

PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL FUNCIONARIO DE HECHO EN LA DOCTRINA JUDICIAL DEL SUB SISTEMA DE JUSTICIA ANTICORRUPCION DEL PERU

1

César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Profesor de Derecho Penal de la
Universidad de Lima y de la Universidad Nacional Pedro
Ruiz Gallo de Lambayeque;
Socio del Estudio Sousa & Nakazaki Abogados.

El ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos Torres ha sido condenado como autor del delito de peculado doloso por apropiación. Para fundamentar su autoría los jueces del sub sistema de justicia anticorrupción recurren a la figura del funcionario de hecho.

A continuación se examina la teoría del funcionario de hecho y su aplicación en la doctrina de la justicia anticorrupción peruana.

I.- El funcionario de hecho en el derecho administrativo.

La figura del funcionario de hecho ha sido creada por el derecho administrativo y asimilada por el derecho penal.

El funcionario de hecho constituye un caso de ejercicio irregular subjetivo de la función administrativa.² Se trata de un funcionario que ejerce una función pública pese a carecer de un elemento esencial, el título de habilitación ordinario.³

En el derecho administrativo se han desarrollado diversas teorías sobre el funcionario de hecho:

1) Teoría de la apariencia de la legitimidad pública o de la doctrina de facto.

Se basa en la doctrina de facto. Es la apariencia de legitimidad frente al público el título de habilitación del funcionario de hecho. Se le considera funcionario público para proteger a las

¹ El original de este trabajo fue entregado para publicación como parte de la obra de homenaje a Raul Peña Cabrera, el mismo que es objeto de adiciones.

² Inés Olaizola Nogales, El delito de cohecho, Página 155, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

³ Los títulos de habilitación para el ejercicio de la función pública ordinarios o comunes; son **la ley, la elección y el nombramiento de la autoridad competente**. La figura del funcionario de hecho, como se explica más adelante, se construye sobre un título de habilitación especial o excepcional, el nombramiento nulo.

personas que se relacionan con él de buena fe, creyendo en la autenticidad de su condición precisamente por su apariencia de tal.⁴

La apariencia de legitimidad del nombramiento y la protección de la buena fe colectiva son el fundamento para que el funcionario de facto sea considerado un funcionario público.

Esta teoría responde a una concepción amplia criticada porque no diferencia el usurpador de funciones y el funcionario de hecho.

2) Teoría del nombramiento nulo o del fundamento procesal.

Se define al funcionario de hecho como la persona que ejerce una función pública a pesar de tener un nombramiento nulo.⁵

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.

3) Teoría de la protección a los terceros.

Se establecen tres condiciones para que exista un funcionario de hecho:

- El cargo público debe tener existencia de iure o reconocida por la ley.
- La persona debe estar en el ejercicio del cargo.
- La apariencia de legitimidad del título habilitante ante el público.⁶

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.

4) Teoría de la finalidad del ejercicio de hecho de la función pública.

Funcionario de hecho es 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.⁷

⁴ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 156.

⁵ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 156.

⁶ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 157.

⁷ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 157.

El título de habilitación del funcionario de hecho sería el interés social o el fin público del ejercicio efectivo de la función pública.

Esta teoría, que se ubica en la concepción amplia del funcionario de hecho, es criticada por no tener en cuenta el elemento fundamental del funcionario de hecho: el nombramiento nulo. Su amplitud ha llevado a que se sostenga que ya no se trataría de un funcionario de hecho propiamente, sino de un particular que colabora con la administración pública.⁸

El título de habilitación es el fin de la posesión del cargo del funcionario de hecho, el actuar a favor de la Sociedad o del Estado.

La falta de nombramiento (con mayor razón su nulidad) es tolerada porque el particular ejerce la función pública para beneficiar a la colectividad.

5) Teoría de la buena fe subjetiva.

Se define al funcionario de hecho como la persona 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.⁹

Se asignan al funcionario de hecho las siguientes características:¹⁰

- ⊕ La existencia legal del cargo. No hay función pública sin cargo.
- ⊕ La posesión del cargo. El ejercicio del cargo es el título de habilitación del funcionario de hecho.
- ⊕ La posesión del cargo debe tener las siguientes notas: pacífica, pública (no clandestina) y continuada.
- ⊕ La apariencia de legitimidad del título o nombramiento. La persona que ejerce la función pública actúa de buena fe, es decir, cree en la legitimidad de su título de habilitación.

Esta teoría se ubica igualmente en la concepción amplia del funcionario de hecho al admitir al particular que ejerce funciones públicas sin título de habilitación nulo.

Al establecerse que la apariencia de legitimidad del título no se considera en función de la opinión del público, sino de la persona que actúa como funcionario, la posesión del cargo de

⁸ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 157.

⁹ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 158.

¹⁰ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 158.

buen fe, se fija un elemento importante para diferenciar al funcionario de hecho del usurpador de funciones.¹¹

Se asigna a la apariencia de legitimidad del título un significado distinto que en la teoría de la doctrina de facto, al entender que la figura del funcionario de hecho se ha elaborado no para proteger la buena fe del público que se relaciona con la persona que ejerce la función pública, sino la de ésta en la legitimidad de su título de habilitación.

El título de habilitación del funcionario de hecho sería la posesión del cargo de buena fe.

6) Conclusiones.

Del análisis de las distintas posturas que existen en el derecho administrativo con relación al funcionario de hecho, se alcanzan las siguientes conclusiones:

- μ El derecho administrativo al reconocer al funcionario de hecho, acepta que además de la ley, la elección, o el nombramiento de autoridad competente, opere otro título de habilitación: el título nulo.
- μ No se admite que el usurpador de funciones sea considerado como un funcionario de hecho. Por tal razón se confrontan una concepción amplia que califica como funcionario de hecho al particular que sin título nulo ejerce funciones públicas y una concepción restringida que lo rechaza al establecer que solamente se considere como tal a la persona que con título nulo ejerce las mismas.
- μ Dentro de la concepción restringida, las teorías adicionan al título nulo otras características que debe cumplir el funcionario de hecho para asegurar su diferenciación con el usurpador; como la apariencia de legitimidad de título, que puede tener su fundamento en la buena fe de los terceros (posesión pacífica y pública) o de la persona que ejerce la función pública (posesión del cargo de buena fe).

II.- El funcionario de hecho en el derecho penal.

En el derecho penal se distinguen dos supuestos:

- Ⓜ El particular que sin nombramiento nulo ejerce funciones públicas.
- Ⓜ El particular que con nombramiento nulo ejerce funciones públicas.

¹¹ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 159.

El primer supuesto no es admitido como funcionario de hecho por el derecho penal dado que se trata de un usurpador de funciones.¹²

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 precisamente por ser nulo, en otras palabras, si se admite o no la figura del funcionario de hecho.

1) Posición que acepta al 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.^{13 14 15}

El fundamento para la aceptación en el derecho penal de la designación irregular como título de habilitación, al igual que en el derecho administrativo, es diverso:

CRITERIOS DE FUNDAMENTACION DEL FUNCIONARIO ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL DERECHO PENAL

- ✚ Procesal. La nulidad del nombramiento requiere una resolución administrativa o judicial, mientras que no exista el título tiene validez.
- ✚ Apariencia de legitimidad del título o doctrina de facto. La protección de la buena fe de los terceros.
- ✚ 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.
- ✚ La posesión del cargo de buena fe. La protección de la buena fe del funcionario de facto.
- ✚ El interés social o fin público de los actos que realiza el funcionario de hecho.

El funcionario de hecho es aceptado en el derecho penal, tanto para efectos de su protección penal (por ejemplo como víctima del delito de resistencia a la autoridad), como para

¹² Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 159.

¹³ Fidel Rojas Vargas, Delitos contra la administración pública, 3º edición, Páginas 36 a 38 y 119 a 114, Grijley, Lima, Perú, 2002.

¹⁴ Manuel Abanto Vásquez, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano, 2º edición, Páginas 27 y 28, Palestra, Lima, Perú, 2003.

¹⁵ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Páginas 160 a 168.

asignarle deberes de función y responsabilidad penal por su violación (por ejemplo para ser considerado autor del delito de peculado).^{16 17}

Para el derecho penal el título de habilitación del funcionario de hecho es el nombramiento nulo.^{18 19}

El derecho penal admite un concepto restringido del funcionario de hecho que se elabora no solamente con el nombramiento nulo, sino con una serie de elementos más que deben verificarse para la calificación del funcionario de facto.

ELEMENTOS DEL FUNCIONARIO DE HECHO

- β Existencia del cargo.
- β Nombramiento nulo.
- β Posesión del cargo. La persona debe encontrarse en ejercicio efectivo de la función pública.²⁰
- β Posesión pacífica del cargo. El ejercicio de la función pública no debe ser consecuencia de la realización de delito.
- β Posesión pública del cargo. El ejercicio de la función pública no debe ser clandestino.²¹
- β Apariencia de legitimidad ante el público. Los terceros deben creer que la persona es un funcionario público.
- β Posesión de buena fe del cargo. La persona actúa en la creencia que tiene título de habilitación.^{22 23}
- β Finalidad lícita del ejercicio de la función. La persona ejercita una función pública para el cumplimiento de los fines de la administración pública.²⁴

Al igual que el derecho administrativo, el derecho penal tiene particular interés en diferenciar al funcionario de hecho del usurpador de funciones.

¹⁶ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 160.

¹⁷ Manuel Abanto Vásquez, Obra citada, Página 27.

¹⁸ Inés Olaizola Nogales, Obra citada, Página 161

¹⁹ Fidel Rojas Vargas, Obra citada, Página 36.

²⁰ Fidel Rojas Vargas, Obra citada, Página 113.

²¹ Fidel Rojas Vargas, Obra citada, Página 113.

²² Fidel Rojas Vargas, Obra citada, Página 36.

²³ Manuel Abanto Vásquez, Obra citada, Página 28.

²⁴ Fidel Rojas Vargas, Obra citada, Página 36.

El funcionario de hecho es un funcionario público **legítimo** porque ejerce la función pública **con título de habilitación**.

El derecho penal (al igual que el derecho administrativo) admite los siguientes títulos de habilitación para el ejercicio de funciones públicas:

TÍTULOS DE HABILITACION PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

- La ley.
- La elección.
- La designación por autoridad competente.
- **El nombramiento nulo.**

El funcionario de hecho **ejerce lícitamente funciones públicas** porque, como se vuelve a insistir, cuenta con título de habilitación; asume los deberes de función del cargo, el Estado actúa a través de él por ser un representante orgánico y en consecuencia tiene responsabilidad legal por la violación de los deberes de función. Asimismo, en contraprestación, adquiere la protección legal de los funcionarios públicos, dentro de la que se encuentra el no ser reprimidos penalmente por actuar en el cumplimiento de su deber de función (artículo 20 inciso 8 del Código Penal).

III.- La doctrina judicial del funcionario administrador de hecho del sub sistema de justicia anticorrupción.

El sistema de justicia anticorrupción ha utilizado la teoría del funcionario de hecho para fundamentar la condena a Vladimiro Montesinos Torres como autor del delito de peculado en el “Caso Bedoya de Vivanco” y en el “Caso de los dueños de medios de televisión”.

Para satisfacer la exigencia de la cualidad del sujeto activo del tipo penal del artículo 387 ²⁵, la Justicia Anticorrupción ha establecido que Vladimiro Montesinos Torres tuvo la función pública de administrar los fondos públicos asignados al SIN a través de las partidas presupuestales denominadas Reserva I y II, en su condición de funcionario administrador de facto.

En el “Caso Bedoya de Vivanco”; la Sala Penal Superior Especial A y la Sala Penal Transitoria Suprema han expresado que Montesinos Torres ejerció de hecho el cargo de Jefe

²⁵ El tipo penal cualificado por el agente del artículo 387 exige que el autor de peculado cumpla con dos elementos: a) la condición de funcionario público; y b) el nexo funcional con los fondos públicos por un deber de función de administración, custodia, o percepción.

de la Oficina Técnica de Administración del Servicio de Inteligencia Nacional y, por tanto, la función de administración de los fondos públicos asignados mediante las partidas del presupuesto llamadas Reserva 1 y 2.

SENTENCIA DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPERIOR (29/ 05/ 03)	SENTENCIA DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA (14/11/03)
<p>“QUINTO.- (...) El Reglamento de Organización y Funciones del Servicio de Inteligencia Nacional... precisa que la Oficina Técnica de Administración es el órgano encargado de conducir los sistemas administrativos, de abastecimiento, mantenimiento, contabilidad y tesorería, teniendo a su cargo la ejecución presupuestal...” (Resaltado del autor)</p> <p>“SEXTO.- (...) del Presidente de la República...es él quien da la orden para que esos fondos sean administrados por el ex asesor...el Jefe del Servicio me ordenó que ese dinero por orden del Presidente se le iba a dar al señor Montesinos...” (Resaltado del autor)</p> <p>“SETIMO.- (...) <u>la Sala forma convicción de que el procesado Vladimiro Montesinos Torres ejercía de hecho el cargo de director general de administración del sin...</u>” (Resaltado del autor)</p> <p>“DECIMO OCTAVO.- (...) se tiene probado Montesinos Torres desapoderó al SIN de dinero... <u>bien cuya custodia ejercía al haber detentado de hecho el cargo de director general de administración del Servicio de inteligencia nacional...</u>” (Resaltado del autor)</p> <p>Fundamento jurídico IV.B.- “Vladimiro Montesinos Torres tiene la condición de autor del delito... detentó la administración de hecho de fondos públicos...ha sido recogido por la doctrina al señalar que sujeto activo de este delito puede ser también el funcionario de hecho...” (Resaltado del autor)</p>	<p>“SEGUNDO.- (...) por orden del ex – Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori participó en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas reserva uno y reserva dos, que eran desagregados de la partida del régimen de ejecución especial (...) todo lo cual evidencia que tuvo una administración de hecho de los fondos del estado, por orden expresa de autoridad competente; (...) de tal modo que el procesado Montesinos Torres al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado...” (Resaltado del autor)</p>

En el “Caso de los dueños de medios de televisión” la Sala Penal Superior Especial B también fundamentó la condena a Vladimiro Montesinos Torres como autor del delito de peculado en su condición de funcionario administrador de hecho de los fondos públicos asignados al SIN.

SENTENCIA DE LA SALA PENAL SUPERIOR ESPECIAL B DE FECHA 28 DE JUNIO DEL 2004

“Evaluación jurídica: (...)

“11.21 (...) es posible que la custodia o administración esté en manos de **funcionarios de hecho**, que por circunstancias especiales y extraordinarias puedan recibir la confianza de manejar o cuidar fondos públicos, supuesto en el que también incurren en delito de peculado (...) **hemos constatado en este caso que Montesinos Torres, de hecho era el encargado de percibir, administrar y custodiar los dineros que el Servicio de Inteligencia Nacional recibía para las denominadas acciones reservadas**” (Resaltado del autor)

“11.23 (...)sector al que el presupuesto de la República destinaba importantes sumas de dinero e involucraba diversos sectores de la estructura de gobierno, por lo que el dinero que genéricamente era enviado como presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional había sido dividido en dos partes, la primera para gastos comunes que era destinado al regular funcionamiento administrativo del Servicio de Inteligencia Nacional y la segunda a actividades reservadas, donde se creo dos reservas uno y dos que **fueron directamente entregados a Montesinos Torres para su inmediata administración como parte de su función de asesor, lo que realizaba en estrecha vinculación con el Jefe del Servicio de inteligencia nacional y con el aval del Presidente de la República, lo que determina esa condición de funcionario público a cuyo cargo estaba la administración de dineros públicos**” (Resaltado del autor)

La Justicia Anticorrupción es uniforme en fundamentar la autoría del “ex asesor” en el delito de peculado atribuyéndole la condición de **funcionario administrador de facto**.

Según la Justicia Anticorrupción Vladimiro Montesinos Torres administró los fondos públicos asignados al Servicio de Inteligencia Nacional mediante las partidas del presupuesto denominadas Reserva I y II, con título de habilitación: el nombramiento nulo del Presidente la República Alberto Fujimori Fujimori.

Si bien las sentencias del “Caso Bedoya de Vivanco” y del “Caso de los dueños de medios de televisión” no establecen expresamente la nulidad de la orden de nombramiento del Presidente, se entiende que lo han hecho implícitamente al calificar a Montesinos de funcionario administrador de facto, pues el título de habilitación en este caso es la designación nula.²⁶

Vladimiro Montesinos Torres, conforme a la doctrina judicial invocada, fue funcionario administrador de hecho de fondos públicos asignados al SIN porque el nombramiento nulo de administrador que le hizo el Presidente Fujimori fue su título de habilitación.

²⁶ De considerarse a Vladimiro Montesinos como administrador del dinero del SIN por un nombramiento del Presidente **válido**, no sería funcionario de facto sino de iure; esta última tesis fue asumida en el “Caso del Canal 4”; antes de la formación por acumulación del “Caso de los dueños de medios de televisión”, la Juez del Cuarto Juzgado Anticorrupción al elaborar su informe final, sustentó la imputación de peculado contra Montesinos considerándolo un funcionario administrador de iure al calificar como título de habilitación a la designación válida del Presidente de la República.

Entre las construcciones jurídicas de los dos casos penales comentados solamente existe una pequeña diferencia en cuanto al alcance de la designación nula de Montesinos como funcionario administrador; en el “Caso Bedoya” se considera que se le nombró en el cargo de Jefe de Facto de la Oficina Técnica de Administración (como Administrador del SIN); en el “Caso de los medios de comunicación” se considera que se adicionó a su cargo de asesor la función de administración de los fondos públicos de las Reservas I y II.

Se trata de una diferencia de alcance de la designación presidencial que en nada varía la calificación de funcionario de facto.

IV.- Crítica a la doctrina judicial del funcionario administrador de hecho.

1) El problema de la falta de fundamento legal para justificar la utilización de la teoría del funcionario administrador de hecho en el derecho penal.

No es posible construir la figura del funcionario administrador de hecho como autor del delito de peculado utilizando solamente criterios materiales, al no admitirlo el bien jurídico administración pública.

El bien jurídico es el concepto central del tipo penal pues a partir de él se definen los elementos que forman el supuesto típico; de allí que sea el más importante elemento de interpretación.²⁷

El maestro alemán Claus **ROXIN** afirma que el bien jurídico tiene su fundamento normativo en la Constitución.²⁸

El reconocimiento del fundamento normativo del bien jurídico no significa por cierto asumir la corriente formalista de determinación de los objetos de tutela penal, pues esta resulta insuficiente y debe ser complementada con la corriente materialista, a fin de, utilizando elementos de ambas, elaborar una concepción integral del bien jurídico.²⁹

Miguel **REALE**, el ius filósofo brasileño creador de la Teoría Tridimensional del Derecho, explica que en todo fenómeno jurídico hay tres elementos o factores; el hecho, el

²⁷ Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Volumen Primero, Página 352, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1981.

²⁸ Claus Roxin, Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Páginas 55 y 56, Editorial Civitas S.A., 1997.

²⁹ César Nakazaki Servigón, Bases de una Teoría General sobre el Bien Jurídico, Página 33, Advocatus Año I, Revista de Derecho de la Universidad de Lima, 1989.

valor y la norma; <los mismos que no pueden existir separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta>. ³⁰

Los bienes jurídicos, como todo en el Derecho, tienen tres dimensiones, fáctica, valorativa y normativa, de allí que no puede ser definido de forma unidimensional; por ejemplo el querer sostener que el objeto de tutela penal administración pública es solamente un concepto fáctico o material. ³¹

Los bienes jurídicos son presupuestos indispensables para la realización del hombre a través de la funcionalidad social, que son objetivados mediante su captación en el ordenamiento positivo. ³²

El tipo penal de peculado del artículo 387 se ubica en la Sección III Peculado, del Capítulo II Delitos cometidos por funcionarios públicos, del Título XVIII Delitos contra la administración pública, del Libro Segundo del Código Penal; por lo que se establece que el objeto de tutela penal es la administración pública.

A falta de una definición legal del bien jurídico administración pública en el Código Penal, a continuación se determina su significado a través de la dogmática jurídica.

Fidel **ROJAS VARGAS** se refiere a la administración pública como un bien jurídico funcional, que abarca: **a)** Ejercicio de funciones y servicios públicos; **b)** Observancia de los deberes del cargo o empleo; **c)** Regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio; **ch)** Prestigio y dignidad de la función; **d)** Probidad y honradez de sus agentes; **e)** Protección del patrimonio público, de los símbolos y distintivos estatales; siempre y cuando tengan fundamento constitucional. ³³

Inés **OLAIZOLA NOGALES** sostiene que el objeto de tutela penal es el buen funcionamiento de la administración pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad, o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa.

³⁴

Fermín **MORALES PRATS** y María José **RODRIGUEZ PUERTA** definen al bien jurídico como el correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la perspectiva de una

³⁰ Miguel Reale, Introducción al Derecho, Página 69, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, España, 1984.

³¹ César Nakazaki Servigón, Obra citada, Página 33.

³² César Nakazaki Servigón, Obra citada, Página 35.

³³ Fidel Rojas Vargas, Obra citada, Página 18.

³⁴ Inés Olaizola Nogales, Página 87.

Administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y al resto de principios constitucionales que ordenan su funcionamiento.³⁵

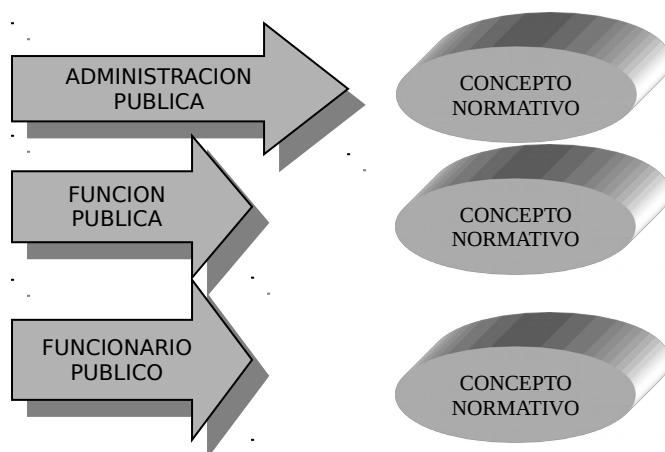
La fijación de la naturaleza del bien jurídico administración pública demuestra la imposibilidad de la construcción de un **concepto fáctico** de este objeto de tutela penal, prescindiendo de elementos normativos, es decir, sin ninguna referencia a las disposiciones legales.

Al igual que con la administración pública la función pública tiene como elementos al hecho, al valor y a la norma. No es posible la elaboración de un concepto fáctico ni de función pública, ni de funcionario público, esto es, sin un elemento normativo, como por ejemplo el artículo 425 del Código Penal.

El Código Penal fija parámetros para definir a los funcionarios públicos.³⁶

El título de habilitación para el ejercicio de la función pública se establece por ley.³⁷

La naturaleza de la función pública, como componente del objeto jurídico administración pública, demuestra igualmente la imposibilidad de la construcción de un concepto material, prescindiendo de elementos normativos, es decir, sin ninguna referencia a las disposiciones legales.



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.

³⁵ Fermín Morales Prats y María José Rodríguez Puerta, Obra colectiva, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Página 1163, Aranzadi, Pamplona, España, 1999.

³⁶ Fidel Rojas Vargas, Obra citada, Páginas 35 y 36.

³⁷ Inma Valeije Alvarez, Obra citada, Página 54.

En el Perú **ROJAS VARGAS** llega a la misma conclusión: la necesidad de positivizar el concepto de funcionario de hecho desde la consideración del principio de legalidad.³⁸

2) Aplicación incompleta de la teoría del funcionario de hecho en la doctrina judicial de la justicia anticorrupción.

La calificación de funcionario de hecho exige la comprobación de un conjunto de elementos que no ha sido realizada en los casos penales estudiados, pues la consideración a Montesinos como funcionario de hecho se ha efectuado con la verificación de un solo elemento: el nombramiento nulo.

En la administración de fondos públicos de Montesinos no se aprecian los siguientes elementos del funcionario de facto:

- Posesión pacífica del cargo: Los fondos públicos que administró Montesinos, no fueron consecuencias de transferencias regulares del Ministerio de Economía y Finanzas al SIN; tuvieron como origen la continua realización de los delitos de peculado y falsedad que desde 1992 a septiembre del 2000 cometieron los funcionarios administradores del Ministerio de Defensa, del Ministerio del Interior, del Ejército, la Marina, La Fuerza Aérea y la Policía Nacional.
- Posesión pública del cargo: La administración de fondos públicos de Montesinos fue clandestina; el hecho que se tratase del Servicio de Inteligencia Nacional no significaba que a nivel interno del Poder Ejecutivo también se ocultase la condición de funcionario administrador, por ejemplo, el carácter secreto de la inteligencia no impedía que el “ex asesor” fuese quien rindiese cuentas sin tener que explicar las operaciones de inteligencia en las que se gastaban los fondos públicos.
- Finalidad lícita del ejercicio de la función: La administración de fondos públicos de Montesinos **no tuvo una finalidad o interés público**. El dinero del Estado Peruano fue utilizado para la campaña electoral de Perú 2000 o las actividades de la organización criminal que formó Montesinos; es evidente que éste no administró los caudales públicos a favor del Estado.

En conclusión una correcta aplicación de la teoría del funcionario de facto permite establecer que el ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos Torres no puede ser calificado como funcionario administrador de hecho por la falta de los elementos posesión pacífica y pública del cargo, y fundamentalmente la ausencia de finalidad lícita del

³⁸ Fidel Rojas Vargas, Obra citada, Páginas 109 a 114.

ejercicio de la función; Montesinos no administró el dinero del Estado para la realización de las funciones públicas, sino para favorecer intereses ajenos a la administración pública.

3) Vladimiro Montesinos Torres al haber sido condenado como autor de peculado como funcionario administrador de hecho por la Justicia Anticorrupción no puede ser condenado por el mismo hecho como usurpador de funciones ajenas.

Dejando de lado la discrepancia con la utilización de la teoría del funcionario de hecho, asumiendo que Montesinos si puede ser funcionario de hecho, se advierte una seria contradicción en la doctrina judicial analizada dado que los mismos hechos se le considera autor de peculado y de usurpación de funciones ajenas.

El funcionario de hecho y el usurpador de funciones son calificaciones excluyentes.

Respecto al ejercicio de la misma función pública, afirma **OLAIZOLA NOGALES**, o se es funcionario o usurpador. <Desde mi punto de vista un sujeto o es usurpador o es funcionario. Creo que son términos que se contradicen entre sí cuando se refieren al ejercicio de las mismas funciones públicas...lo que no creo que sea posible, porque los conceptos son excluyentes entre si, es que un sujeto respecto al ejercicio de una misma función pública pueda ser considerado a la vez funcionario y usurpador. Usurpador es el que usurpa unas funciones públicas, atribuyéndose la condición de funcionario público sin serlo...>³⁹

ROJAS VARGAS expresa con acierto <**El funcionario de hecho**, que ejerce amparado por una causal de justificación o en situaciones provocadas o toleradas por la administración estatal **no comete delito de usurpación de funciones o de autoridad**>.⁴⁰

El funcionario de hecho es considerado un funcionario público; el usurpador de funciones no, pues se trata de un particular.

La diferencia 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. 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**.

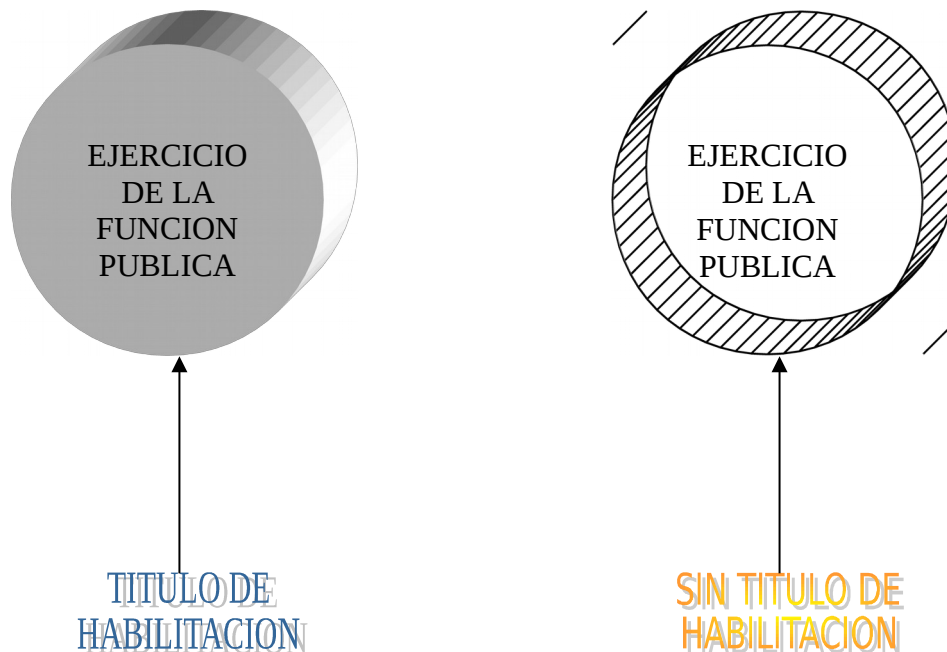
El funcionario de hecho tiene título de habilitación para ejercer funciones públicas, el nombramiento nulo; el usurpador carece del mismo y por tanto su ejercicio de la función pública es delito.

³⁹ Inés Olaizola Nogales, *En la vida*, página 163.

⁴⁰ Fidel Rojas, *op. cit.*, p. 493.

**FUNCIONARIO
DE HECHO**

**USURPADOR
DE FUNCIONES**

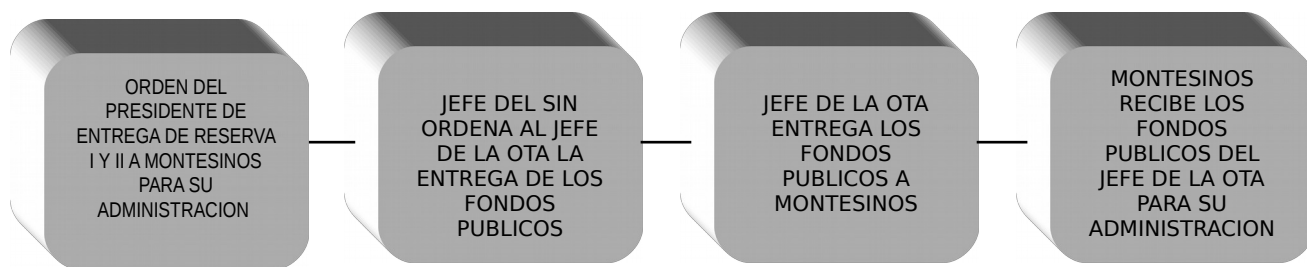


En el caso de la administración del dinero del Estado el funcionario de hecho administra fondos públicos en cumplimiento del deber de función que emana de su título de habilitación: su administración es lícita; en cambio el usurpador administra fondos públicos cometiendo delito por carecer del título habilitante, su administración es ilícita.

El funcionario público Vladimiro Montesinos Torres no usurpó 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.

Como ya se ha resaltado administró los fondos públicos por tener el título de habilitación consistente en la designación nula que le hizo el Presidente Fujimori al ordenar al Jefe del SIN que el Jefe de la Oficina Técnica de Administración le entregue el dinero de las Reservas I y II.

En los procesos penales donde se ha condenado a Montesinos como autor de peculado y de usurpación de funciones, se ha demostrado que el “ex asesor” administró dinero del SIN a través del siguiente procedimiento:



Todos los recibos de entrega de las Reservas 1 y 2 eran extendidos desde el año 1991 hasta 1998 por la Dirección Técnica de Administración ⁴¹ y firmados por el funcionario administrador de facto Vladimiro Montesinos Torres.

El Presidente Alberto Fujimori, junto al Presidente del Consejo de Ministros, firmaba las resoluciones supremas en señal de aprobación de la rendición de cuentas. ⁴²

Al haber establecido la Justicia Anticorrupción que Vladimiro Montesinos Torres tuvo título de habilitación para administrar fondos del SIN y por tanto que fue autor de peculado por apropiarse del dinero; no puede ser considerado por el mismo hecho autor de usurpación de funciones ajenas.

**TITULO DE HABILITACION:
NOMBRAMIENTO NULO DEL
PRESIDENTE**

**FUNCIONARIO
O PÚBLICO
VLADIMIRO
MONTESINOS
TORRES**

**ADMINISTRACION DE FONDOS DE
RESERVA I Y II DEL PRESUPUESTO
DEL SIN**

⁴¹ Ver ANEXO N° B del Escrito de defensa N° 16 presentado en la causa.

⁴² Descrias en el “INFORME DETALLADO DE LAS PARTIDAS RESERVADAS DEL SIN QUE SE ENTREGARON AL FUNCIONARIO VLADIMIRO MONTESINOS TORRES DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 1991 – 1998” que presentó la defensa con fecha 02/05/01 en el expediente 14 –01 ante el 6° Juzgado Penal Especial. El informe obra de fojas 140 a 146 y los anexos de fojas 147 a 194 del expediente de esta causa.

Para que Montesinos sea autor de usurpación de funciones ajenas se requeriría establecer que administró los fondos del SIN **careciendo de título de habilitación**; supuesto que ha sido descartado de plano por la Justicia Anticorrupción, insisto, una vez más, al haberlo calificado de funcionario administrador de hecho y condenado como autor de peculado.

Así como no se puede ser respecto del mismo bien, dueño que abusa del derecho de propiedad y ladrón; tampoco se puede ser autor del delito de peculado de fondos públicos que se administran y usurpador de funciones por no tener título de habilitación para administrarlos.

Los problemas en la utilización de la figura del funcionario de hecho por el sub sistema de justicia anticorrupción se extienden a los casos de los cómplices de peculado, que constituyen una cantidad significativa de personas procesadas. En las condenas por complicidad en peculado se justifica la observancia del principio de accesoriedad con la calificación a Montesinos como autor de peculado ¡gracias! al concepto del funcionario de facto.

Es necesario corregir esta manifestación de derecho penal del enemigo que coexiste, como demuestra **JAKOBS**, con las de derecho penal del ciudadano que también se dan en la llamada justicia anticorrupción.⁴³

⁴³ Günther Jakobs y Manuel Cancio Melliá, Derecho Penal del Enemigo, Páginas 21 y 22, Thomson Civitas, Madrid, España, 2003.