca a sustentar en normas jurídicas la responsabilidad penal.

Tabla 2

Resultados que muestran la aplicación actual del funcionario de hecho, en la jurisprudencia penal peruana

Casación	Resumen
Expediente N.°010-2001-Lima.	El procesado era funcionario desde 1992- como Asesor II del SIN, no obstante, ejercía de hecho el cargo de director general de Administración, que dio ocasión a ser custodio presupuestal, siendo condenado como autor de peculado, al considerar que basta que el sujeto activo, ejerza función pública y que tenga dominio del ámbito administrativo concernido, fundándose la necesidad de dicha figura en la necesidad de proteger el patrimonio público.
Expediente N.° 2758-2004 Lima.	El delito si se configurase, no obstante, formalmente Montesinos ocupaba el cargo de asesor, ejercía de hecho la Jefatura de SIN, cargo que le permitía custodia y administración de los bienes.
Voto Singular del Magistrado Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen Expediente N.° 2758-2004 Lima.	Los fundamentos esgrimidos, contravienen el principio de legalidad al establecer que los jueces pueden crear delitos. El origen político del principio en cuestión radica en la división de poderes que separa de manera clara las uniones del legislador y Juez. La sujeción del Juez en la Administración se da dentro del sentido literal posible del texto. Así mismo; respecto a la condena de los cómplices Luis Bedoya de Vivanco y Tomás Gonzáles Reategui, se vulnera el derecho la igualdad de trato en los procesos penales.
Voto Singular de Revoredo Marsano Expediente N.° 2758-2004 Lima.	La usurpación de funciones públicas no convierte al usurpador en funcionario público; interpretar lo contrario es apartarse del texto claro, expreso y literal de la ley penal.
Casación N.° 442-2017 Ica.	Presupuestos para considerar como F. de Hecho: (i) el cargo no tiene existencia legal, pues no existe dentro de la organización administrativa de la Corte Superior de Justicia de Ica, (ii) no concurre la posesión del cargo, pues el casacionista se desempeñaba como auxiliar de requisitorias; y (iii) no hay apariencia de legitimidad del título o nombramiento, pues el acto de delegación, conferimiento o designación de la función ni siquiera existió.

Casación N.° 163-2018 Lambayeque.	Los argumentos de fondo fueron absueltos en atención a la valoración de las funciones que ostentó en la realidad al interior de la entidad edil agraviada y le permitieron la realización del ilícito imputado
-----------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Del primer cuadro, donde se ha mostrado el pronunciamiento de la doctrina, respecto al funcionario de hecho, podemos advertir que los autores allí indicados, interpretan su condición de forma negativa, al coincidir en su totalidad, que resulta atentatorio al principio de legalidad; confirmando además lo que el presente trabajo de investigación plantea, que es su positivización en el Código Penal, ante la vulneración alegada.

En adición a ello; Moreno (2021), considera que la construcción del funcionario de hecho, tiene base en lo irregular, por su no tipicidad específica en la materia penal; por otro lado, Nakazaki (2006) amplía la interpretación sobre esta figura, al señalar que la doctrina, asume la concepción restringida de funcionario de hecho, es decir se considera como título de habilitación al título o nombramiento nulo, además de más elementos para su connotación tales como: i) existencia del cargo, ii) Posesión del cargo, iii) posesión pacífica del cargo, iv) posesión pública del cargo, v) apariencia de legitimidad ante el público vi) posesión de buena fe y vii) finalidad lícita del ejercicio de la función.

La jurisprudencia, conforme al segundo cuadro, ha interpretado al funcionario de hecho, reconociendo dos visiones sobre su naturaleza, una amplia y otra restringida; siendo de mayor crítica la primera por no tenerse en cuenta el elemento del nombramiento nulo, por lo que la visión restringida es la que mayor acogida ha tenido, en tanto implica para su aplicación, la concurrencia de requisitos específicos desarrollados en la Casación 442-2017 Ica, consistentes en: i) la existencia legal del cargo, ii) la profesión del cargo de forma pacífica,

pública, continúa y de buena fe, y iii) la apariencia de legitimidad de título o nombramiento; no obstante, ha de puntualizarse que a la fecha tales requisitos no son de carácter vinculante, razón por la cual se tienen diversas valoraciones para su calificación, como es de verse del resto de jurisprudencia mencionadas en el mismo cuadro, mencionándose una vez más la vulneración del principio de legalidad en aquellas, en los votos singulares de los Magistrados Bardelli Lartirigoyen y Revoredo Marsano, dentro del expediente N°2758-2004.

Ahora bien; ya realizada la ejecución de nuestros dos primeros objetivos específicos, damos cuenta que; por el momento, el único sujeto activo revestido de legalidad, en los delitos cometidos por funcionarios públicos, es justamente el funcionario o servidor público, conforme a lo estipulado en el artículo 425 del código penal, el cuál en comunidad con las definiciones propuestas por los tratados internacionales como la CICC y la CNUCC, permiten su connotación; así también, los delitos cometidos por aquellos, son de infracción de deber.

En ese sentido; respecto al funcionario de hecho, advertimos total distinción, en primer orden, al no estar contenido en el cuerpo normativo debido, como es el código penal, y por ende no poder ser considerado como sujeto activo, menos aún, en delitos referidos a infracción de deber; por lo que, para lograr homogeneidad con el ordenamiento jurídico, necesariamente tendrá que regularse como tal, conforme así también lo ha señalado la doctrina referida en el primer cuadro.

Ahora bien; sobre los efectos generados por el funcionario de hecho, respecto al principio de legalidad propiamente dicho; corresponde recordar que este 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 momento, que; efectivamente el funcionario de hecho conforme a la praxis jurisprudencial vigente, atenta la reserva de ley, al no haberse producido 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, a efecto de que sus exigencias reforzadoras de validez o legitimidad constitucional, puedan predicarse; en efecto, esta figura no es congruente con la exigencia establecida de forma explícita en el artículo 2, inciso 24, literal "d" de la Constitución Política del Perú, que estipula 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.

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 a la actualidad afirmamos, carece de determinación, contenido y por ende 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 puede ser sancionada como delictiva con posterioridad a ésta; en este sentido, precisamos que de pronto los delitos cometidos contra la administración pública- delitos cometidos por funcionarios públicos, se encuentran ya tipificados en el Código Penal, el cuestionamiento de la tesis se centra en el sujeto activo, él que comete la acción penal, el cual no ha sido previamente definido; y sin el cuál es imposible realizar todo juicio de tipicidad al respecto.

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).

Ya convencidos del incumplimiento, de las diversas manifestaciones del principio de legalidad, por parte del funcionario de hecho, corresponde detallar aún más, la incompatibilidad que presenta dicha figura jurisprudencial, con la legalidad del ordenamiento jurídico penal vigente.

Ahora bien; otra de las consecuencias, que acarrea aplicar la figura de funcionario de hecho, es desvirtuar la teoría del delito, o como lo ha denominado Simaz (2022), características esenciales constitutivas del delito; partiendo por los serios apuros, 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 atribírsele deberes cognoscibles o determinables, dificultando de esta manera, la conducta o comportamiento como estructura del delito; así también conforme se ha hecho ver desde el inicio de la investigación, la tipicidad en lo que respecta al sujeto activo, como parte de la configuración del tipo penal, ha sido seriamente

afectada, 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.

A partir de allí, podríamos cuestionar, si efectivamente un sujeto activo inexistente, como lo es el funcionario de hecho, podría lesionar el bien jurídico de los delitos contra la administración pública, consistente en su correcto y regular funcionamiento, que solo podrían realizar los sujetos activos existentes, como los funcionarios públicos.

De otro lado, en lo que refiere al ámbito de autoría y participación, surge la interrogante de saber, a partir de la figura del funcionario de hecho, cómo se otorgaría el tratamiento jurídico al ciudadano que no es funcionario público, lo que se conoce como *extraneus*, y más aún; cómo se vería afectado el ámbito del derecho de defensa del investigado, en lo que refiere a la obligatoriedad en su imputación, ámbito probatorio, determinación de la pena, entre otros.

Todas ellas, sin duda; consecuencias negativas que viene provocando, el funcionario de hecho, en la práctica jurisprudencial; que reafirma nuestra hipótesis en cuanto a la contravención del principio de legalidad, que como hemos desglosado, deriva desde la primera manifestación del principio de legalidad emanado del parlamento, y que nos traslada al apotegma *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, que se traduce en ningún delito, ninguna pena sin ley previa; hasta el fin por el que fue dispuesto, esto es controlar el poder de los jueces, a fin de impedir cualquier forma de interpretación que no provenga de la ley; desterrando toda arbitrariedad del Estado, en ejercicio de su

ius puniendi; siendo necesario recordar lo propuesto por Roxin (1979), respecto a la necesidad de regulaciones exactas en forma de leyes, y la sumisión del derecho penal a la ley, como única fuente creadora de delitos y penas. cristalizando con ello, la seguridad de un sistema penal garantista, cognitivo o de estricta legalidad.

Posición compartida y complementaria, a la teoría garantista, postulada por Ferrajoli (1989), la cual aspira a un modelo de derecho penal, caracterizado por la presencia de garantías dirigidas a asegurar el máximo grado de efectividad del catálogo de derechos fundamentales y principios constitucionalmente protegidos, que incrementen la certeza y la credibilidad; que no sería posible alcanzar, sin la positivización del funcionario de hecho, que daría cumplimiento a la estricta legalidad requerida.

3.1.2. Principio de analogía

Se cree conveniente para la demostración de esta dimensión de la hipótesis, poner en marcha nuestro segundo objetivo específico, consistente en determinar los efectos jurídicos, generados por el funcionario de hecho, respecto al principio de analogía.

Con ese propósito, al igual que sistematizamos jurisprudencia y doctrina, para presentar resultados sobre la vulneración del principio de legalidad, expondremos lo propio, para mostrarlos respecto a la vulneración al principio de analogía.

Tabla 3

Resultados que muestran la posición de la jurisprudencia penal peruana, respecto al funcionario de hecho y definen al principio de analogía

Expediente	Postura
Expediente N.º 2758-2004 Lima.	El principio de legalidad exige (<i>lex scripta</i>) que sea anterior al hecho sancionado (<i>lex previa</i>), descripción de un supuesto de hecho estrictamente determinado (<i>lex certa</i>). Su cumplimiento determina el rechazo de la analogía como fuente creadora de los delitos y las penas y limita, absolutamente a los jueces la posibilidad que se conviertan en legisladores.
Expediente N.º 2235-2004 Lima.	El ser humano, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En ese sentido, se encuentra vedada la interpretación analógica, <i>in malam partem</i> de las normas que restrinjan derechos.
Expediente N.º 2235-2004 Lima.	Los alcances de dicho principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos no han de entenderse restrictivamente como pertenecientes sólo al ámbito del derecho penal y procesal penal, sino como aplicables a todo el ordenamiento jurídico.

Tabla 4

Doctrina sobre el funcionario de hecho y el principio de analogía

Autor	Concepción
(Rodríguez, 2015, p. 145)	Considerar como funcionario público a aquel que no ha sido considerado por el tipo penal como tal, constituye una clara analogía <i>in malam partem</i> , la misma que se encuentra proscrita por el derecho penal, ello porque se le asigna a un sujeto la categoría de funcionario público y se le impone la consecuencia punitiva del ilícito penal.
(Lascuraín, 2019, p. 275)	Por ello el principio incluye entre sus postulados el del carácter vinculante de las leyes penales, que incluye la prohibición de analogía <i>in malam</i> . No solo no puede el juez penal considerar delito

(Ferrajoli, 1994, p.65)	<p>lo que no está previsto como tal en la ley, ni contemplar tampoco agravaciones alegales, sino que ni siquiera puede el juez penal penar o agravar una conducta que no está descrita como punible o agravable en la norma penal pero que es parecida, análoga en su desvalor, a las que sí lo están.</p> <p>La analogía está en efecto excluida si es in <i>malam partem</i>, mientras que se la admite in <i>bonam partem</i>, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del <i>favor rei</i>, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad.”</p>
(Armijo, 2010, p.88)	<p>La analogía <i>in malam partem</i> está prohibida por el principio de legalidad, en tanto afecta los derechos fundamentales del acusado. El principio de taxatividad responde a una obligación inherente al legislador. Por ello, la Sala ha reiterado en múltiples pronunciamientos que el tipo penal debe estar estructurado de la forma más clara y precisa posible.</p>
(Prunotto, 2021, p.78)	<p>Analogía <i>in malam partem</i>, es decir en perjuicio del imputado, no se admite bajo ningún punto de vista por la expresa aplicación de los principios de legalidad y de reserva.</p>
(Urquiza, 2017, p. 627)	<p>La analogía está expresamente prohibida en el derecho penal.</p>

Partimos por recordar; sobre la base del derecho a la libertad, reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política del Estado; que todo ser humano es libre de realizar todo aquello que no esté prohibido por la ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda.

En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales, sólo pueden establecerse respetando el principio de legalidad, la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además, realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, conforme así también se ha expresado en el Expediente N.º 2235-2004 Lima, contenido en el primer cuadro del presente acápite.

Ahora bien; recordamos también a Urquiza (2017), quien ha señalado dos concepciones respecto a la analogía, distinguiéndolas entre la que favorece al reo, conocida también como analogía *in bonam partem*, y en sentido contrario la que no lo favorece, conocida como analogía *in malam partem*.

Señalada dicha calificación, corresponde determinar qué tipo de analogía, es la que se realiza con la práctica del funcionario de hecho, teniendo presente para ello, las unidades de análisis siguientes: a) Expediente N.º010-2001- Lima, b) Expediente N.º 2758-2004 Lima, c) Casación N.º 442-2017 Ica; y, e) Casación N.º 163-2018 Lambayeque.

Unidades de análisis, donde se advierte en su totalidad, salvo la Casación N.º442-2017, donde se revocó el fallo; condenaron a los investigados como autores del delito de peculado, siendo la principal de sus motivaciones, las funciones que desempeñaban en la realidad y/o la capacidad de disposición sobre los bienes.

Evidenciándose con ello, la práctica clara de la *analogía in malam partem*, en contra de los acusados, quienes se vieron privados de su libertad, por las decisiones de los operadores de justicia, quienes equipararon al funcionario de hecho, como si fuera funcionario público, quien puede ser el único sujeto activo pasible de cometer delitos funcionariales, atribuyéndole las mismas obligaciones, pese a no estar revestido de estricta legalidad, a través de la validez normativa. Omitiendo a su vez; el hecho que, al hablarse de delito de neta infracción, debe reconocerse como obligatoria la condición de funcionario público u otro agente tipificado en el que recaigan las mismas obligaciones, situación con la que el funcionario de hecho a la fecha no cumple; siendo además, conforme lo hemos citado en la demostración de la contravención al principio de legalidad, figuras

distintas; el funcionario público conforme se advierte de artículo 425 del código penal, es aquel que se da por selección, designación y elección; mientras que el funcionario de hecho, en palabras Nakazaki (2006), se da con el título de habilitación, que sería el nombramiento nulo, junto a otros elementos como la posesión del cargo, posesión pacífica, entre otras.

Es de mencionarse a su vez; que debido al empleo de la analogía de tipo *in malam partem*, se ha desnaturalizado el delito de peculado, que es el recurrente en las sentencias bajo comentario; en tanto el agente comisivo, debe poseer ciertas peculiaridades y facultades, como, por ejemplo, la vinculación funcional entre los bienes estatales y el funcionario, los cuales no fueron tomados en cuenta al momento de emplear la figura del funcionario de hecho.

Así las cosas, y de conformidad a lo establecido en el dispositivo 139, inciso 9 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo III del Código Penal vigente, concluimos que, efectivamente el funcionario de hecho, incumple con la proscripción de analogía, de tipo *in malam partem*, establecida en la normativa vigente, la cuál de forma expresa no solo la ha prohibido para calificar un hecho como delito o falta; si no también, para definir un estado de peligrosidad o determinación de pena o medida de seguridad.

Disposiciones concordantes con lo resuelto en el Expediente N.º 2758-2004 Lima, quien determinó el rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas; limitando a los jueces la posibilidad de volverse legisladores, remitiéndose para ese resultado, al cumplimiento del principio de legalidad, el cual exige *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*. Postura reforzada por Bustos (1994), quien agrega la insuficiencia por parte del Poder Judicial, quien, al no ser elegido por participación popular, no tiene vinculación directa con el sistema de control

directo del Estado.

Es inevitable, no dejar de recordar la preponderancia del principio de legalidad, mismo que es conexo al de analogía, al ser impedimento de toda ampliación de la base punitiva. Así mismo; es propicio recordar a Urquiza (2004), quien postuló que el derecho penal es un instrumento diseñado por y para el hombre, lo cual significa que el *ius puniendi* tiene que expresar un perfil antropocentrista, esto es el respeto a la dignidad de la persona.

Su dignidad implica, la no restricción de los fueros de su libertad, mediante la aplicación de la analogía, no pudiendo instrumentalizar al hombre con la finalidad de lograr objetivos estatales o de interés general, ello constituye el fundamento y principio inspirador de toda comunidad de hombres racionales, siendo en la actualidad que el derecho penal debe construir sus categorías sobre la base de valorar al hombre como un fin en sí mismo, mas no como un instrumento.

En ese sentido; toda interpretación se encuentra permitida mientras se mantenga dentro del texto legal, siendo que, si algún supuesto no pudiese ser comprendido dentro de la literalidad posible del texto, ante una ausencia en su previsión o por desbordar de su tenor, desembocará siempre en una analogía.

3.1.3. Principio de proscripción de arbitrariedad

En continuidad con la demostración de la hipótesis, se sigue en ejecución de nuestro segundo objetivo específico, pero en esta etapa, con relación al principio indicado.

Con ese propósito, al igual que se viene sistematizando jurisprudencia y doctrina, la presentaremos respecto al principio de proscripción de arbitrariedad.

Tabla 5

Resultados que muestran la concepción de la jurisprudencia penal peruana, respecto a la proscripción de arbitrariedad

Expediente	Posturas
Expediente N.º 0006-2003 Lima.	La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias.
Expediente N.º N°0090-2004 Lima	Al reconocerse en los artículos 3º y 43º de la Constitución Política del Perú el Estado Social y Democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión.
Expediente N°0090-2004 Lima Fundamento 12	El concepto de arbitrariedad contiene tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: i) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; ii) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y iii) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad.
Expediente N.º 6167-2005 Lima	El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia

Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139 de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31 *in fine* de la Carta Fundamental.

Expediente N.º 3167-2010 Lima

En este sentido, la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias.

Expediente N.º 03987-2010 Lima

El principio acusatorio permite garantizar el derecho de defensa ya que sólo cuando existe un cargo concreto y específico la persona podrá defenderse y, por su parte, el principio de proscripción de arbitrariedad de los poderes públicos exige que las autoridades públicas no realicen actividades o investigación arbitrarias o despóticas.

Tabla 6

Resultados que muestran la concepción de la doctrina, respecto a la proscripción de arbitrariedad

Autor	Concepción
(Diez, 1981, p.84)	El Derecho Penal debe al mismo tiempo, rechazando la violencia o la arbitrariedad, procurar al individuo un espacio en el que pueda decidir libremente y realizar sus resoluciones conforme a su propio criterio. Por eso, el Derecho Penal no solo restringe la libertad, sino que también la crea.
(Recasens, 1940, p. 214)	La arbitrariedad existe cuando "el poder público, con un mero acto de fuerza salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a una regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior o la sustituya.
(Castillo, 2004, p. 57)	No se protege al ciudadano frente al poder punitivo del Estado- si únicamente se prescriben supuestos de hecho, y no se estipula el <i>quantum</i> y la clase de consecuencia jurídica, porque la arbitrariedad estatal se puede expresar (como efectivamente ocurre) a través de la imposición de consecuencias jurídicas que no están establecidas con antelación al hecho.
(Cresci, 2014, p.475)	El dictado de una sentencia condenatoria per se no vulnera derechos fundamentales, pero sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, es decir, cuando no se motivan debidamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción.
(Zaffaroni, 1998. p.199)	Un racional sistema penal contravencional no es lo mismo que un estado peligroso sin delito, pues el primero se manejará con tipos legales, en tanto que el segundo invariablemente terminará en una vaga fórmula general, que deja al magistrado cualquier ámbito de arbitrariedad.

En principio, recordemos que la dimensión subjetiva del derecho penal, atribuye al Estado, la facultad punitiva conocida como el *ius puniendi*, misma que se encuentra sujeta a ciertos límites. En tal sentido el derecho a castigar se funda en distintas concepciones políticas, partiendo de la concepción del estado social y democrático de derecho como fundamento; siendo que, según ese criterio el derecho penal deberá someterse a otra 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.º6167-2005 Lima y N.º0090-2004 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 señalando que el principio de proscripción de arbitrariedad, es inherente a los postulados esenciales de un estado constitucional democrático de derecho, mismo que tiene alcance sobre todos los poderes públicos constituidos, no existiendo alguna de sus competencias que puedan 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 analogía, dentro ellos el derecho contenido por 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.

Implicando 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 conjunto 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.

Sometiéndose 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.

Derechos conculcados por su práctica, que recae en irrazonable, debido a la falta de justificación en su aplicación, como es de advertirse de las principales resoluciones que se han citado oportunamente, donde en el caso Montesinos, se reducen solo a señalar que bajo el desarrollo de la jurisprudencia, es que se aplica la figura de funcionario de hecho; mientras que en la casación N.º 442-2017 Ica, pese a haber realizado el esfuerzo de conformar alguno de sus

componentes, no se evidencia esta necesaria justificación, la cual es parte de la fundamentación objetiva, conforme así ha sido desarrollado en el expediente N.º 0090-2004 Lima, respecto a la proscripción de arbitrariedad.

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, conforme a las sentencias bajo comentario, 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 es 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, pese a su conocimiento sobre 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 del Expediente N°0090-2004 Lima, partiendo por 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; advirtiendo claramente que lejos de forzar una figura jurídicamente inexistente, se pudo realizar un juicio de tipicidad dentro del catálogo de delitos normados y vigentes al momento de la comisión del hecho.

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, según así lo predica el artículo primero de la Constitución Política del Estado.

Damos cuenta de la ejecución de los dos primeros objetivos específicos ya acotados; los cuales nos permitieron concluir que el funcionario público y el funcionario de hecho, conforme a su práctica actual, son dos figuras distintas, ostentando cada una de ellas elementos propios.

Del mismo modo, luego del análisis de congruencia de los principios de legalidad, analogía y proscripción de arbitrariedad, respecto al funcionario de hecho, se evidenció la vulneración de los principios señalados.

Desenlace que no hubiera sido posible lograr, de no haber utilizado los métodos: inductivo, analítico, sintético, comparativo, hermenéutico y dogmático jurídico, los cuales nos permitieron abordar las decisiones jurisdiccionales, para su estudio y organización de fundamentos, que nos permitan su comparación con los principios constitucionales contenidos en el derecho penal, para posteriormente con el método de argumentación, exponer los fundamentos de su contravención.

3.2. VULNERACIÓN A LA TUTELA JURISDICCIONAL SUSTANTIVA DEL INVESTIGADO, EN SU DIMENSIÓN DE RESOLUCIONES FUNDADAS EN DERECHO

Para la demostración de esta dimensión de la hipótesis, nos apoyaremos en la aplicación de nuestro tercer objetivo específico, consistente en determinar si las resoluciones emitidas por la jurisprudencia nacional, respecto al funcionario de hecho, se encuentran fundadas en derecho.

Considerándose en principio, consignar jurisprudencia, que desarrolla la tutela jurisdiccional efectiva, y la debida motivación de las resoluciones judiciales, siendo que, teniendo claro su contenido, se procede a realizar el análisis de la jurisprudencia materia de unidad de análisis; permitiéndonos de esto modo, la demostración de la segunda dimensión de nuestra hipótesis.

Tabla 7

Demostración de Hipótesis

Expediente	Argumento
Casación N.º 60-2016 Junín	El derecho a la debida motivación de las resoluciones implica que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que sustentan una determinada decisión.
Expediente N.º 13060-2017 Lima	La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

Expediente N.º 510-2020 Lima

La tutela procesal efectiva, abarca diversos componentes, uno de los cuales es el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, por dicha regla debe entenderse la exigencia de que toda resolución judicial no dependa o se fundamente en la libre discrecionalidad del juzgador, sino en los presupuestos expresamente establecidos por el derecho.

Cuando nos referimos a esta dimensión de la tutela jurisdiccional, esto es a resoluciones fundadas en derecho, indudablemente nos situamos directamente en la obligación de todo juzgador, a emitir su fallo debidamente motivado, que resuelva el interés o derecho, respecto del cual se solicitó su resolución; recordando además, que el derecho a la debida motivación, es un derecho constitucionalmente protegido, conforme así se ha establecido, en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Estado.

Par afirmar que, una resolución de controversia jurídica, está amparada en derecho, en el área del derecho penal, el cual, conforme se ha venido desarrollando, obedece a parámetros de estricta legalidad, respecto a la nomenclatura; partimos por afirmar; que, si todo conflicto encuentra solución a partir de la norma jurídica; el juez opera lo que se denomina silogismo, donde necesariamente, se identifica una proposición normativa, referida a las premisas fácticas (los supuestos de hecho enunciados en el caso), y una conclusión (decisión o consecuencia jurídica).

Elementos que, no se encuentran en la figura del funcionario de hecho, la cual es atípica, así como; tampoco se encuentran las pautas para formular un silogismo, entre otras coincidentes con la ya mencionada, justamente por su carencia normativa.

De otro lado; se descarta también, la concurrencia de un caso complejo, en el sentido que el funcionario de hecho no está caracterizado por la concurrencia de numerosas premisas factuales, que, a su vez, lleguen a concurrir en diversas o muchas normas jurídicas para resolver el conflicto; encontrándonos por el contrario con una laguna de reconocimiento.

En tal sentido; no se cuenta con un parámetro concreto, el cual nos sirva como punto de partida, para advertir si las resoluciones emitidas por la jurisprudencia se encuentran fundadas en derecho, bajo los estándares de estricta legalidad, cuya importancia, se ha desarrollado en la primera dimensión de la hipótesis.

Siendo así, se hace necesario servirnos de la intervención y utilidad de la teoría de la argumentación jurídica, para analizar las principales sentencias del funcionario de hecho; y poder determinar si han sido emitidas conforme a derecho.

Así las cosas, iniciamos con las referidas al caso Vladimiro Montesinos, contenidas en el Expediente N.º 010-2001 Lima, emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, el veintinueve de mayo de dos mil tres; y, la contenida en el Expediente N.º 2758-2004 Lima, emitida por el Tribunal Constitucional, el veintitrés de noviembre de dos mil cuatro; apoyándonos para ello, en las categorías expuestas por el Tribunal Constitucional en el caso N.º 3943-2006, sobre la debida motivación.

Vladimiro Montesinos Torres, fue condenado como autor del delito de peculado, en el caso medios televisivos- Movimiento Independiente, Lucho en Miraflores, imponiéndole ocho años de prisión efectiva; y Luis Guillermo Bedoya de Vivanco con José Tomás Gonzáles Reategui, como cómplices, habiéndoles impuesto cinco y tres años de prisión efectiva respectivamente, conminándoles además a

un pago de reparación civil, de dos millones de nuevos soles, que deberían abonar de forma solidaria, siendo que el condenado Bedoya de Vivanco, además deberá restituir los veinticinco mil dólares recibidos.

3.2.1. Inexistencia de motivación o motivación aparente

Sobre el cumplimiento de este ítem, existen razones varias para aseverar la inexistencia de motivación en algunos extremos y aparente en otros, así por ejemplo; consideramos que lo expresado en el considerando séptimo: Que, analizando lo glosado en los considerandos precedentes, la sala forma convicción de que el procesado, Vladimiro Montesinos Torres, ejercía de hecho el cargo de Director General de Administración del SIN”, carece de motivación; debido a que se omitió desarrollar la explicación sustancial, de la cual sería el inicio para resolver la controversia, esto es; la connotación del sujeto activo, es decir del funcionario de hecho, apreciándose simplemente la aseveración de la convicción a la que arribó la sala, remitiéndose a testimoniales de Rolando Salazar Monroe Bonucceli y José Abel Villalobos Candela, quienes señalaron que Vladimiro Montesinos, ejercía de hecho las funciones de Director de la Oficina Técnica de Administración del SIN, sin otorgar explicación adicional al respecto.

Así también; no se aprecia la evaluación de otros elementos periféricos, que corroboren los dichos, y menos aún; se aborda la prueba indiciaria y sus componentes de ningún modo, peor aún no se hace ni si quiera el mínimo esfuerzo por construir los elementos del funcionario de hecho, como para considerarlo como tal, pese a su atipicidad. Lejos de ello; bajo doctrina extranjera no vinculante para su sustento, sin hacer si quiera el intento de subsunción de sus propias citas, conforme es de verse del numeral IV.B, donde se expuso que,

el acusado Vladimiro Montesinos Torres, en el caso que es materia de examen, tiene condición de autor del delito, por el cual se le juzgó, por cuanto detentó la administración de hecho de fondos públicos, supuesto, por lo que, sujeto activo puede ser también el funcionario de hecho IVIC. Admitir al administrador de facto, se funda en la necesidad de proteger el patrimonio público.

Así mismo; respecto a la doctrina nacional, refiere que, para que se pueda predicar de un servidor público la comisión de peculado, no se necesita que a éste se le confíe físicamente los bienes, sino que es suficiente la capacidad de disponer de ellos, como consecuencia de la función desempeñada.

Evidenciándose más bien; una pretensión desesperada de referirse al verbo rector del delito, a la capacidad de disposición, dejando de lado la calidad y/o condición que debe reunir todo sujeto activo, quien va a realizar la acción penal, mismo que es el vértice de la acción penal.

De otro lado; encontramos motivación aparente, en el extremo referido a la reparación civil, conforme es de verse del numeral VII de la sentencia, donde se estableció que la reparación civil comprende a) la restitución del bien o, si no es posible, el pago del valor; y ii) la indemnización de daños y perjuicios, constituyendo una categoría acogedora de los efectos producidos por el delito, siendo que por ello corresponde al colegiado determinar la compensación civil, sin más que desarrollar, establecieron el pago de los dos millones de soles, que deberían pagar de forma solidaria y la restitución del dinero recibido, equivalente a veinticinco mil dólares; no exponiendo las razones mínimas que sustenten la decisión, tratando de cumplir formalmente con el mandato de motivación, alegando frases que no ostentan solidez fáctica ni jurídica, como la correspondiente a toda reparación civil.

Qué; toda reparación civil, para su configuración necesita la exposición del cumplimiento de la concurrencia de varios elementos, como el de la ilicitud o antijuricidad, que importa la verificación de que los daños causados no estén permitidos por el ordenamiento jurídico; el daño jurídicamente indemnizable, constituido por las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídicamente tutelado, el cual puede ser patrimonial y extrapatrimonial.

El patrimonial, se subdivide en daño emergente, referido a la disminución inmediata de la esfera patrimonial, y en lucro cesante, referido a la ganancia, la utilidad o ventaja dejada de percibir; y el extrapatrimonial, se subdivide en daño a la persona, el cuál por el tipo de ilícito no resulta *perse* exigible; sin embargo, de los aplicables tampoco se ha expresado de manera motivada su exposición.

Lo mismo ha sucedido, respecto a la ausencia de motivación, con referencia al nexo causal y el factor de atribución; debido a que no se advierte la exposición de la relación de conexidad, que debe existir entre el evento lesivo y el daño producido, así como; el supuesto justificante de atribución de responsabilidad de los sujetos, en este caso los señores Montesinos, de Vivanco y Gonzales Reategui, vale decir; a título de qué, va a responder quien ocasionó el daño, es decir por dolo o culpa, que son parte del criterio de imputación subjetivo, o por haber utilizado o desarrollado un bien o actividad riesgosa o peligrosa, correspondiente al criterio de imputación objetiva.

Finalmente, nada se ha dicho respecto a la intención dolosa -del autor o del partícipe- de cometer el delito de peculado. Tampoco parece claro, si la participación del recurrente en los hechos, revestía la calidad de indispensable o necesaria; a fin de la configuración del delito. Es decir, no se ha fundamentado en la recurrida, ni se le exige en esta sentencia, fundamentar la intención dolosa

del recurrente, lo anterior no significa, que quede exonerado de toda responsabilidad por otros delitos, en caso no llegue a tipificarse el de peculado.

3.2.2. Falta de motivación interna del razonamiento

Cuestionamos en este apartado, lo que citábamos como vértice de la sentencia bajo comentario, y de los delitos cometidos por funcionarios públicos; refiriéndonos claro está, a la condición del sujeto activo, en este caso el denominado funcionario de hecho, posición que asimiló la Sala Penal Especial, para calificar a Montesinos Torres, como autor de peculado; la razón del cuestionamiento, radica en que; conforme se ha señalado en el ítem precedente, llegaron a dicha conclusión, basándose en dichos de testigos que causaron convicción, respecto a la disposición de hecho sobre la administración del autor; sin embargo del considerando sexto se lee:

Rolando Salazar Monroe, Guido Bonucelli y José Abel Villalobos Candela, en la sesión de fecha seis de marzo del presente año, sostienen que Vladimiro Montesinos Torres, ejercía de hecho, las funciones de director de la Oficina Técnica de Administración del SIN, y como tal, se constituyó en custodio del presupuesto y de los dineros desviados por el Ministerio de Defensa, del interior, los institutos armados y otras dependencias públicas; Julio Rolando Salazar Monroe, quien ocupó el cargo de jefe del servicio de inteligencia nacional, desde el mes de enero de mil novecientos noventa y uno, hasta el veinte de agosto de mil novecientos noventa y ocho, manifestó que sabía que el señor Montesinos, a su entender era un administrador de ese fondo (Sala Penal Especial de la Corte Superior, p. 6).

Por su parte, el testigo Humberto Guido Rozas Bocunelli, quien laboró como jefe del servicio de inteligencia nacional, desde agosto de mil novecientos noventa y

ocho, hasta octubre del año dos mil; refiere que él; depende del presidente de la república; y él es, quien da la orden para que esos fondos sean administrados por el ex asesor.

José Abel Villalobos Candela, quien se desempeñó como director de la oficina técnica de administración, desde marzo del año mil novecientos ochenta y nueve, hasta enero del dos mil uno refiere que el jefe del servicio le ordenó, que ese dinero por orden del Presidente, se le iba a dar al señor Montesinos, ese dinero en dólares se le entregaba al doctor Montesinos y el señor Montesinos firmaba dos recibos, y esos recibos por las cantidades que recibía eran entregados al Jefe del Servicio.

Testimoniales, que permiten afirmar que; la conclusión a la que llegó la sala, carece de coherencia narrativa en la inferencia de sus premisas, en el sentido que se lee de los dichos de los propios testigos, que dejan entrever que más bien el que tenía dominio sobre los caudales del Estado, era el Presidente de la República, si bien es cierto Montesinos Torres era parte, no contaba con poder de decisión y disposición absoluta como lo afirma la Sala, presentándose más bien un discurso absolutamente confuso, incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.

3.2.3. Deficiencias en la motivación externa

De igual modo, y en concordancia con los fundamentos expuestos en las deficiencias de la motivación interna, encontramos que la decisión de revestir a Montesinos Torres, como funcionario de hecho, es inválida; debido a la ausencia de conexión entre la premisa fáctica, que hemos comprobado es confusa en su narrativa y la constatación jurídica que le corresponde en el ordenamiento jurídico, debido a que no existe posibilidad de engranarla, aplicarla e interpretarla

por ser inexistente; no pudiendo validar la premisa de la que parte la sala, por no haber dado las razones suficientes y objetivas sobre la vinculación del hecho, con la participación del autor y sus cómplices; siendo que respecto de estos últimos al tener la condición de cómplices, la motivación desarrollada es prácticamente inexistente; y menos aún se deduce de ella una construcción narrativa que permita realizar conexión fáctica ni jurídica con el ordenamiento jurídico, habiendo total ausencia de motivación externa también en este sentido.

3.2.4. La motivación insuficiente

Tal como lo veníamos refiriendo, en el considerando décimo noveno, se establecen los fundamentos de la sala, para condenar a los cómplices del delito de peculado, así encontramos. Que en relación al momento de la intervención de los acusados Bedoya de Vivanco y José Tomás Gonzáles Reátegui, en la comisión del delito de peculado, se debe indicar que; en el presente caso, la participación del inculpado Bedoya de Vivanco, está referida a la fase de la ejecución del peculado por apropiación, pues en esta modalidad la consumación se realiza al producirse la apropiación de los caudales para el tercero, materialización del provecho económico en la fase de agotamiento; correspondiéndole a Gonzáles Reátegui, de acuerdo a la defensa de su co- inculpado Bedoya de Vivanco, actuar como bisagra, esto es establecía el contacto previo, a las reuniones con Montesinos Torres, a las que concurrió y cuyo objeto conoció.

Observamos en la transcripción textual del apartado de la sentencia, insuficiencia motivacional referente a la responsabilidad de los cómplices, debido a que se limita a señalar en el caso de Bedoya de Vivanco, su participación en la fase consumativa del delito, sin embargo; no se expresa con mayor detalle cómo fue

cómplice secundario; ocurre lo mismo respecto al cómplice primario, en el caso de Reategui, limitándose a señalar que sirvió como bisagra, sin que en ambos casos, se exponga esta necesaria conexión entre premisa fáctica y constatación jurídica, parte de la motivación interna y externa que venimos desarrollando.

En la misma línea; respecto a la determinación de la pena, no se han señalado los motivos suficientes del porqué, a Luis Bedoya de Vivanco, se le impuso 5 años de pena privativa de la libertad efectiva, y a su coinculpado Tomas Gonzales Reategui, 3 años de pena privativa de la libertad efectiva, siendo incluso que de conformidad con el voto singular de Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen, la cual compartimos, la aplicación de la pena por parte del Colegiado, vulnera el derecho a la igualdad de trato por los tribunales, debido a que para Bedoya de Vivanco, se tuvo en cuenta su formación profesional y trayectoria, mientras que para Gonzales Reategui, no se mencionan; evidenciándose manifiestamente la insuficiencia de razones en contraposición al derecho a la igualdad que le asisten a ambos cómplices.

3.2.5. La motivación sustancialmente incongruente

En el caso de los dueños de medios de televisión, la Sala Penal Superior Especial B, también fundamentó la condena de Montesinos Torres, como autor del delito de peculado, en su condición de funcionario administrador de hecho; no obstante, se advierte una seria contradicción en la doctrina judicial al considerarlo también, como autor del delito de usurpación de funciones, debido a que son calificaciones excluyentes.

Es decir, o se es condenado por un delito o por el otro, en tanto son términos que son contradictorios entre sí, debido a que usurpador es quien usurpa funciones públicas atribuyéndose la condición de funcionario sin serlo, la diferencia como

lo citara Nakasaki (2006), se aprecia claramente en el Código Penal de 1991; en la sistematización de los delitos contra la Administración Pública, se diferencia entre ilícitos penales cometidos por particulares y los perpetrados por funcionarios públicos, siendo que el delito de usurpación de funciones es ubicado en el capítulo I del título XVIII, correspondiente a los delitos contra la administración pública, cometidos por particulares. El funcionario de hecho tiene título de habilitación para ejercer funciones públicas, el nombramiento nulo, el usurpador carece del mismo, por tanto, su ejercicio de la función pública es delito.

Es en ese entendido; Montesinos Torres, no podría haber usurpado la función de administrar los fondos públicos asignados al Servicio de Inteligencia Nacional, a través de las partidas de su presupuesto denominadas Reserva I y II, debido a que contaba con título de habilitación para administrarlos; y por ende se lo consideró autor de peculado; no pudiendo ser considerado al mismo tiempo autor de usurpación de funciones, ya que para ello se requería establecer que este administró los fondos del SIN, careciendo de título de habilitación; encontrándose una vez más manifiesta incongruencia en la motivación al haberse excedido en la calificación del hecho, bajo dos tipos de delitos excluyentes entre sí.

De otro lado; se muestra un cuadro resumen de la jurisprudencia, respecto al funcionario de hecho, donde se ha establecido el cumplimiento o no, de los parámetros de motivación, emitidos por el Tribunal Constitucional, en el caso N.º 3943-2006:

Tabla 8

Resumen de la jurisprudencia respecto al funcionario de hecho

Ítem/ Sentencia	Inexistencia de motivación o motivación aparente.	Falta de motivación interna del razonamie nto	Deficiencias en la motivación externa	Motivación insuficiente	Motivación sustancialmente incongruente.
Expediente N.º 2758-2004- HC/TC	No	No	No	No	No
Voto Singular del Magistrado Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen	No	No	No	No	No
Expediente N.º2758-2004- HC/TC					
Voto Singular de Revoredo Marsano Expediente N.º2758-2004-HC/TC	Si	Si	Si	Si	Si
Sala Penal Transitoria Casación N.º 442-2017 ICA	No	No	No	Si	No
Casación N.º 163-2018 Lambayeque	Si	Si	Si	Si	Si

Como es de verse del examen realizado a las decisiones judiciales, respecto a la aplicación del funcionario de hecho; nos permite advertir el incumplimiento a lo propuesto por Chamorro (1994), quien sostiene que el tercer grado de efectividad de la tutela jurisdiccional, importa que la solución al problema planteado, sea extraída del ordenamiento jurídico, exigencia que no se ha cumplido, al encontrar heterogeneidad en todas las decisiones respecto a núcleos fundamentales, como lo son presupuestos para definir al funcionario de hecho, en cuanto a su connotación, características, funciones.

Escenario a partir del cual, se han ocasionado las incongruencias e insuficiencias acotadas, denotándose que han sido forzadas con la finalidad de hacer calzar una figura inexistente en el derecho penal; por lo que no podría hablarse de decisiones fundadas en derecho, respecto de algo que no existe.

Así también; el funcionario de hecho no cumple con lo postulado por Priori (2003), quien destaca la función estatal desempeñada por jueces y tribunales, cuyo cometido es actuar el derecho objetivo, aplicando en su caso, las sanciones expresas o implícitamente establecidas para las contravenciones a la norma jurídica; imposibilidad que deviene por la carencia objetiva de derecho aplicable, bajo los estándares de estricta legalidad exigible al derecho penal.

De igual manera, no es posible cumplir con lo señalado por Valencia (2000), respecto a la función de toda tutela jurisdiccional, consistente en otorgar una efectiva protección a las situaciones jurídicas, y más aún si ello, implica un derecho humano, conforme así lo indica Gonzáles (1989), cuya inherencia al ser humano es dada por su condición de tal.

Recordemos con ello, lo que Chamorro (1994) ha desarrollado respecto al carácter fundamental del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cuál debe entenderse como un derecho de doble naturaleza, actuando en el plano subjetivo como garantía del individuo, y en el objetivo asumiendo una dimensión institucional, al constituir uno de los presupuestos indispensables de un Estado Constitucional, más aún si su regulación es expresa, en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; no obstante conforme se ha anotado, el funcionario de hecho conforme a su desarrollo jurisprudencial actual, no cumple con dichas funciones.

Ahora bien; corresponde también, dar cuenta de la ejecución del tercer objetivo específico ya indicado; el cual nos permitió establecer que las decisiones emitidas por la práctica judicial no cumplen con los parámetros de argumentación objetiva, no encontrándose, por lo tanto, conforme a derecho.

No podemos cerrar el presente apartado, sin dar cuenta respecto a los métodos utilizados que coadyuvaron con la demostración de esta segunda dimensión de la hipótesis; habiéndonos apoyado en el método hermenéutico, el cual nos permitió interpretar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, su contenido y dimensiones, a efectos de equipararla a las decisiones jurisdiccionales respecto al funcionario de hecho.

Siendo que conjuntamente, con los métodos analítico, sintético y de argumentación, facilitaron el examen realizado a dichas decisiones, para posteriormente organizarlas; y poder argumentar que no cumplen con los parámetros legales, que den cuenta que se encuentran fundadas en derecho.

3.3. INSEGURIDAD JURÍDICA EN SU MANIFESTACIÓN DE IMPREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La ejecución de nuestro cuarto objetivo específico se encuentra directamente vinculado con la demostración de ésta última dimensión de la hipótesis; y tiene como propósito analizar el principio de seguridad jurídica, en su manifestación de predictibilidad en las resoluciones judiciales, con relación a los funcionarios de hecho.

En ese sentido; partimos por mostrar dos cuadros, el primero de ellos sobre jurisprudencia; el segundo, doctrina; ambos desarrollando el contenido del principio de seguridad jurídica y su dimensión de predictibilidad.

Tabla 9

Jurisprudencia

Expediente	Postura
Expediente N.º 2455-2002 Piura.	El principio de predictibilidad y certeza en las de las decisiones judiciales en cuanto al principio de seguridad jurídica, implica la exigencia de coherencia o regularidad de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho salvo justificada y razonable diferenciación. Así, la finalidad de esta exigencia funcional no es otra que la contribución en la fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales.
Expediente N.º 03950-2012 Lima.	Si bien el principio constitucional de seguridad jurídica no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, ello no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un principio constitucional implícito que se deriva del Estado constitucional de derecho (artículos 3f y 4.3 de la Constitución).
Expediente N.º 135-2015 Ica.	El principio de la seguridad jurídica, es un principio que puede derivarse de diversas disposiciones constitucionales, siendo definida como la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y consolida la interdicción de la arbitrariedad, pues permite afirmar la predictibilidad de las conductas (en especial las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el derecho.
Expediente N.º 46-2018 Lima.	Uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia es la predictibilidad de las resoluciones judiciales, esto es que los usuarios puedan prever objetivamente las líneas e interpretación de las normas aplicadas para resolver casos similares. La predictibilidad jurídica genera seguridad jurídica y con ello consolida la institucionalidad como fundamento del Estado Constitucional y de Derecho.

Tabla 10

Doctrina

Autor	Argumento
Castillo (2002)	La existencia de un orden establecido por normas que gozan de la vocación de permanencia es, lógicamente, una exigencia también insoslayable en los requerimientos de nuestra sociedad para su normal desarrollo.
Pérez Luño (2005)	Dentro de la seguridad jurídica, debe tenerse en cuenta la claridad jurídica, es decir, que el derecho sea comprensible para el ciudadano y, precisamente por ello, sea previsible la actuación estatal.
(García,2009, p.270)	La seguridad jurídica en su aspecto objetivo requiere: a) Que la positividad se establezca mediante leyes; b) Que el derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del juez; c) Que esos hechos sean «practicables», es decir, susceptibles de verificación y; d) Que el derecho positivo sea estable.
(Laporta,2007, p.157)	Deben destacarse tres dimensiones a tener en cuenta a la hora de comparar grados de previsibilidad jurídica 1) una dimensión objetiva, ¿qué se puede prever?; 2) una dimensión subjetiva, ¿quién puede prever?; y 3) una dimensión temporal, ¿hasta cuándo se puede prever.
(Laporta,2007, p.272)	La segunda dimensión, la subjetiva, hace referencia a lo que podríamos considerar como la «extensión» de la previsibilidad: cuántos sujetos están en situación de poder llevar a cabo las previsiones. En este sentido, habrá mayor grado de previsibilidad cuanto más fácilmente los ciudadanos puedan realizar dichas previsiones. El requisito de que las normas sean públicas y se facilite su accesibilidad son requisitos que van dirigidos fundamentalmente a cumplir con esta exigencia.
(Laporta,2007, p.165)	La dimensión temporal El lapso de tiempo entre el momento en que se realiza la previsión y el futuro hasta el que alcanzan las previsiones puede ser mayor o menor, y en este sentido un derecho será tanto más previsible en esta dimensión, cuanto más largo sea el plazo para el que nos permita

hacer previsiones.

El primero, más formal, entiende la estabilidad como ausencia de cambios, las normas han de tener un mínimo de perdurabilidad en el tiempo, no deben modificarse con frecuencia, para evitar que los destinatarios tengan problemas para conformar su conducta a ellas y puedan planificar su conducta a largo plazo. La estabilidad se entiende como continuidad (coherencia), por lo que tendremos que entrar a valorar el contenido de los cambios para determinar si implican o no inestabilidad en este segundo sentido.

Conforme a lo expuesto en nuestro marco teórico, 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 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 (2002), 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.

Postura, que se complementa con lo resuelto en el expediente N.º 135-2015- Ica; donde se desarrolla el principio de seguridad jurídica, como garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico, y consolida la interdicción de la arbitrariedad.

En ese sentido, a este punto, afirmamos 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 jurisprudencia del funcionario de hecho, que se ha consignado como unidad de análisis.

En esa dirección; comprobamos que el funcionario de hecho, no cumple con el primer elemento objetivo de la seguridad jurídica, desarrollado por Garcia (2009), debido a su falta de positividad mediante norma, impidiendo conocer de antemano y con precisión, el 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, sean 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 (2022), considerarla como una tarea para su consolidación y respeto de la protección de los ciudadanos frente a su poder.

Lo que se complementa con lo vertido Pérez Luño (2005), en cuanto a las exigencias básicas de los poderes públicos, siendo denominada la primera como de corrección estructural, es decir la garantía de disposición y formulación regular de las normas, lo que implica tácitamente el *nullum crimen nulla poena sine lege*.

La segunda, denominada como de corrección funcional, implicando la garantía de cumplimiento del derecho por todos sus destinatarios, y la regularidad de la actuación de los órganos encargados de su aplicación, como garantía de todo ordenamiento jurídico, que permite afirmar a su vez, las exigencias de coherencia y regularidad de criterio de los órganos judiciales.

Regresando a lo propuesto por Castillo (2002), respecto a la seguridad jurídica como presupuesto indispensable de todo estado de derecho, conviene recordar que, conforme a su características sociales y tinte constitucional, su función en la reivindicación de los derechos de los ciudadanos es indispensable, aspirando a que todo ordenamiento jurídico, contenga derechos, principios y valores consagrados en la constitución, que a su vez establezcan medios de defensa; y vinculen a los actores de la sociedad.

Finalidad, que conforme se ha venido desarrollando a lo largo de la investigación, se demanda poder cumplir, teniendo como base *ius* filosófica la escuela del positivismo incluyente, en la que confluyen la necesidad de respetar y acatar la

ley, que proveyera la certeza y seguridad para el desenvolvimiento del tráfico jurídico, aunado a la sujeción material de los legisladores a la norma superior-Constitución, creando un sistema de garantías, que tenga como fin limitar objetivamente el poder del legislador, privilegiando la justicia material sobre la formal.

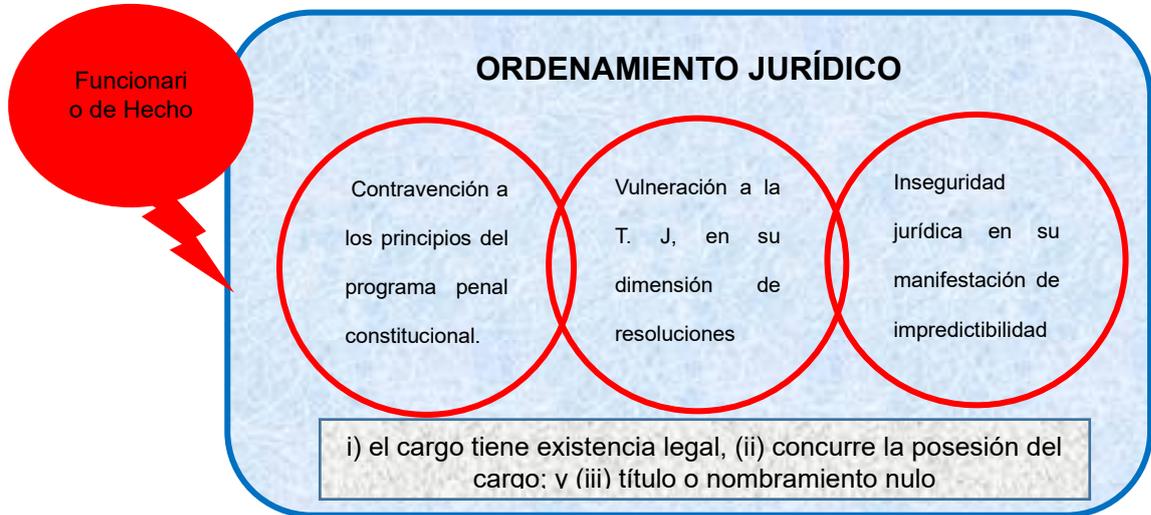
Ahora bien; antes de dar cierre al presente acápite, damos cuenta de la ejecución del cuarto objetivo específico, mismo que permitió evidenciar que el funcionario de hecho no es congruente con el contenido del principio de seguridad jurídica, concluyéndose su quebrantamiento.

Así mismo; corresponde señalar los métodos utilizados que nos asistieron para la demostración de esta última dimensión de la hipótesis; habiéndonos apoyado en principio, en el método hermenéutico, el cual nos ha permitido interpretar el principio de seguridad jurídica, su contenido y dimensión de predictibilidad, a efectos de equipararla al funcionario de hecho.

Siendo que conjuntamente, con los métodos inductivo, analítico y comparativo, facilitaron su examen, sistematización y comparación con el funcionario de hecho, para posteriormente, mediante el método de argumentación, exponer las razones del porqué no cumplen con los elementos de predictibilidad. Finalmente, se ha creído conveniente elaborar un gráfico que permita sintetizar todo lo sostenido en la hipótesis, según se muestra:

Figura 1

Síntesis de lo sostenido en la hipótesis



CAPITULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY QUE DELIMITA LA CONDICIÓN

JURÍDICA DE FUNCIONARIO DE HECHO EN LOS DELITOS COMETIDOS

POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

4.1.1. Funcionario Público

La condición de funcionario público es elemento primordial para la sanción penal en los delitos de corrupción, en especial en los delitos cometidos por funcionarios públicos; en ese sentido todo análisis de cualquier acción debe partir por identificar a dicho agente.

En primer orden, para su definición se tiene en cuenta la autonomía del término en el ámbito penal, la cual ha buscado ser más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos en el derecho administrativo, no interesándole tanto la calificación jurídica o la condición en la que desempeña su labor, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública, siendo importante además, determinar quiénes pueden lesionarla, por su proximidad y función, por lo que el concepto de dicha figura en esta rama del derecho es autónoma y responde a criterios de valoración de la especialidad.

La Convención Interamericana contra la Corrupción - CICC, ha definido al funcionario público:

Para los fines de la presente Convención, 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". "Funcionario Público", "Oficial

Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos” (art. 1).

Dichas formas de acceso a la función pública son igualmente reconocidas por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción-CNUC.

En nuestra legislación penal, la tipificación de funcionario público se encuentra contenido en el artículo 425 del Código Penal, donde se han estipulado los que son considerados como tales, confirmándose el sistema de *numerus apertus* para su descripción.

Finalmente; se advierte que en el artículo 425 del Código Penal, se utilizaron los tres títulos habilitantes, para la incorporación a la función pública, siempre que se den de forma heterónoma e incluyen a todas las formas posibles de acceso a la administración pública: Selección (numeral 1, 3, 5); Designación (numeral 3 y 4); Elección (numeral 2 y 6).

4.1.2. El funcionario de hecho en el derecho penal

En el derecho penal, se asume la concepción restringida de funcionario de hecho; se considera como título de habilitación para el ejercicio de la función pública al título o nombramiento nulo, los fundamentos para su aceptación en su designación irregular como título de habilitación, al igual que en el derecho administrativo, son las siguientes: a) Procesal. La nulidad del nombramiento requiere una resolución administrativa o judicial, mientras que no exista el título tiene validez. b) Apariencia de legitimidad del título o doctrina de facto. La protección de la buena fe de los terceros. c) La aplicación del concepto del administrador de hecho del delito de fraude en la administración de persona

jurídica a los delitos contra la administración pública. d) La posesión del cargo de buena fe. La protección de la buena fe del funcionario de facto. e) El interés social o fin público de los actos que realiza el funcionario de hecho.

Advirtiéndose que el funcionario de hecho es aceptado en el derecho penal, tanto para efectos de su protección, como para asignarle deberes de función y responsabilidad por su transgresión, pese a que es atípica, resulta necesaria su regulación, a efectos de lograr uniformidad en los fallos, respecto a su connotación; y congruencia con el sistema penal, acorde a un estado constitucional de derecho.

Doctrina nacional, representada por Rojas Vargas (2002) llega a la misma conclusión, es decir a la necesidad de positivizar el concepto de funcionario de hecho, desde la consideración del principio de legalidad.

Moreno (2021) de igual manera, considera al funcionario de hecho, una extensión a la legalidad exigida en el título de imputación correspondiente al derecho penal, debido a su falta de reconocimiento legal.

Encina (2022) califica al funcionario de hecho, como inconstitucional, por ir en contra del principio de legalidad, proponiendo modificarse el artículo 425 del Código Penal, para contrarrestarlo.

Zamora (2021), apoya la propuesta legislativa, para la incorporación del funcionario de hecho, en el artículo 425 del código penal, en amparo al principio de legalidad, el cual invoca a sustentar en normas jurídicas, la responsabilidad penal.

En tal sentido; se reafirma la importancia de la existencia de una ley penal que determine la figura del funcionario de hecho, lo que exigiría una modificación del artículo 425 del Código Penal de 1991, procediéndose a exponer el objeto de la

misma en el siguiente apartado.

4.1.3. Objeto de la propuesta

El objeto de la propuesta normativa es incorporar en el derecho penal, la condición jurídica de funcionario de hecho, a fin de establecer el mecanismo que dote de mayor garantismo y seguridad jurídica al sistema jurídico penal, en correspondencia con los principios rectores a su programa constitucional y estado de derecho.

Lograr su previsibilidad mínima en cuanto a su condición de sujeto activo, permite uniformidad con los principios pertenecientes al programa penal constitucional, el cuál debe ser entendido como un sistema de interpretación que obliga al poder público, en este caso a los órganos jurisdiccionales, a cumplir con los postulados de la Constitución Política del Estado.

Postulados, destinados a proteger a la persona, frente a los ejercicios de la fuerza o violencia estatal, como la coercitiva en el derecho penal, la cual, bajo la figura en comentario, importa la afectación del derecho a la libertad.

Es por ello; que a partir de positivismo incluyente propuesto por Coleman (2001), entre otros, advierten la posibilidad de incorporar criterios morales básicos de las constituciones, como condiciones de validez de las normas jurídicas, es que se pretende la tipificación del funcionario de hecho, debido a que bajo los parámetros de los principios de legalidad, analogía, proscripción de arbitrariedad, además de la seguridad jurídica y tutela jurisdiccional efectiva de todo investigado, se ha advertido que su regulación permite congruencia con el sistema penal y el grupo de principios constitucionales previamente incorporados. Siendo así; corresponde establecer un canon de tipicidad para el funcionario de hecho, a fin de que se mantenga dentro de la previsibilidad semántica,

sistemática y axiológica, que permita evaluar razonabilidad en su interpretación y aplicación; canon que reposa sobre las bases del garantismo penal de Ferrajoli (1989), quien postula que la primera forma de minimización y racionalización del derecho penal consiste en el reforzamiento de la legalidad penal, y con él la sujeción del juez a la ley y la primacía de la legislación por sobre la jurisdicción; la obligatoriedad de la acción penal y la centralidad del debate; la cognoscibilidad de las leyes por parte de los ciudadanos, su rol garantista y su eficacia disuasoria. Mecanismo indispensable, si se quiere superar la crisis simultánea de eficiencia, de garantías y de legitimación del derecho penal, con la presencia de garantías dirigidas a asegurar el máximo grado de efectividad del catálogo de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, integrando las eventuales lagunas e identificando perfiles de invalidez e incoherencia en la práctica judicial, respecto del modelo constitucional.

4.1.4. Finalidad de la postura

- a) Eliminar la contravención a los principios de legalidad, analogía y proscripción de arbitrariedad, previstos en el programa penal constitucional. suprimir
- b) Suprimir la vulneración a la tutela jurisdiccional sustantiva del investigado, en su dimensión de resoluciones fundadas en derecho.
- c) Evitar la inseguridad jurídica, en su manifestación de impredecibilidad en las resoluciones judiciales.

4.1.5. Análisis costo beneficio

El proyecto de ley, de ser aprobado, generaría beneficios en el sistema jurídico, en el sentido de, dotarlo de seguridad jurídica en esta área del derecho penal tan necesaria de protección, debido a su característica invasiva y de *ultima ratio*, logrando predictibilidad en las decisiones judiciales, en armonía con los

principios constitucionales, pertenecientes al programa constitucional, revistiendo de mayor legalidad a los procesos penales, que se instauren por delitos cometidos por funcionarios públicos.

4.1.6. Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional

Se ha mostrado que efectivamente, existe incertidumbre jurídica respecto a la aplicación jurisprudencial vigente de la figura del funcionario de hecho, en lo que refiere a su calificación como sujeto activo, en los delitos cometidos por funcionarios públicos, advirtiéndose a nivel legislativo una laguna de reconocimiento, ocasionando diversas posturas doctrinas y jurisprudenciales en la casuística; indicios considerables para suponer la importancia de su incorporación en el Código Penal, que lo reconozca como tal y lo dote de legalidad, haciéndose inevitable la modificación del artículo 425 del Código Penal vigente.

Su incorporación en el Código Penal, será de obligatoria observancia para todos los delitos pertenecientes al título XVIII- Delitos Contra la Administración Pública- Capítulo II- Delitos cometidos por Funcionarios Públicos (artículo 376-401); logrando coherencia con la normativa y principios pertenecientes al programa penal constitucional, que rige nuestro país para la persecución y sanción de delitos; respondiendo a sus vez a las obligaciones dispuestas en los tratados internacionales ratificados por el Estado en materia de anticorrupción, teniendo como indiscutible resultado, la predictibilidad de las decisiones judiciales en beneficio de la defensa de toda persona, así como en las políticas de estado por la seguridad jurídica que se vería fortalecida.

Seguridad que en concepción de Laporta (2007), contiene este derecho humano, de conocer con anterioridad y claridad, la norma jurídica, a la cual se le debe respeto y condicionamiento, consolidando de este modo la interdicción de la arbitrariedad y a su vez permitiéndose la posibilidad de realización de otros valores superiores como la justicia, como así lo postulara Recasens (2003)

Finalidad, que teniendo como base *ius* filosófica la escuela del positivismo incluyente, permite respetar y acatar la ley que provee certeza y seguridad en el tráfico jurídico, en conjugación a la sujeción material de esta a la Constitución, creando un sistema de garantías, que tenga como fin privilegiar la justicia material sobre la formal.

4.1.7. Artículo 2.- Incorporación del concepto funcionario público de hecho

El funcionario de hecho, es quien constituye un caso de ejercicio irregular de la función pública si, y sólo si: i) el cargo tiene existencia legal, (ii) concurre la posesión del cargo; y (iii) existencia del título o nombramiento nulo. Contenido normativo, cuya incorporación se muestra en el siguiente cuadro.

4.1.8. Cuadro resumen

Código Penal	
Texto Vigente	Texto Modificado
<p>Artículo 425. Funcionario o servidor público Son funcionarios o servidores públicos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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 organis- 	<p>Artículo 425-B. Funcionario de Hecho: El funcionario de hecho, es quien constituye un caso de ejercicio irregular de la función pública si, y sólo si: i) el cargo tiene existencia legal, (ii) concurre la posesión del cargo; y (iii) existencia del título o nombramiento nulo.</p>

mos 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.

CONCLUSIONES

1. El funcionario público y el funcionario de hecho, son figuras jurídicas con elementos propios, siendo que el primero conforme al artículo 425 del Código Penal, es el único sujeto activo revestido de legalidad, pasible de la comisión de los delitos cometidos por funcionarios públicos, mientras que el segundo obedece a una construcción meramente jurisprudencial y doctrinaria.
2. La práctica jurisprudencial del funcionario de hecho, contraviene el principio de legalidad, dispuesto en los artículos 2 inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado y II del título preliminar del Código Penal; desde su primera manifestación emanada del parlamento, careciendo además de *lege certa, stricta y praevia*, que permita su previsión con anterioridad y formulación mediante técnica legislativa. Así mismo, desvirtúa la teoría del delito, resultando necesario su incorporación en el artículo 425 del Código Penal.
3. La práctica del funcionario de hecho, vulnera el principio de analogía, contenido en el artículo 139, inciso 9 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con artículo III del Código Penal vigente, debido que aún sin encontrarse revestido de estricta legalidad, se le atribuye obligaciones similares al de funcionario público, lo que constituye analogía *in malam partem*.
4. El funcionario de hecho, irrumpe con los límites del *ius puniendi*, siendo no compatible al estado social de derecho como fundamento, careciendo además de racionalidad, que evidencia la no preponderancia del derecho a la libertad de la persona; trasgrediendo de este modo, el principio de proscripción de arbitrariedad.

5. Sostenemos que las resoluciones judiciales, sobre el funcionario de hecho, vulneran el derecho a la tutela jurisdiccional sustantiva del investigado, en su dimensión de resoluciones fundadas en derecho, contenido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado, al carecer de fundamentación objetiva extraída del ordenamiento jurídico penal.
6. Con la incorporación del funcionario de hecho, en el artículo 425 del Código Penal, se pretende dotar de validez jurídica y normativa, a dicha figura, sobre las bases del garantismo penal, permitiendo racionalizar la intervención punitiva del Estado; consolidando a su vez la seguridad jurídica en su dimensión de predictibilidad en las resoluciones judiciales, al posibilitar a toda persona, prever objetivamente las consecuencias de sus acciones; logrando a su vez estabilidad, continuidad y coherencia normativa, ante su delimitación específica y homogénea.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los investigadores del derecho, realizar estudios de carácter cuantitativo, que nos permitan conocer cuántos de los jueces aplica la figura jurídica del funcionario de hecho, y bajo qué argumentos.
2. Se recomienda a los investigadores del derecho, bajo los fundamentos del trabajo de investigación presentado; se elaboren estudios respecto a la incidencia del funcionario de hecho y los distintos tipos penales cometidos por funcionarios públicos, a efectos de conocer sus efectos jurídicos.
3. Se recomienda a los Magistrados del Ministerio Público y Poder Judicial, tener presente los efectos jurídicos determinados en el presente trabajo de investigación, respecto al funcionario de hecho, a fin de la persecución y sanción del delito, respectivamente.
4. Se sugiere al Poder Legislativo, tenga a bien tomar en cuenta la propuesta normativa, como la desarrollada en el presente trabajo de investigación, a efectos de que se incorpore la figura de funcionario de hecho en el Código Penal, debiendo modificar el artículo 425 para tal finalidad.

LISTA DE REFERENCIAS

- Acuerdo Plenario relativo a la Prescripción y Problemas actuales. Fundamento quince. 16 de noviembre de 2010. <https://acortar.link/BgnSd6>
- Arcos, R. A. (2000). La seguridad jurídica: una teoría formal. Madrid, España: Dykinson.
- Armijo, G (2010). Del control político al control constitucional: El principio de la Legalidad Penal. <https://acortar.link/H1Zf7a>
- Atienza, M. (2004). Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación Jurídica. Lima, Perú: Palestra Editores SAC.
- Ávila, H. (2012). Teoría de la Seguridad Jurídica . Madrid, España: Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (2002). El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Actualidad Penal, 3, 1001-1021. <https://acortar.link/sWpSuR>
- Bardelli, Lartirigoyen, J (2004). Voto Singular en Exp 2758-2004-HC/TC. <https://acortar.link/C89qdi>
- Beade, G. (2020). Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal. R.A Duff Stuart P.Green. <https://acortar.link/t5o6Cd>
- Benavente,C.H.(2015). El Funcionario Público. Lima, Perú. Gaceta Jurídica S.A. <https://acortar.link/9MM1eJ>
- Bermúdez Condori, L. (2017). Análisis Sistemático de la Dogmática Penal de Funcionario de hecho, frente al usurpador de Funciones y su aplicación legal en elCódigo Penal Peruano (Tesis de pregrado). <https://acortar.link/o5joDd>
- Buompadre, J. (2009). Tratado de Derecho Penal. Buenos aires, Argentina: Astrea.

Bustos, J. (1994). Manual de Derecho Penal parte General.

<https://acortar.link/u8j9tR>

Castillo, F. (2002). El principio de seguridad jurídica : especial referencia a la certeza en la creación del Derecho. Documentación administrativa,45-50.

<https://acortar.link/TqOkFC>

Castillo, J.L (2004). Código Penal Comentado. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A

Chamorro. F. La Tutela judicial efectiva. Barcelona, España: Bosch

Chanjan Documet, R. (2020). El concepto de funcionario público en el derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción. Revista General de Derecho Penal, 33,5-11.

<https://acortar.link/3lscrB>

Claus, R. (1979). Teoría del Delito Penal: Tipos abiertos y elementos del deber Jurídico. <https://acortar.link/QAi5x3>

Código Penal [CP]. Decreto Legislativo N°635. 425. 03 de abril de 1991 (Perú).

Código Penal [CP]. Decreto Legislativo N°635. III. 03 de abril de 1991 (Perú).

Coleman, J. (1983). Negative and Positive Positivism. En Cohen, M. (ed.), Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, Duckworth. The Practice of Principle, 30, p. 152.

Corte Superior de Justicia de Lima. Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT. Proceso N° 13060-2017; 16 de abril de 2019.

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. Primera Sala Penal Transitoria.

Casación N°60-2016; 08 de mayo de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Proceso N° 46-2018; 17 de abril de 2019.

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°135-2015; 13 de junio de 2016.

Corte Suprema de Justicia la República. Sala Penal Permanente. Proceso N° 163-2018; 11 de junio de 2019.

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

Cresci, V.G. (2014). Control constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y del Jurado Nacional de Elecciones según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. G. Eto Cruz (Ed.), Treinta años de Jurisdicción Constitucional en el Perú (p. 475). Lima, Perú: Tribunal Constitucional del Perú Centro de Estudios Constitucionales.

Diez, J.L. (1981). El Derecho Penal. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual. Barcelona, España: Bosch

Encina, I. E. (2022). El funcionario de Hecho en Perú. Academia. Edu, I (1), 15-20. <https://acortar.link/pIJlRrP>

Etcheverry, J.B (2006). El debate sobre el positivismo incluyente. Un estado de la cuestión. <https://acortar.link/tQehkq>

Ferrajoli, L. (1994). El derecho como sistema de garantías, Themis, 65, 12 -30.

<https://acortar.link/DIVc9I>

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. (P.A. Ibáñez, Trad.) Madrid, España: Trotta S.A.

Ferrajoli, L. (1997). Derecho y Razón. Madrid, España: Trotta

Ferrajoli, L. (1998). Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, España: Trotta

Fidel. R (2002). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley

Figueroa, E. (2009). Problemas de motivación en sede constitucional. Gaceta Constitucional, III (1), 10-15. <https://acortar.link/7NLEnA>

Frisancho, A. M (1998). Código Penal Tomo VII. Lima. Ediciones Jurídicas

Gallego Marín, C. A. (2012). El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social. Jurídicas, 9(2), 70–90. <https://acortar.link/HtqH7U>

Gallego, A. (1986). Teoría de la Constitución. Barcelona, España: Ariel S.A.

García de Enterría, E. (1959). La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. Revista de Administración Pública, 30,131-166. <https://acortar.link/zMhAJo>

García, E. (1999). Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Madrid, España: Civitas.

García, R. (2009). Radbruch y el valor de la seguridad jurídica. Isonomía, (30), 262-263. <https://acortar.link/ixawtu>

Gonzales, P. (1989). El derecho a la Tutela Jurisdiccional. Madrid, España: Civitas.

Hart, H. (1958). El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral. Harvard Law Review (71).

Hart, H. L. (1961). El concepto de derecho. Oxford: Abeledo Perrot S.A

Jakobs, G. (1996). Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho penal funcional. Madrid: Lk.

Kruse, H. (1978). Derecho Parte General. Madrid: Olejnik

Lancheros, J. (2009). Del Estado liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión humana de la dignidad humana. Colombia: Universidad de la Sabana. Dikaion. <https://goo.su/UC7oRAm>

Laporta, F. (2007). El imperio de la ley. Una Visión actual. España: Trotta.

Lascuraín, J (2019). Manual de Introducción al Derecho Penal. España: Boletín Oficial del Estado, BOE. <https://acortar.link/emkqrQ>

Legaz, L. L (1979). Filosofía del Derecho. España: Bosch. <https://acortar.link/7sJTGc>

Leguina, J. (1987). Principios Generales del Derecho y Constitución. Revista de Administración Pública, 34 (114), 25-31. <https://acortar.link/rTOMDp>

Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público [Decreto Legislativo 276]. Art.2. 24 de marzo de 1984.

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>

- Mantilla, M. (1999). Compendio de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Colombia: Leyer
- Matheus, C (2008). Conferencias Razonamiento Jurídico. Lima, Perú: AMAG
- Montoya, Y (2015). Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Moreno, J (2021). La defensa de Nadine Heredia. Aspectos Procesales. Lima:Lp
- Morillas, L. Sistema de derecho penal parte especial. España: Dykinson.
- Muñoz, C. (1984). Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona, España: Bosch
- Nakazaki, S. (2006). El Derecho Penal Contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Lima, Perú: Ara Editores.
- Pérez, L. (1991). La Seguridad Jurídica. Barcelona, España: Ariel.
- Pérez, L. (2005). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, España: Tecnos
- Priori, G (2015). El Proceso y la Tutela de los Derechos. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A. <https://acortar.link/YhzQ1Y>
- Prunotto, A. (2021). Recepción de la Analogía en el Derecho Penal. Cartapacio, (7), 56-64. <https://acortar.link/ZI3FKf>
- Recasens, L. (2003). Vida Humana, Sociedad y Derecho. España: Biblioteca virtual universal. <https://acortar.link/IVIYS4>
- Rodríguez, P. (1999). Compendio de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Colombia: Leyer

- Rodriguez, Y. (2015). El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública (Tesis de maestría). Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. <https://acortar.link/e1Ws48>
- Rojas, F. (2009). Apuntes sobre Delitos contra la Administración Pública. Lima, Perú: GTZ
- Rubio, C. (2009). El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salinas.R (2003). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Iustitia
- Simaz, A. (2014). 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>
- 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 03950-2012, G.T José María; 28 de marzo de 2014
- Tribunal Constitucional. Expediente N.º 03987-2010, Procurador a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público; 02 de diciembre de 2010.
- Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0728-2008, LL.H. Giuliana Flor de María; 03 de octubre de 2008.

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 10-2002, T.S. Marcelino; 03 de enero de 2003.

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 1744-2005, D.A. Jesús Absalón; 11 de mayo de 2005.

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 2235-2024, C.V Grimaldo; 18 de febrero de 2005.

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 2455-2002, G.T. José María; 07 de noviembre de 2002.

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 2758-2004, B.D.V Luis; 23 de noviembre de 2004.

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 3164-2010, U.H. Sandro; 18 de marzo de 2011.

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 3943-2006, V.M Juan de Dios; 11 de diciembre de 2006

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 510-2020, Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción; 19 de octubre de 2020.

Tribunal Constitucional. Expediente N.º 6167-2005, C.S Fernando; 28 de febrero de 2006.

Urquiza, J. (2004). Prohibición de la analogía in malam partem. Revista Peruana de Ciencias Penales, (9), 625-631. <https://rpcp.pe/>

Valencia, A. (2000). Introducción al Derecho Procesal. España: Comares

Vignolo, O. (2010). Dos trabajos de Derecho Comparado sobre la interdicción de la arbitrariedad. Ius Et Veritas, 41, 148-162. <https://acortar.link/tgg3xQ>

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

Villavicencio, F. (2003). Límites a la Función punitiva estatal. Derecho & Sociedad, 5 (21),19-26. <https://acortar.link/b3mXxv>

Waluchow, W. J. (2015). Filosofía del derecho constitucional: versión anglosajona. En J. Fabra y E. Spector (eds.), Enciclopedia de filosofía del derecho. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3876/8.pdf>.

Zaffaroni, E.R (1998). Tratado de Derecho Penal- Parte General. <https://acortar.link/RoHR1O>

Zamora, J. (2021). El Fundamento Legal para la utilización de la Teoría del funcionario Administrador de Facto en el Derecho Penal. (Tesis de pregrado). Universidad César Vallejo, Chiclayo, Perú. <https://acortar.link/ZE0qir>