



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**El fundamento legal para la utilización de la teoría del funcionario  
administrador de facto en el derecho penal**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE

Abogado

**AUTOR:**

Zamora Quiroz, Jhonathan José (ORCID [0000-0002-8254-6597](https://orcid.org/0000-0002-8254-6597))

**ASESORES:**

Mg. Fernández de la Torre, Héctor Luis (ORCID [0000-0002-1370-1776](https://orcid.org/0000-0002-1370-1776))

Mg. Yaipén Torres Jorge José (ORCID [0000-0003-3414-0928](https://orcid.org/0000-0003-3414-0928))

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho Penal

CHICLAYO – PERÚ

2021

## DEDICATORIA

Esta investigación se la dedico a mis padres, a mi esposa y a mi hija por su amor, sacrificios y apoyo incondicional en todos los aspectos de mi vida, para así poder cumplir mis metas trazadas.

## AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios quien me ha dado las fuerzas y el conocimiento necesario para continuar hacia delante en cada una de mis metas trazadas.

A mis padres, esposa e hija quienes son mi soporte y guía en cada paso de mi vida, así como también son mi inspiración para continuar hacia delante.

A mis asesores, quienes con sus conocimientos, han logrado en mi culminar mi investigación con éxito.

## Índice de contenidos.

	Pág.
Carátula	
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de contenidos	iv
Índice de tablas	vii
Índice de figuras	viii
Resumen	ix
Abstract	x
I. INTRODUCCIÓN	01
1.1. Realidad Problemática	01
1.2. Pregunta Problemática	02
1.3. Justificación	02
1.4. Objetivos	02
1.5. Hipótesis	03
II. MARCO TEÓRICO	04
2.1. Trabajos previos a nivel internacional	04
2.2. Trabajos previos a nivel nacional	06
2.3. Trabajos previos a nivel local	07
2.4. Derecho penal	09
2.4.1. Concepto	09
2.4.2. Finalidad	09
2.4.3. Aspectos	10
2.5. Funcionario público	10
2.5.1. En la Constitución Política del Perú	10
2.5.2. En el código penal	10
2.5.3. Concepto	11
2.6. Funcionario administrador de facto	12
2.6.1. Concepto	12
2.6.2. Supuestos	12
2.6.3. Títulos de habilitación	13
2.6.4. Jurisprudencia	13

2.7. Fundamento legal	14
2.7.1. Principio de legalidad	14
III. METODOLOGÍA	17
3.1. Tipo y diseño de investigación	17
3.2. Variables y Operacionalización	17
3.3. Población, muestra y muestreo	19
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	20
3.5. Procedimientos	21
3.6. Método de análisis de datos	21
3.7. Aspectos éticos	22
IV. RESULTADOS	23
V. DISCUSIÓN	34
VI. CONCLUSIONES	40
VII. RECOMENDACIONES	41
VIII. PROPUESTA	42
REFERENCIAS	44
ANEXOS	

## Índice de tablas

	Pág.
<b>Tabla 1:</b> Condición de los encuestados	23
<b>Tabla 2:</b> ¿Conoce usted si se encuentra desarrollada en el código penal el concepto de funcionario administrador de facto?	24
<b>Tabla 3:</b> ¿Conoce usted alguna jurisprudencia nacional que haya desarrollado la figura jurídica del funcionario administrador de facto?	25
<b>Tabla 4:</b> ¿Cree usted que nuestra jurisprudencia nacional haya aplicado correctamente los conceptos y elementos del funcionario administrador de facto?	26
<b>Tabla 5:</b> ¿Cree usted que la aplicación de la figura jurídica del funcionario administrador de facto vulnera el principio de legalidad?	27
<b>Tabla 6:</b> ¿Cree usted que los criterios para determinar a un funcionario administrador de facto es adecuado?	28
<b>Tabla 7:</b> ¿Cree usted que el desarrollo del funcionario administrador de facto en la dogmática nacional es suficiente?	29
<b>Tabla 8:</b> ¿Cree usted que la aplicación de la figura del funcionario administrador de facto ha restringido derechos fundamentales?	30
<b>Tabla 9:</b> ¿Cree usted que la doctrina ha finalizado el análisis para el desarrollo de la figura del funcionario administrador de facto?	31
<b>Tabla 10:</b> ¿Usted se encuentra satisfecho del análisis jurisprudencial y doctrinal que ha desarrollado hasta la actualidad de la figura del funcionario administrador de facto?	32
<b>Tabla 11:</b> ¿Considera usted que se debería incorporar vía dicción el artículo 425-A en el código penal respecto a la figura del funcionario administrador de facto?	33

## Índice de figuras

	Pág.
<b>Tabla 1:</b> Condición de los encuestados	23
<b>Tabla 2:</b> ¿Conoce usted si se encuentra desarrollada en el código penal el concepto de funcionario administrador de facto?	24
<b>Tabla 3:</b> ¿Conoce usted alguna jurisprudencia nacional que haya desarrollado la figura jurídica del funcionario administrador de facto?	25
<b>Tabla 4:</b> ¿Cree usted que nuestra jurisprudencia nacional haya aplicado correctamente los conceptos y elementos del funcionario administrador de facto?	26
<b>Tabla 5:</b> ¿Cree usted que la aplicación de la figura jurídica del funcionario administrador de facto vulnera el principio de legalidad?	27
<b>Tabla 6:</b> ¿Cree usted que los criterios para determinar a un funcionario administrador de facto es adecuado?	28
<b>Tabla 7:</b> ¿Cree usted que el desarrollo del funcionario administrador de facto en la dogmática nacional es suficiente?	29
<b>Tabla 8:</b> ¿Cree usted que la aplicación de la figura del funcionario administrador de facto ha restringido derechos fundamentales?	30
<b>Tabla 9:</b> ¿Cree usted que la doctrina ha finalizado el análisis para el desarrollo de la figura del funcionario administrador de facto?	31
<b>Tabla 10:</b> ¿Usted se encuentra satisfecho del análisis jurisprudencial y doctrinal que ha desarrollado hasta la actualidad de la figura del funcionario administrador de facto?	32
<b>Tabla 11:</b> ¿Considera usted que se debería incorporar vía dicción el artículo 425-A en el código penal respecto a la figura del funcionario administrador de facto?	33

## RESUMEN

Mediante la siguiente investigación, que constituye la tesis para optar el grado Profesional de Abogado, denominado: “El fundamento legal para la utilización de la teoría del funcionario administrador de facto en el derecho penal”, tiene como objetivo incorporar la teoría del funcionario administrador de facto en el Código Penal Peruano.

Como metodología tenemos que es cuantitativa, con diseño no experimental – explicativa, que pretende explicar aportes en materia penal, sobre el fundamento legal para la utilización de la teoría del funcionario administrador de facto en los delitos contra la administración pública. Además, la población está constituida por jueces, fiscales y abogados especializados en derecho penal del Distrito Judicial de Lambayeque. La muestra es de 5 Jueces, 6 Fiscales, 20 Abogados. La técnica usada fue la encuesta; utilizando como instrumento el cuestionario.

En cuanto a los resultados, el 81% estimaron que es necesaria la incorporación de la teoría del funcionario administrador de facto en el artículo 425-A del Código Penal.

Finalmente, el desarrollo de la teoría del funcionario administrador de facto en la jurisprudencia y la doctrina es controversial, debido a que desde su aplicación en los tribunales se han ido generando diversas interpretaciones.

**Palabras claves:** Fundamento legal, funcionario administrador de facto, funcionario público, título habilitante.



## ABSTRACT

By means of the following research, which constitutes the thesis to opt for the Professional Degree of Lawyer, called: "The legal basis for the use of the theory of the de facto administrator official in criminal law", aims to incorporate the theory of the de facto administrator official in the Peruvian Criminal Code.

As methodology we have that it is quantitative, with non-experimental design - explanatory, which aims to explain contributions in criminal law, on the legal basis for the use of the theory of the de facto administrative official in crimes against public administration. In addition, the population is constituted by judges, prosecutors and lawyers specialized in criminal law of the Judicial District of Lambayeque. The sample is made up of 5 judges, 6 prosecutors and 20 lawyers. The technique used was the survey; using the questionnaire as an instrument.

Regarding the results, 81% considered that it is necessary to incorporate the theory of the de facto administrative official in article 425-A of the Criminal Code.

Finally, the development of the theory of the de facto administrative official in jurisprudence and doctrine is controversial, due to the fact that since its application in the courts various interpretations have been generated.

**Keywords:** Legal basis, de facto administrative official, public official, enabling title.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

En nuestro país el fenómeno de la corrupción es un tema muy preocupante y de alta complejidad que ha venido manifestándose a lo largo de los años; siendo uno de los problemas principales para el funcionamiento efectivo de la democracia, limitando el desarrollo social, político y económico de nuestro país, denotando ausencia de valores en la sociedad, la mayoría de estos delitos son cometidos por personas que laboran en la administración pública, denominados funcionarios públicos quienes son sujetos activos de los delitos especiales tipificados en nuestro Código Penal.

El concepto de funcionario público ha sido desarrollado ampliamente en el derecho peruano, el artículo 425 del Código Penal en donde establece la definición de quienes deben ser considerados funcionarios o servidores públicos, este precepto legal permite reconocer que el Código Penal acoge un concepto amplio; uno de los problemas que surge entorno al funcionario público es la figura del funcionario administrador de facto en el ámbito del derecho penal, figura que ha sido acogida por la jurisprudencia peruana; sin embargo, existe discusión sobre esta figura jurídica debido a que no se ha desarrollado completamente, es necesario suplir estas deficiencias para poder consolidarla; así mismo su reconocimiento normativo implicaría la precisión de sus alcances.

Dicho esto, tenemos uno de los casos más controversiales sobre el funcionario administrador de facto, este es la Sentencia N° 010 – 2001; en la cual a Vladimiro Montesino Torres se le imputa el delito de peculado como funcionario administrativo de facto; en donde se indica que el agente debe actuar como integrante del sector público y con dominio efectivo del ámbito administrativo concernido; no es necesario que se le confié físicamente los bienes, si no que este tenga la capacidad de disponer de ellos.

También tenemos la Casación N° 442-2017; aquí nos indica que el funcionario administrador de facto es aquella persona que ejerce la administración como funcionario, pero sin embargo, su situación administrativa es irregular, por esto no se le considera funcionario de derecho; en la cual se deben cumplir tres requisitos:

existencia legal del cargo, posesión del cargo y apariencia de legitimidad del título o nombramiento.

Ante esta perspectiva podemos dilucidar que la jurisprudencia peruana con respecto a este tema ha tenido una variación muy importante, en la que se presentan requisitos para cumplir con el perfil del funcionario administrador de facto; por tal razón es necesario que se analice y estudie a profundidad estas condiciones para que se plasme en una ley para sancionar actos de relevancia penal mas no por la condición irregular de su cargo.

A continuación, se presenta la formulación del problema, el cual es: ¿Cuál sería el fundamento legal para la utilización de la teoría del funcionario administrador de facto en el derecho penal?

La justificación del problema radica en que: El trabajo que se desarrollará es necesario porque permite abordar la problemática que ha surgido entorno a la identificación del funcionario administrador del hecho en el proceso penal, esta figura jurídica ha sido incorporada en la jurisprudencia peruana mediante una sentencia impuesta a Vladimiro Montesinos acusado del delito de Peculado, sin embargo, no ha sido incorporada como una norma.

Además, se pretende demostrar que existe la necesidad de incorporar la teoría del funcionario administrador de facto en la normativa penal en base al principio de legalidad con la finalidad de garantizar seguridad jurídica.

Esta investigación es conveniente para toda la comunidad jurídica debido a que se propone la regulación de esta figura jurídica que implicaría tener una definición exacta de quienes pueden ser sujetos de autoría en los delitos contra la administración.

En esta investigación el objetivo general es incorporar el fundamento legal para la utilización de la teoría del funcionario administrador de facto en el derecho penal.

Por consiguiente; se presentan los objetivos específicos:

- a) Definir teorías, principios y conceptos básicos del funcionario administrador de facto.
- b) Analizar el desarrollo doctrinal y jurisprudencial respecto al concepto del funcionario administrador de facto.
- c) Plantear una propuesta legislativa para la incorporación del artículo 425-A, brindar los fundamentos legales para la utilización de la teoría del funcionario administrador de facto en el derecho penal, como autor en los delitos contra la administración pública.

Asimismo, el presente trabajo de investigación tiene como hipótesis lo siguiente: La incorporación del artículo 425-A en el Código Penal para establecer los fundamentos legales, para la utilización de la teoría del funcionario administrador de facto en el derecho penal y de esta manera ayudaría a los operadores jurídicos cuando se investiguen delitos contra la administración pública; así como para el desarrollo económico, político y social del Estado.

## II. MARCO TEÓRICO

A continuación, en los trabajos previos contamos con la búsqueda de antecedentes en las diversas investigaciones, que conlleva a identificar los siguientes trabajos de investigación siendo las conclusiones y sugerencias de las siguientes tesis.

A continuación, se detalla algunos estudios relacionados al tema de investigación, los mismos que han sido realizados en diferente tiempo y lugar; entre ellos los siguientes

A nivel Internacional tenemos presente a Jameikis, E. (2006). En su tesis titulada: “Situación jurídica de los contratados en la administración pública”, para obtener el Grado de Especialista en Derecho Administrativo, del trabajo de investigación de la Universidad Católica Andrés Bello en su conclusión señala:

Los contratos deben de estar regidos por las normas señaladas para el desarrollo de las actividades de administración pública y no solo lo señalado en el contrato: son válidas las actuaciones desempeñadas en el ejercicio de su cargo incluso cuando la relación contractual recaiga en vicios de ilegalidad y hasta que se efectué la nulidad del contrato, esta se da cuando se contrata sin verificar el cumplimiento de la ley por parte de la administración pública. La jurisprudencia menciona que son válidas las actuaciones que realizan los funcionarios de hechos, basando esta teoría en beneficio al resguardo de los intereses de la sociedad, pero nunca a favor de la administración. (p. 76)

En esta investigación podemos corroborar que para el derecho administrativo español existe la figura del funcionario de hecho, debido a que los contratados en la administración pública así hayan presentado irregularidades en su designación; sus actuaciones se toman como válidas y surten efectos ante la ley.

A nivel Internacional tenemos presente a Álvarez, J. (2019). En su tesis titulada: “Estudio de los delitos de tráfico de influencias. Artículos 428, 429 y 430 del Código Penal español y 411 y 411A del Código Penal colombiano”, para obtener el grado

de doctor, del trabajo de investigación de Universidad de León en su segunda conclusión señala:

La participación en la función pública que señala el art. 24.1 C.P. debe comprenderse en un sentido funcional de modo que no necesariamente debe tenerse la calidad formal de funcionario público o ejercerse un cargo público, sino que lo más relevante es que se materialice en la realización de actividades que puedan considerarse ejercicio de función pública, siempre que la persona que desempeña la actividad este habilitado por los títulos de incorporación señalados también el CP. (p. 242)

En esta investigación podemos verificar que, en la legislación colombiana, se encuentra normado implícitamente la teoría del funcionario administrador de facto. Del artículo 24.1 del Código se desprende la participación en funciones públicas en donde interpretativamente se puede concluir que no necesariamente el sujeto activo de delitos contra la administración pública tiene que tener la calidad formal de funcionario público, sino que lo relevante es que se materialice mediante el ejercicio de actividades de función pública.

A nivel Internacional tenemos presente a Reyes, J (2009). En su tesis titulada: "Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad", para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, del trabajo de investigación de la Universidad de Chile en su segunda conclusión señala:

El funcionario público, en concordancia con el artículo 260 del Código Penal, es aquel que desempeña función pública, sin tomar en cuenta la institución, jerarquía del órgano en que desempeña esa función pública o la forma en la que se asumió el cargo, en conclusión, nuestra legislación penal adopta un criterio funcional pues lo determinante para ser denominado funcionario público es desempeñarse y ejercer función pública. (p. 494)

En esta investigación podemos verificar que la legislación chilena presenta un concepto amplio de funcionario público, en donde plantea que es funcionario público todo aquel que ejerza función pública sin importar la forma en la que haya asumido dicho cargo.

A nivel nacional tenemos presente a Rodríguez, G. (2015). En su tesis titulada: “El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del funcionario de hecho en los delitos contra la administración pública”; para obtener el grado de Magister, del trabajo de investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú en su catorceava conclusión señala:

El funcionario de hecho nace en el Derecho Administrativo, los supuestos desarrollados de esta figura coinciden con los supuestos fijados en el artículo 361 del Código Penal referente al delito de usurpación de funciones, en conclusión, el derecho penal brinda una solución para el funcionario de facto a nivel administrativo. (p. 142)

En esta investigación se hace presente la problemática que surge de la teoría del funcionario administrador de facto, debido a la falta de regulación normativa que existe en nuestra legislación, es por ello que surge la necesidad de incorporarla para poder definir si se trata de una modalidad de funcionario público.

A nivel nacional tenemos presente a Monje, B. (2015). En su tesis titulada: “Problemática de la definición de funcionario y servidor público en el Código Penal Peruano” para obtener título profesional de abogado, del trabajo de investigación Universidad Nacional del Altiplano en su segunda conclusión señala:

Los elementos más importantes que constituyen la definición de un funcionario público son el título de habilitación: que se le atribuye a aquella persona que ocupe un cargo al servicio del Estado y la participación en función pública que es la actividad desempeñada por persona natural al servicio del Estado que puede darse de manera temporal o permanente, remunerada u honoraria. (p. 117)

En esta investigación se destacan dos elementos importantes para poder identificar al funcionario público que comprende el desempeño de la función pública y ostentar un título habilitante.

A nivel nacional tenemos presente a Bermúdez, L. (2017). En su tesis 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-2016”; para obtener título profesional de abogado, del trabajo de investigación Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez en su primera conclusión señala:

Podemos verificar que la distinción del funcionario de facto con el usurpador de funciones públicas, se distingue sustancialmente en los elementos de cada figura jurídica por lo tanto es funcionario de facto aquel que posee un título habilitante extraordinario mientras que usurpador de funciones no posee título habilitante. (p. 83)

En efecto en esta investigación, podemos rescatar uno de los principales elementos para saber si estamos frente a la teoría del funcionario de hecho que es la de tener un título habilitante extraordinario.

A nivel local tenemos presente a Paredes, B. (2017). En su tesis titulada: “Delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos en los gobiernos locales”, para obtener el grado académico de Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales, del trabajo de investigación de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, en su primera conclusión señala:

La corrupción genera pérdidas económicas muy altas para nuestro país, dinero que podría ser utilizado para alimentar a los habitantes más pobres durante tres años, los procesos judiciales entorno a los delitos de corrupción a nivel nacional son muchos, en el departamento de Lambayeque se investigan 1293 casos, siendo las entidades estatales las más afectadas. (p. 119)

En esta investigación podemos observar que los delitos contra la administración pública es un problema latente en nuestra sociedad, que conlleva al decrecimiento



de la economía de nuestro país, colocando en desventaja a la población más pobre de nuestro país.

A nivel local tenemos presente a Siapo, M. (2018). En su tesis titulada: “La Lesión de los Bienes Tutelados en los Delitos de Corrupción de Funcionarios, y su Resarcimiento en la Determinación de la Pena y de la Reparación Civil, a partir de los Casos de los Juzgados Penales de Chiclayo, Años 2014 – 2015”, para obtener el grado académico de Doctora en Derecho y Ciencia Política, del trabajo de investigación de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, en su tercera conclusión señala:

El estado es la organización creada por una comunidad nacional con el fin de normar conductas y sancionar ciertos comportamientos que alteran el cumplimiento de sus funciones con el fin de lograr la armonía y bien común. Entonces se van a sancionar penalmente las conductas que paralizan la prestación de servicios a los ciudadanos, retrasa la inversión, el crecimiento económico, genera inseguridad, y hace que las instituciones públicas no logren su finalidad. (p. 210)

En esta investigación reconoce la importancia de sancionar los comportamientos que generan problemática en el desenvolvimiento de la función pública, debido a que fomenta un desequilibrio para la economía de nuestro país, llegando a arriesgar la gobernabilidad y paz social.

A nivel local tenemos presente a Mundaca, J. (2019). En su tesis titulada: “Métodos de control estatal contra la corrupción de funcionarios, ius puniendi penal y ius puniendi administrativo: análisis, críticas y propuestas”, para obtener el título profesional de abogado, del trabajo de investigación de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, en su segunda conclusión señala:

Actualmente, la corrupción ha vinculado las grandes esferas públicas y privadas, evolucionando a grupos de interés político económico, no es un fenómeno de carácter individualista. (p. 156)

Concuero con este análisis, en la actualidad podemos observar que existen intereses políticos que acarrearán la denominada corrupción política, cometidos por funcionarios o servidores públicos que abusan del poder haciendo un mal uso de los recursos financieros del sistema público.

A continuación, se desarrollarán las teorías relacionadas al tema, las cuales darán un mejor enfoque a la presente investigación, con respecto a los objetivos general y específicos.

Se desarrollará la definición del funcionario público y funcionario administrador de facto, fundamento legal para la aplicación de la figura del funcionario administrador de facto, análisis legal nacional, Sin embargo, para el trabajo de investigación es de mucha relevancia mencionar conceptos sobre derecho penal que es la ciencia jurídica aplicable a mi trabajo de investigación.

Según Cruz, E. (2017) refiere que el Derecho Penal es necesario para que los hombres no excedan de los límites otorgados a sus libertades y derechos, es la forma que el Estado ofrece a sus integrantes para la convivencia en paz y orden social.

Asimismo Arroyo, L. (2016) nos indica que el Derecho Penal es el grupo de normas jurídicas que describen conductas como delito y se imponen penas o medidas de seguridad a quienes lo incurran.

Díaz, E. (2018) nos indica que el Derecho Penal través del tiempo ha sido modificado en su denominación, así tenemos: derecho represivo, derecho sancionatorio, derecho protector de los criminales, etc. Sin embargo en el siglo XVIII adoptó la denominación de derecho penal, la cual persiste en la actualidad.

Según Berdugo, I. *et al.* (2016) Señala que el derecho penal persigue los siguientes fines: el primero es evitar aquellas conductas delictivas que supongan una grave perturbación a la estabilidad y la transformación del orden social al que constitucionalmente se aspira a llegar, en consecuencia busca reducir la violencia extrapenal; y el segundo se manifiesta con el modelo personalista de sociedad en

donde se van estableciendo aquellas conductas que no están supeditas a sanción penal, disminuyendo la violencia innata al derecho penal.

Según Villa Stein, J. (2014) señala el derecho penal tiene dos aspectos:

- J) Derecho Penal Objetivo: es el conjunto de normas jurídicas que señala ciertas restricciones y principios de intervención punitiva del estado y de carácter especial estableciendo conductas que están prohibidas y a las que de incurrir en ellas se sancionara con una pena o con la imposición medida de seguridad, como consecuencia jurídica a actuaciones prohibidas.
- J) Derecho Penal Subjetivo: es la facultad sancionadora que tiene el estado: el ius puniendi.

En conclusión, el derecho penal es la ciencia reguladora de conductas delictivas; sanciona estas conductas mediante la imposición de penas con la finalidad de proteger a la sociedad.

En razón al funcionario público nuestra Constitución en su artículo 39 hace mención: son funcionarios y servidores públicos quienes estén sujetos al servicio a la nación.

Asimismo, nuestro Código Penal en su artículo 425 incorpora una idea amplia de funcionario público o servidor público mencionado lo siguiente:” Son funcionarios o servidores públicos:

1. El que pertenece a la carrera administrativa.
2. Aquel que desempeñan cargos políticos o de confianza, indistintamente a la modalidad de ingreso a la función pública.
3. Aquel que indistintamente del régimen laboral al que pertenezca, mantenga vínculo contractual con entidades del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente.
5. El que pertenece a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los que ejercen actividades al servicio de la nación o sus entidades, siendo designados por autoridad competente.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Echevarría, M. (2019) nos indica que para el Derecho Penal son funcionarios públicos, todo aquel que tenga un título habilitante y que desempeñe permanentemente funciones de carácter público, independientemente de su régimen laboral.

Guerrero, O. (1998) refiere que no puede considerarse a todos los trabajadores del Estado como funcionarios públicos sino a aquellos que cumplen funciones primordiales que le conciernen al Estado, el servidor está supeditado a un régimen de función pública bajo ley determinada, en beneficio a los intereses del Estado.

Montoya, Y. (2015) refiere que para identificar al funcionario público se deben seguir ciertos criterios: el ingreso a la función pública del sujeto debe ser heterónoma y debe tener disposición efectiva de asumir el cargo público. Este ingreso a la función pública debe configurarse mediante un título habilitante.

El derecho penal le ha dado un concepto autónomo al funcionario público, más allá del concepto del derecho administrativo, el cual exige requisitos para fijar este elemento normativo: debe ejercer participación en la administración pública y contar con título de habilitación para efectuar su participación que puede ser: por disposición de ley, elección, designación o nombramiento de autoridad competente. (Revisión Sentencia N°503-2017/CALLAO).

Funcionario público son aquellos empleados del Estado, comprendidos los que han sido seleccionados, designados o electos que se desenvuelven desempeñando funciones en nombre y al servicio de la nación, en todos sus grados jerárquicos. (Convención Interamericana contra la corrupción. Art.1.)

Camarago, D. (2012) nos manifiesta que el derecho colombiano, utiliza el término de servidor público para referirse a aquella persona que mantiene un vínculo contractual con organizaciones públicas y está supeditada a determinados reglamentos.

Entorno al funcionario público en la legislación peruana podemos observar que no tenemos una definición exacta del funcionario o servidor público, nuestra Constitución Política hace una breve mención identificando que tienen la calidad de funcionario público quienes estén sujetos al servicio de la nación que es una forma amplia de definirlo, mientras que en nuestro Código Penal señala una clasificación limitada, en donde se distinguen diversos supuestos que son necesarios para poder distinguir a un funcionario público.

A continuación, desarrollaré la figura del funcionario administrador de facto, que es la figura principal de mi trabajo de investigación.

De la Vallina, J. (2014) nos indica que funcionario administrador de facto es aquella persona que realiza labores de funciones públicas, sin embargo, le falta un requisito indispensable para convertirse en un funcionario de derecho, con reconocimiento jurídico siendo su contratación irregular, pasible de nulidad.

Alcócer, E. (2005) menciona que, el concepto de funcionario administrador de facto ha sido estudiado doctrinariamente en el Derecho penal económico y, especialmente en la rama del Derecho penal empresarial, con la finalidad de imponer sanciones a quienes efectúen el ejercicio indebido de la función de administrativa de una sociedad, siendo reprochable esta conducta, admisible de imputación de responsabilidad penal. Lo fundamental en esta cuestión es la posibilidad fáctica que muestra el individuo para cometer el delito y vulnerar el bien jurídico protegido.

Flores, E. (2008) menciona que el funcionario administrador de facto es aquel que a vista de todos es un funcionario público cumpliendo roles de función pública, sin embargo, legalmente no ha cumplido los requisitos de forma para serlo.

Rojas, F. (2009) menciona que el funcionario administrador de facto es un fenómeno que recae de una grave anomalía estructural o de origen político.

Nakasaki, C. (2017) nos indica que el derecho penal discute la teoría del funcionario administrador de facto y se encuentran posiciones divididas con respecto si debe ser admitida la figura del funcionario de facto. Asimismo, se distinguen dos supuestos: el usurpador de funciones que es la persona que sin nombramiento nulo ejerce funciones públicas y el segundo supuesto, el funcionario de facto que es la persona con nombramiento nulo ejerciendo funciones públicas; siendo este supuesto controvertido en el derecho penal para su admisión como funcionario público legítimo.

Abanto, M. (2003) nos señala que en el derecho penal acepta una noción restringida de funcionario administrador de facto, considerando como requisito de habilitación para el ejercicio de la función pública el título o nombramiento.

Rojas, F. (2002) refiere que para el derecho penal el título de habilitación del funcionario administrador de facto es el nombramiento nulo.

Nakasaki, C. (2017) señala que para el derecho penal al igual que el derecho administrativo admite los siguientes títulos de habilitación para el ejercicio de funciones públicas:

Títulos de habilitación: la ley, la elección, la designación por autoridad competente, el nombramiento nulo.

Rojas, F. (2009) concluye que es necesario positivizar el concepto de funcionario administrador de facto tomando en cuenta los parámetros del principio de legalidad.

Nakasaki, C. (2005) nos indica que es necesaria la existencia de una ley penal para poder aplicar la teoría del funcionario administrador de facto, que exige una modificatoria del artículo 425 de nuestro código penal.

En la doctrina podemos encontrar discrepancias sobre esta figura jurídica, sin embargo, podemos concluir que el funcionario administrador de facto es aquella persona que desempeña actividades de función pública empero su nombramiento recae en vicios de nulidad.

A nivel jurisprudencial nacional tenemos las siguientes sentencias en donde se desarrolla la figura del funcionario administrador de facto.

El procesado Vladimiro Montesinos Torres, es el autor del delito de peculado debido a que ejerció la administración de facto de fondos públicos, condición que ha sido analizada en la doctrina, en donde se señala que puede ser sujeto activo de peculado el funcionario de facto y el funcionario incompetente. En consecuencia, en el delito de peculado se admite la sanción al funcionario administrador de facto, por lo tanto, es suficiente que el sujeto activo ejerza función pública y que tenga dominio del ámbito administrativo concernido. La admisión de la teoría del funcionario administrador de facto es necesaria para proteger el patrimonio público. (EXPEDIENTE N° 010-2001-SPE/CSJL)

El funcionario administrador de facto es aquel que ejerce función pública de manera efectiva, pacífica, exclusiva, continuada; sin embargo, su nombramiento es nulo o irregular. Para su configuración se necesitan los siguientes presupuestos: existencia jurídica legal del cargo que desempeña, posesión del cargo y apariencia legítima del título de habilitación o nombramiento. (CASACION N° 442-2017/ICA)

Ante la interrogante sobre quiénes pueden ser considerados como funcionarios públicos, se entiende que para el derecho penal dicho concepto es más laxo que en el derecho administrativo. En ese sentido, “para el trato punitivo no existe diferenciación alguna al ser funcionario de facto o de derecho. (CASACIÓN N° 1613-2017/ÁNCASH)

La figura del funcionario administrador de facto en nuestra jurisprudencia ha sido cambiante, podemos observar que en el caso VLADIMIRO MONTESINOS, que es en donde nace y se acepta legalmente esta figura jurídica generando análisis diverso y discrepante, se sanciona al imputado en el delito de peculado como un funcionario administrado de facto; señalando que se admite esta figura jurídica con

el fin de protección al patrimonio público , posteriormente en la CASACION 442-2017/ICA es en donde se implementan los supuestos para configurar esta teoría, señalando presupuestos para que su configuración, entonces puedo concluir que se ha complementado la teoría del funcionario de facto a nivel jurisprudencial, sin embargo es necesario que esta se positivase mediante una norma.

A continuación, se desarrollará el fundamento legal para la admisión normativa de la teoría del funcionario administrador de facto.

Tenemos al Principio de legalidad; Chirinos. F. (2012) indica que el principio de legalidad limita la arbitrariedad estatal, es garantizador de libertad del individuo, los delitos y penas deben ser creados mediante leyes orgánicas, es preocupante que las normas que regulan las funciones y estructuras del Estado se elaboren a través del procedimiento de leyes orgánicas mientras que las normas que restringen la libertad del ciudadano sigan el mecanismo de leyes ordinarias.

En el libro de Nolasco J. y Ayala E. (2013) refiere que el principio de legalidad penal para el Tribunal Constitucional se configura como un derecho constitucional subjetivo que pertenece a toda la sociedad

El principio de legalidad tiene por contenido cuatro subprincipios, de vital importancia para su entendimiento, y son:

La norma penal ha de tener rango de ley, divida en tres supuestos: La reserva absoluta de ley (el derecho penal es la ciencia jurídica cuya regulación está reservada a ley, en las normas penales deben ser aprobadas por los representantes de la sociedad); las normas penales en blanco, si interpretamos literalmente este supuesto, las leyes penales tienen que abarcar y definir todas los supuestos que condicionan la responsabilidad penal, sin considerar normas sin rango de ley, ni la valoración interpretativa de los jueces; lo cual generaría inconvenientes: por últimos tenemos el concepto de ley en donde se señala que debería entenderse por ley solo la norma elaborada por el parlamento o también puede ser considerada la norma con rango de ley fijada por el gobierno: decreto legislativo y decreto ley.



El segundo subprincipio es la norma penal ha de ser precisa en donde se pide al legislador que los delitos y las penas no sean imprecisos; que sean descritos con exactitud, con la finalidad de que los ciudadanos se sientan seguros respecto a los tipos de conductas que pueden ser penadas. Y sucederá también, que será que el juez haga lo que debía haber hecho el legislador, que es determinar qué es delictivo o qué pena corresponde al delito cometido.

El tercer subprincipio señala que la norma penal ha de ser vinculante para los jueces, considerando a la garantía de tipicidad que manifiesta la prohibición de analogía (en contra del reo): el juez penal no puede considerar delito a lo que no está señalado en la ley, ni penar o agravar conductas que no están descritas como reprochable en la norma penal, análoga a las conductas que sí lo están. En el artículo 4 del CP, a esta postura del principio de legalidad se le llama garantía de tipicidad: la pena requiere que la conducta reprochable sea típica, por otro lado, tenemos a la interpretación de la ley penal que es indeterminada, debe ser interpretada para obtener precisión judicial, esta interpretación es necesaria para determinar el contenido de las normas penales, siempre dentro de su sentido literal.

Dicha interpretación estará predispuesta a cierta subjetividad, por ello el intérprete deberá estar sujetos a los valores, principios y derechos señalados en la Constitución.

Por último, tenemos al cuarto subprincipio en donde se establece que la norma penal ha de ser irretroactiva, en donde se manifiesta que se debe aplicar la norma vigente para tomar una decisión justa de un conflicto penal al momento de su enjuiciamiento.

### **III. METODOLOGÍA**

#### **3.1. Tipo y diseño de investigación.**

Tipo de investigación.

El tipo de investigación fue descriptiva, puesto que, se indagó lo que se plantea en la problemática de la investigación, contrastándose con las teorías relacionadas al tema, donde diversos autores darán el alcance para seguir con el proyecto.

Diseño de investigación.

La investigación fue cuantitativa, asimismo, cuenta con un diseño no experimental – explicativa, ya que se buscó explicar un aporte en materia penal, sobre el fundamento legal para la utilización de la teoría del funcionario administrador de facto en los delitos cometidos contra la administración pública.

#### **3.2. Variables y operacionalización.**

Las variables están constituidas por la hipótesis, esta es la supuesta respuesta a la problemática de la investigación, se contará con dos variables, una independiente y otra dependiente. Con lo que respecta a la operacionalización, este es un medio para definir cada variable.

##### **Variable independiente:**

El funcionario administrador de facto en el derecho penal.

) Definición conceptual.

El funcionario administrador de facto es aquel que ejerce función pública de manera efectiva pacífica, exclusiva, continuada; sin embargo, su nombramiento es nulo o irregular. Para su configuración se necesitan los siguientes presupuestos: existencia jurídica legal del cargo que desempeña, posesión del cargo y apariencia legítima del título de habilitación o nombramiento. (CASACION 442-2017/ICA)

) Definición operacional.

Para configurar la teoría del funcionario administrador de facto se requiere los siguientes presupuestos: existencia legal del cargo, posesión del cargo y apariencia legítima del título o nombramiento.

) Indicadores.

Legislación: Constitución Política del Perú, Código Penal.

Jurisprudencia nacional.

Operadores jurídicos: jueces penales, fiscales penales, abogados penalistas.

) Escala de medición.

La escala de medición de este trabajo de investigación será de escala nominal.

**Variable dependiente:**

Fundamento legal.

) Definición conceptual.

Consiste en interpretar y explicar la norma jurídica que se va aplicar en cada caso concreto que se va a juzgar, no es suficiente citar ni transcribir una norma jurídica, se debe explicarse e interpretar la norma jurídica que se va a aplicar al caso juzgado. (Franciskovic, 2012, p.12)

) Definición operacional.

Es el sustento que se le da una determinada norma jurídica, en la cual se va a interpretar o argumentar el contenido de la norma para cada caso en concreto.

) Indicadores.

Legislación: Constitución Política del Perú, Código Penal.

Jurisprudencia nacional.

Operadores jurídicos: jueces penales, fiscales penales, abogados penalistas.

) Escala de medición.

La escala de medición de este trabajo de investigación será de escala nominal.

### **3.3. Población, muestra, muestreo y unidad de análisis.**

#### **Población**

En el presente proyecto de investigación se tomará en cuenta los siguientes operadores de justicia:

- a) (9) Jueces penales superiores.
  - b) (7) Jueces penales unipersonales.
  - c) (45) Fiscales del Ministerio Público de Lambayeque.
  - d) (9136) Abogados, que se encuentran inscritos en el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque.
- ) Criterios de inclusión: como criterios de inclusión se elegirá a los operadores jurídicos especializados en el derecho penal, siendo estos profesionales calificados para brindar conocimientos del tema en cuestión.
- ) Criterios de exclusión: se tomará en cuenta los operadores jurídicos en la jurisdicción de Lambayeque, siendo estos abogados penalistas, excluyendo aquellos abogados que no son especialistas en el derecho penal; debido a que no podrán dar un aporte verídico del problema de la investigación.

## **Muestra**

Esta investigación tendrá como muestra, al subconjunto de personas de la población a quienes se aplicará el cuestionario, de los cuales son los siguientes operadores de justicia:

- a) (5) Jueces de los Juzgados Penales de la Corte de Justicia de Lambayeque.
- b) (6) Fiscales.
- c) (20) Abogados penalistas.

## **Muestreo**

Para el muestreo del presente proyecto de tesis se utilizará el muestreo no probabilístico por conveniencia, debido a que la investigación está dirigido a un grupo en específico que están disponibles para la aplicación del instrumento y que han aceptado participar de forma voluntaria

## **Unidad de análisis**

Como unidad de análisis se tendrá a los siguientes operadores jurídicos: tenemos jueces de los Juzgados Penales de la Corte de Justicia de Lambayeque; fiscales y abogados penalistas.

### **3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.**

#### **Técnicas**

La técnica que se utilizó en la presente investigación es la encuesta, la cual permitirá recabar a profundidad la información detallada de los operadores jurídicos conocedores del tema con la única finalidad de que se logre una mejor veracidad de la problemática.

### **Instrumentos.**

El instrumento que se utilizó fue el cuestionario; la que tiene interrogantes que ayudarán a la investigación, interrogantes compuestos por los objetivos tanto generales como específicos, los cuales fueron dirigidos a los operadores jurídicos seleccionados sistemáticamente.

### **Validez.**

La validez fue aprobada por el asesor temático, quien brindó su consentimiento para aplicar el cuestionario, ya que es un especialista en la materia.

### **Confiabilidad.**

La confiabilidad lo brindó el estadista, quien en base a sus conocimientos con la aplicación de los programas y fórmulas dio a conocer un resultado favorable.

## **3.5. Procedimientos.**

En la presente investigación se utilizó el método de recolección de datos, a través de la aplicación del cuestionario, dichos resultados fueron procesados mediante el programa SPSS y Excel, lo cual permitió recolectar información relevante e importante para los jueces especializados en derecho penal, fiscales y abogados penalistas.

## **3.6. Método de análisis de datos.**

Correspondió aplicar el método de análisis de datos explicativo; puesto que, esta investigación surgió en base a casos en concreto y se tiene como fin obtener resultados que beneficiarán a un grupo específico de la investigación.

### **3.7. Aspectos éticos.**

La presente investigación se realizó tomando en cuenta los lineamientos dictados por la Universidad Cesar Vallejo, así como también, las normas internacionales con razón a las citas y referencias, respetando así el derecho de autor, del mismo modo, se aseguró que los datos que son expuestos en los resultados sean reales y no adulterados, mucho menos copiados; por ende, aquellos resultados que se muestran constituyen aportes de la realidad investigada la cual encaminó y orientó el desarrollo de la misma.

Este trabajo se realizó con responsabilidad respetando siempre las opiniones de los asesores, que son las personas que nos ayudaron para que la investigación llegue a obtener buenos resultados.

#### IV. RESULTADOS

En este acápite, se presentaron los resultados que se han obtenido mediante la aplicación del instrumento de investigación.

##### 4.1. Tabla 1

Condición del encuestado

Condición	Frecuencia	Porcentaje
Juez	5	16%
Fiscal	6	19%
Abogado	20	65%
<b>Total</b>	<b>31</b>	<b>100%</b>

*Fuente:* Elaboración propia.



**Figura 1:** Elaboración propia.

En la tabla y figura 1, correspondiente a la condición de encuestados, se observó que el 16% son jueces, el 19% fiscales y el 65% abogados penalistas.



#### 4.2. Tabla 2

¿Conoce usted si se encuentra desarrollada en el Código Penal el concepto de funcionario administrado de facto?

Condición	Juez		Fiscal		Abogado		Total
	n°	%	n°	%	n°	%	
SI	0	0%	0	0%	4	20%	4
NO	5	100%	6	100%	16	80%	27
Total	5	100%	6	100%	20	100%	31

Fuente: Elaboración propia.

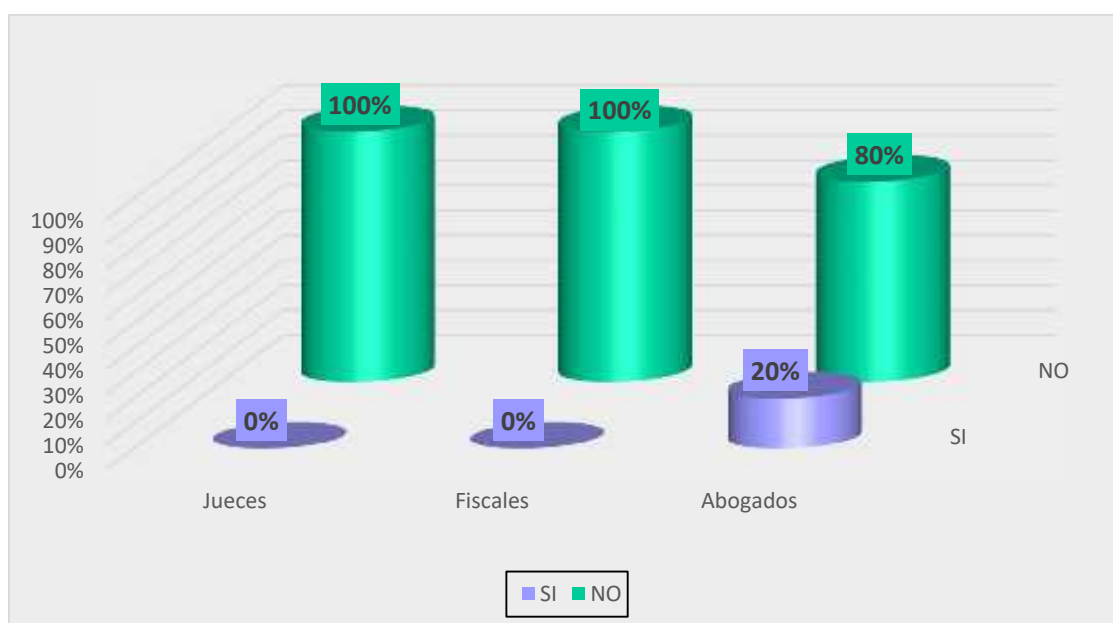


Figura 2: Elaboración propia.

Se observó en la tabla y figura 2 que del total de los encuestados el 100% de jueces y fiscales, y el 80% de abogados (es decir la mayoría de encuestados, respectivamente), que no se encuentra desarrollada en el Código Penal el concepto de funcionario administrado de facto; mientras tanto, ninguno de jueces y fiscales y el 20% de abogados respondieron lo contrario.

### 4.3. Tabla 3

¿Conoce usted alguna jurisprudencia nacional que haya desarrollado la figura jurídica del funcionario administrador de facto?

Condición	Juez		Fiscal		Abogado		Total
	n°	%	n°	%	n°	%	
SI	5	100%	6	100%	11	55%	22
NO	0	0%	0	0%	9	45%	9
Total	5	100%	6	100%	20	100%	31

Fuente: Elaboración propia.

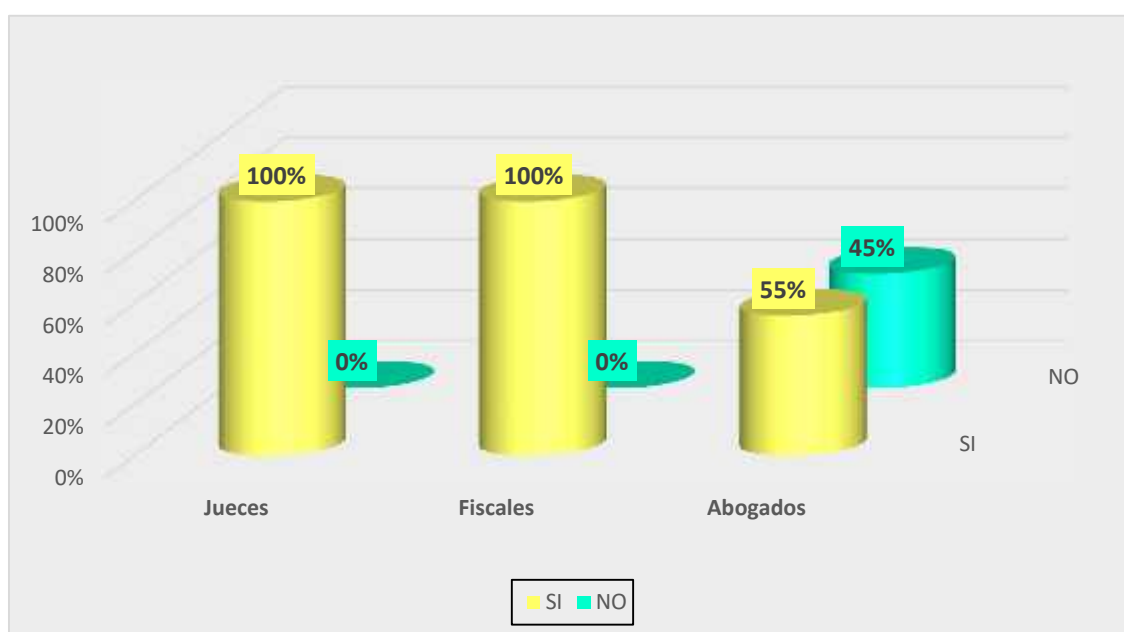


Figura 3: Elaboración propia.

En la tabla y figura 3, de los resultados obtenidos mediante la encuesta se apreció que la mayoría de profesionales encuestados, es decir el 100% de jueces y fiscales y el 55% de abogados penalistas, respondieron que si conocen alguna jurisprudencia nacional que haya desarrollado la figura jurídica del funcionario administrador de facto; mientras tanto ninguno de los jueces y fiscales y el 45% de abogados respondieron lo contrario.

#### 4.4. Tabla 4

¿Cree usted que nuestra jurisprudencia nacional haya aplicado correctamente los conceptos y elementos del funcionario administrador de facto?

Condición	Juez		Fiscal		Abogado		Total
	n°	%	n°	%	n°	%	
SI	3	60%	3	50%	5	25%	11
NO	2	40%	3	50%	15	75%	20
Total	5	100%	6	100%	20	100%	31

Fuente: Elaboración propia.

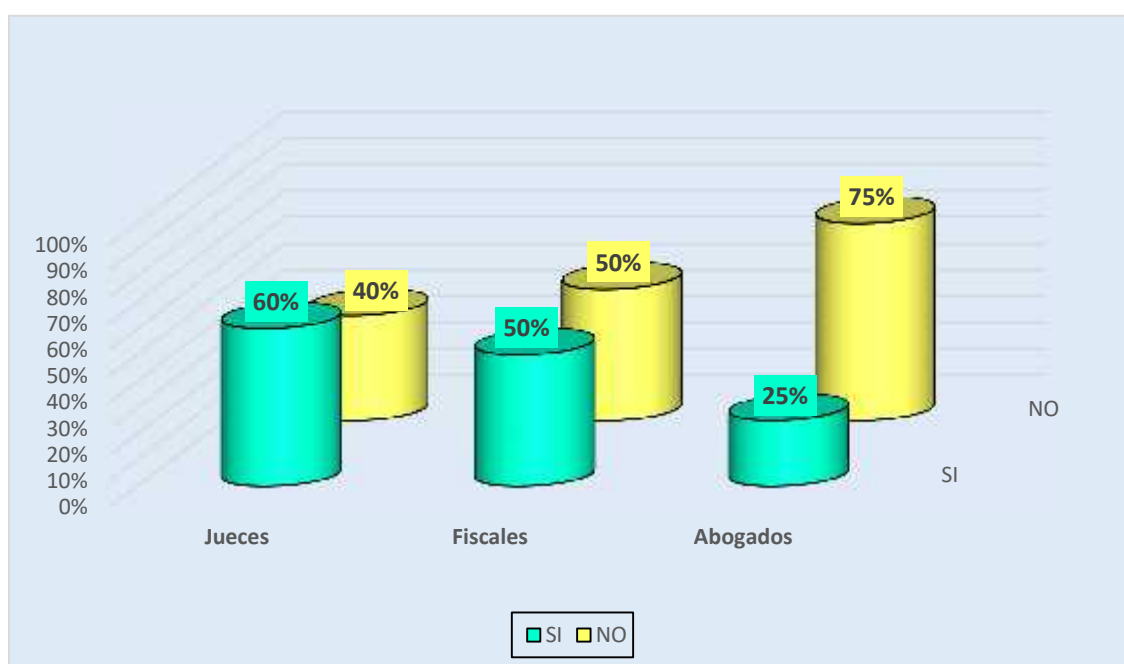


Figura 4: Elaboración propia

De los resultados obtenidos, se advirtió que, en la tabla y figura 4, el 60% de jueces, el 50% de fiscales y el 25% de abogados, respondieron que si consideran que la jurisprudencia nacional haya aplicado correctamente los conceptos y elementos del funcionario administrador de facto; mientras tanto, el 40% de jueces el 50% de fiscales y un 75% de abogados penalistas, respondieron que no lo consideran así.

#### 4.5. Tabla 5

¿Cree usted que la aplicación de la figura jurídica del funcionario administrador de facto vulnera el principio de legalidad?

Condición	Juez		Fiscal		Abogado		Total
	n°	%	n°	%	n°	%	
SI	2	40%	4	67%	9	45%	15
NO	3	60%	2	33%	11	55%	16
Total	5	100%	6	100%	20	100%	31

Fuente: Elaboración propia.

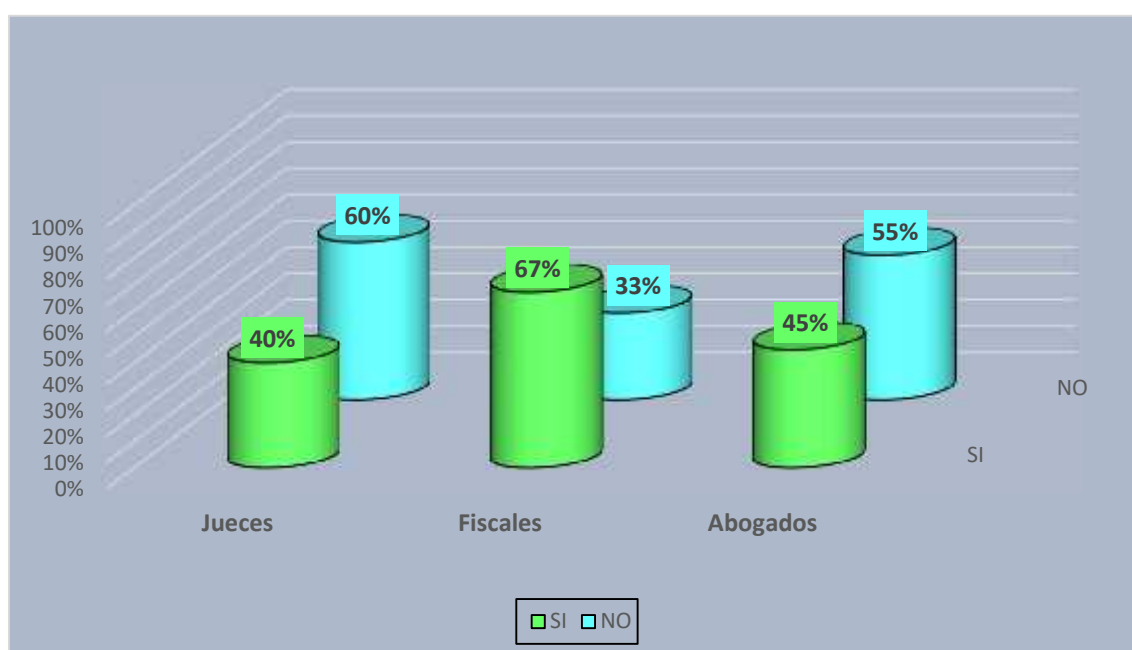


Figura 5: Elaboración propia

Según la tabla y figura 5, se apreció que el 40% de jueces, el 67% de fiscales y el 45% de abogados penalistas, respondieron que si creen que la aplicación de la figura jurídica del funcionario administrador de facto vulnera el principio de legalidad; mientras tanto, el 60% de jueces, el 33% de fiscales y el 55% de abogados penalistas, respondieron lo contrario.

#### 4.6. Tabla 6

¿Cree usted que los criterios para determinar a un funcionario administrador de facto son adecuados?

Condición	Juez		Fiscal		Abogado		Total
	n°	%	n°	%	n°	%	
SI	3	60%	3	50%	6	30%	12
NO	2	40%	3	50%	14	70%	19
Total	5	100%	6	100%	20	100%	31

Fuente: Elaboración propia.

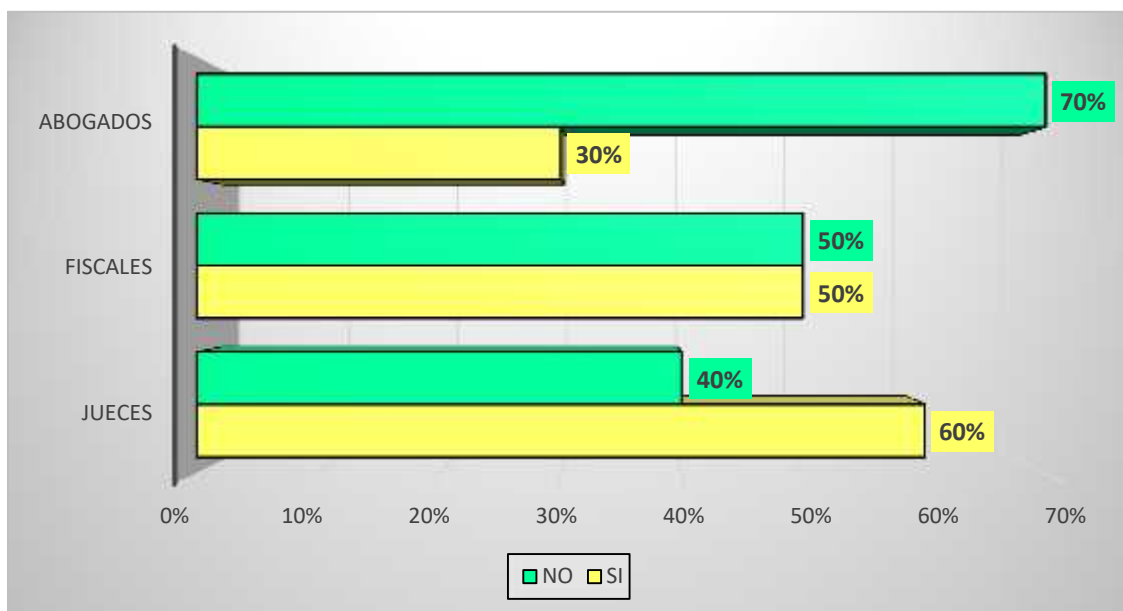


Figura 6: Elaboración propia

De los resultados obtenidos mediante el cuestionario, se observó que en la tabla y figura 6, el 60% de jueces, el 50% de fiscales y el 30% de abogados penalistas, respondieron que si consideran que los criterios para determinar a un funcionario administrador de facto son adecuados; de otro modo, el 40% de jueces, el 50% de fiscales y el 70% de abogados penalistas, respondieron lo contrario.

#### 4.7. Tabla 7

¿Cree usted que el desarrollo del funcionario de facto en la dogmática nacional es suficiente?

Condición	Juez		Fiscal		Abogado		Total
	n°	%	n°	%	n°	%	
SI	1	20%	2	33%	1	5%	4
NO	4	80%	4	67%	19	95%	27
Total	5	100%	6	100%	20	100%	31

Fuente: Elaboración propia.

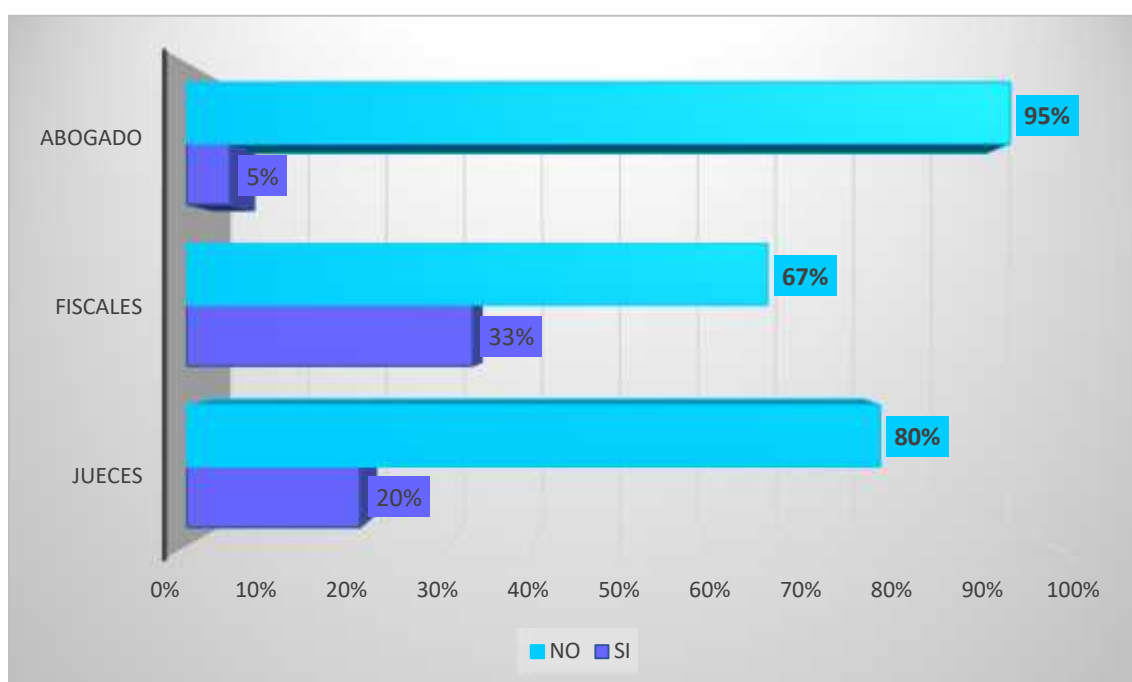


Figura 7: Elaboración propia

En la tabla y figura 7, se advirtió que el 80% de jueces, el 67% de fiscales y el 95% de abogados penalistas (es decir la mayoría de los encuestados, respectivamente), respondieron que no creen que el desarrollo del funcionario de facto en la dogmática nacional sea suficiente; por otro lado, el 20% de jueces, el 33% de fiscales y el 5% de abogados (quienes representan a un grupo minoritario de encuestados), respondieron lo contrario.

#### 4.8. Tabla 8

¿Cree usted que la aplicación de figura del funcionario administrador de facto ha restringido derechos fundamentales?

Condición	Juez		Fiscal		Abogado		Total
	n°	%	n°	%	n°	%	
SI	3	60%	3	50%	12	60%	18
NO	2	40%	3	50%	8	40%	13
Total	5	100%	6	100%	20	100%	31

Fuente: Elaboración propia.

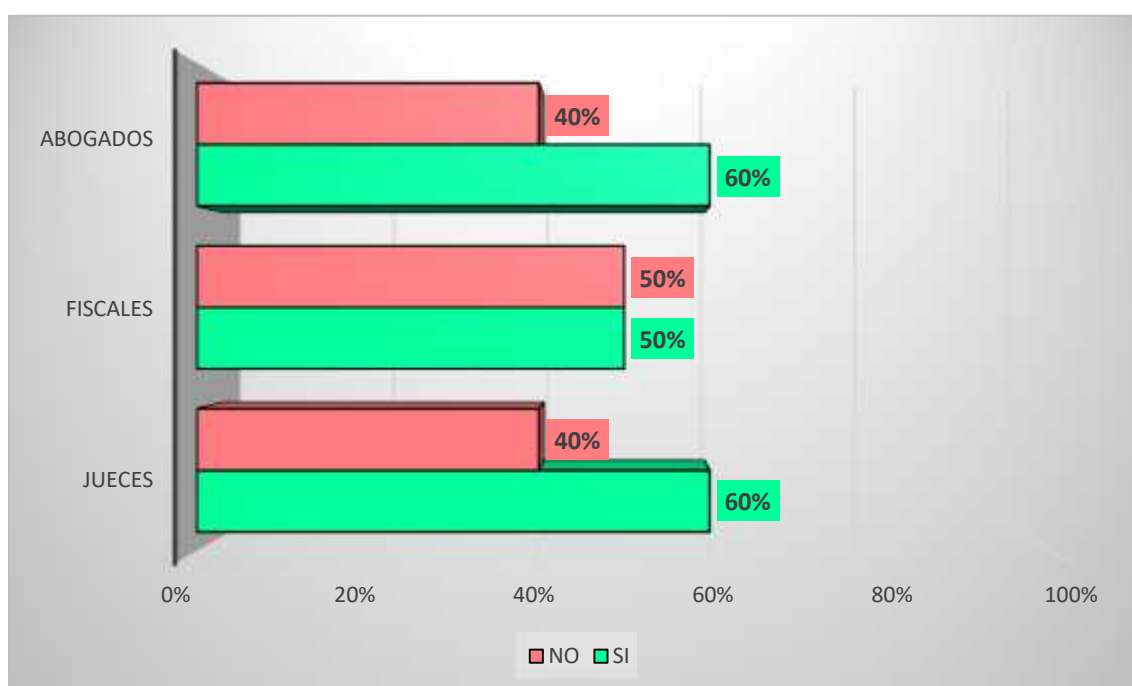


Figura 8: Elaboración propia

En la tabla y figura 8, de los resultados obtenidos se observó que, el 60% de jueces, el 50% de fiscales y el 60% de abogados penalistas (es decir la mayoría de encuestados, respectivamente), respondieron que si consideran que la aplicación de figura del funcionario administrador de facto ha restringido derechos fundamentales; por otro lado, el 40% de jueces, el 50% de fiscales y el 40% de abogados penalistas (un grupo minoritario de encuestados), respondieron lo contrario.

#### 4.9. Tabla 9

¿Cree usted que la doctrina ha finalizado el análisis para el desarrollo de la figura del funcionario administrador de facto?

Condición	Juez		Fiscal		Abogado		Total
	n°	%	n°	%	n°	%	
SI	1	20%	1	20%	3	15%	5
NO	4	80%	5	80%	17	85%	26
Total	5	100%	6	100%	20	100%	31

Fuente: Elaboración propia.

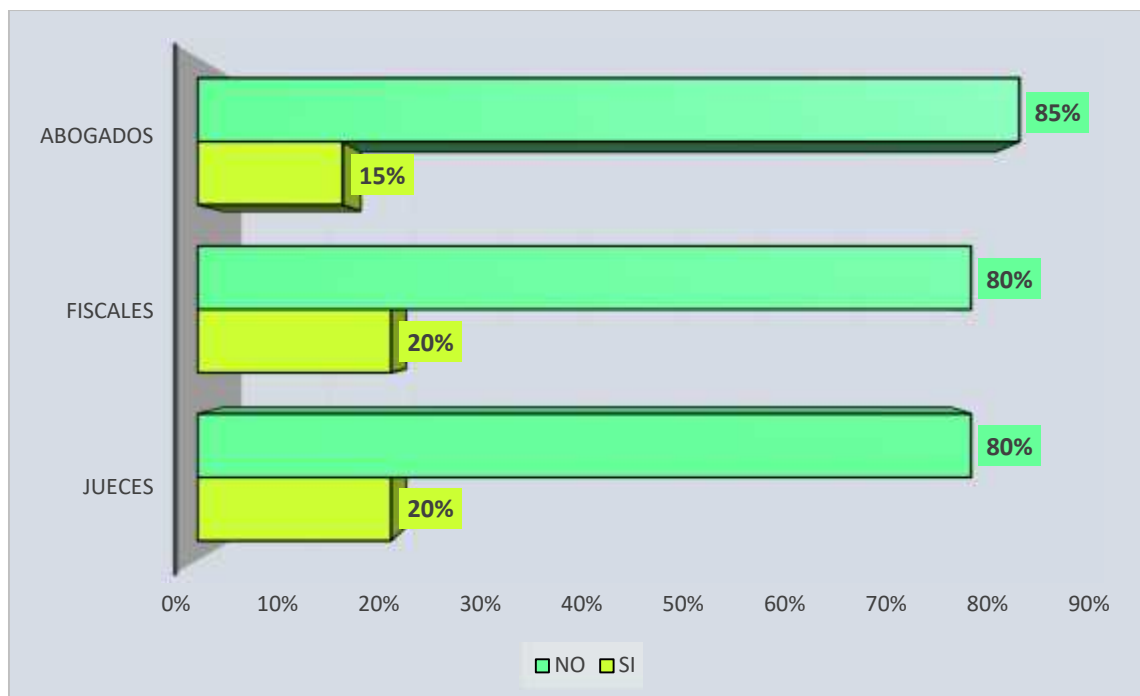


Figura 9: Elaboración propia.

En la tabla y figura 9, de los resultados obtenidos, se advirtió que el 20% de jueces y fiscales y el 15% de abogados penalistas (es decir un grupo minoritario de encuestados, respectivamente), respondieron que si creen que la doctrina ha finalizado el análisis para el desarrollo de la figura del funcionario administrador de facto; de otro modo, el 80% de jueces y fiscales y el 85% de abogados penalistas (es decir la mayoría de los encuestados, respectivamente) respondieron lo contrario.



#### 4.10. Tabla 10

¿Usted se encuentra satisfecho del análisis jurisprudencial y doctrinal que se ha desarrollado hasta la actualidad de la figura del funcionario administrador de facto?

Condición	Juez		Fiscal		Abogado		Total
	n°	%	n°	%	n°	%	
SI	2	40%	1	17%	1	5%	4
NO	3	60%	5	83%	19	95%	27
Total	5	100%	6	100%	20	100%	31

Fuente: Elaboración propia.

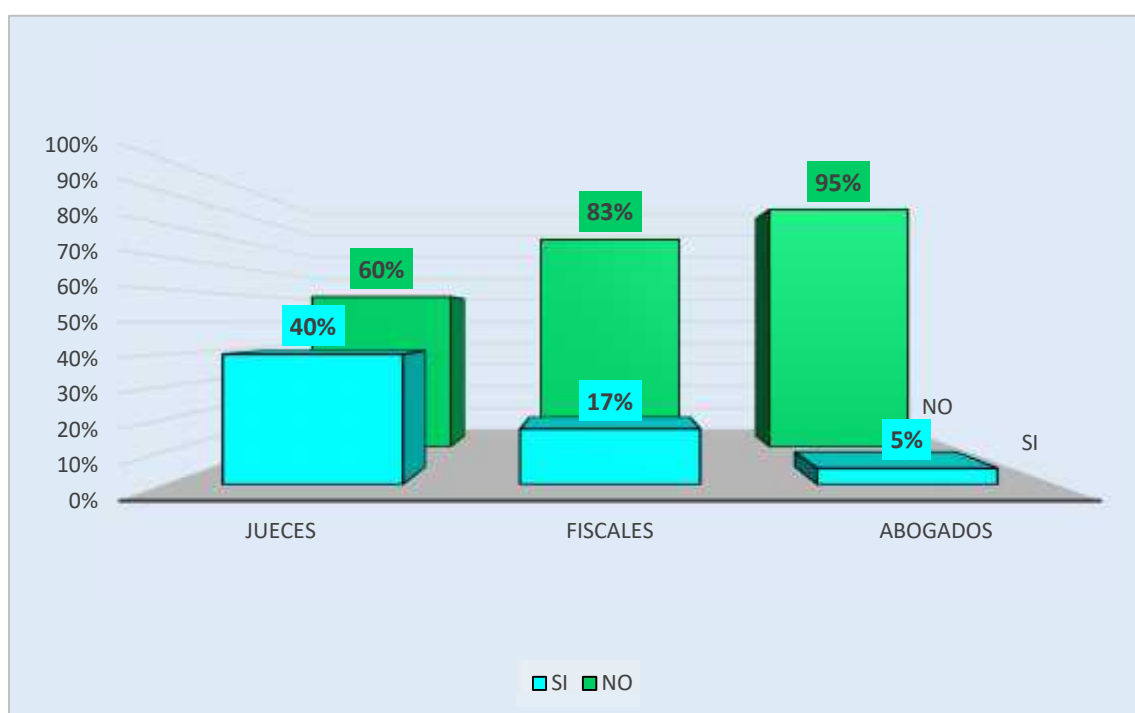


Figura 9: Elaboración propia.

En la tabla y figura 10, se apreció que el 40% de jueces, el 17% de fiscales y el 5% de abogados penalistas (es decir un grupo minoritario de encuestados, respectivamente), respondieron que si se encuentran satisfechos del análisis jurisprudencial y doctrinal que se ha desarrollado hasta la actualidad de la figura del funcionario administrador de facto; en tanto, el 60% de jueces, el 83% de fiscales y el 95% de abogados penalistas (es decir la mayoría de los encuestados, respectivamente), respondieron lo contrario.

#### 4.11. Tabla 11

¿Considera usted que se debería incorporar vía dicción el artículo 425-A en el código penal respecto a la figura del funcionario administrador de facto?

Condición	Juez		Fiscal		Abogado		Total
	n°	%	n°	%	n°	%	
SI	3	60%	4	67%	18	90%	25
NO	2	40%	2	33%	2	10%	6
Total	5	100%	6	100%	20	100%	31

Fuente: Elaboración propia.

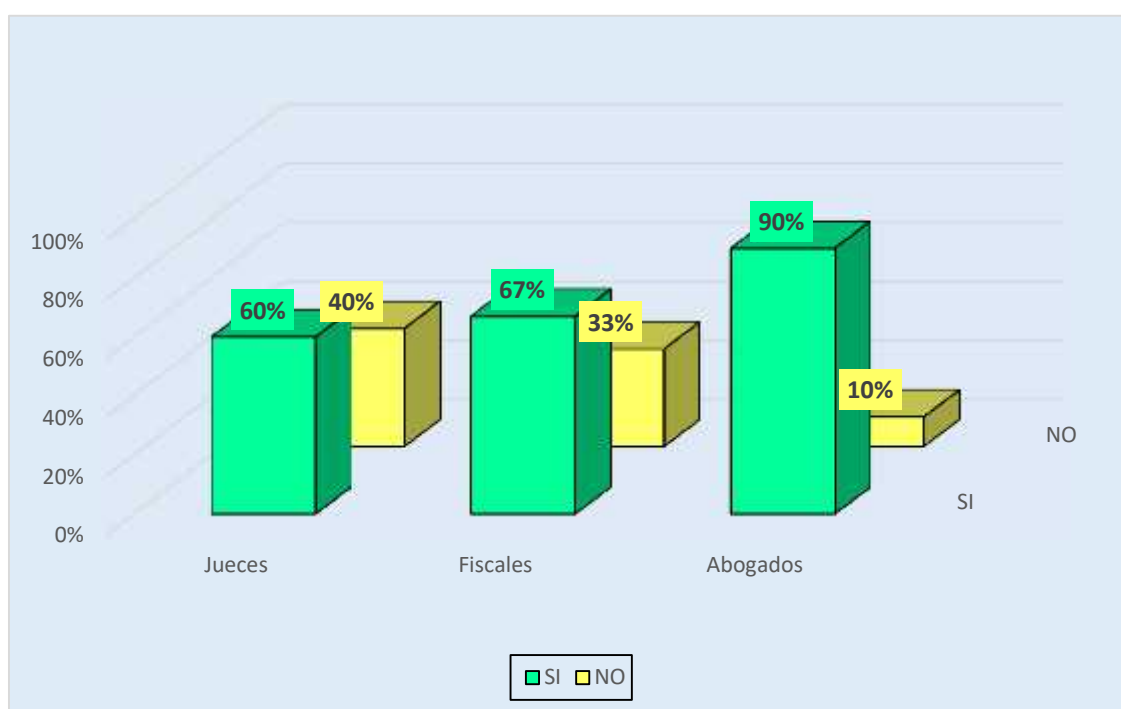


Figura 10: Elaboración propia.

En la tabla y figura 10, se observó que el 60% de jueces, el 67% de fiscales y el 90% de abogados penalistas (es decir la mayoría de los encuestados, respectivamente) respondieron que si están de acuerdo con la propuesta de incorporar vía dicción el artículo 425-A en el código penal respecto a la figura del funcionario administrador de facto; mientras tanto, el 40% de jueces, el 33% de fiscales y el 10% de abogados penalistas (es decir un grupo minoritario, respectivamente), respondieron lo contrario.

## V. DISCUSIÓN

Para la ejecución del objetivo general, que era incorporar el fundamento legal para la utilización de la teoría del funcionario administrador de facto en el derecho penal.

Se logró obtener, en términos porcentuales, de la tabla y figura N.º 2 del total de encuestados; entre jueces, fiscales y abogados, un 87% señalan que en nuestro código penal no está tipificada la figura del funcionario de facto, mientras que un 13% respondieron lo contrario.

Por ello, se advierte que, entre los encuestados, quienes son especialistas en Derecho Penal, mayoritariamente respondieron que no se encuentra desarrollado el concepto del funcionario de facto en el código penal.

Esto se ve plasmado en lo referido por Nakasaki (2005), citado en el marco teórico, donde menciona que es necesaria la existencia de una ley penal para poder aplicar la teoría del funcionario de facto, que exige una modificatoria del artículo 425 de nuestro código penal.

Lo señalado precedentemente, guarda relación con lo que indica Rojas (2009), quien concluye que es necesario positivizar el concepto de funcionario administrador de facto tomando en cuenta los parámetros del principio de legalidad.

Así mismo, lo manifestado se contrasta con la realidad, cuando en las encuestas a la comunidad jurídica, se puede evidenciar que no existe norma positivizada que pueda conceptualizar al funcionario administrador de facto como sujeto activo de ilícito penal, respaldando estos resultados con los enunciados de la doctrina nacional antes mencionados.

A continuación, sobre el objetivo específico; definir teorías, principios y conceptos básicos del funcionario administrador de facto.

Se logró obtener, en términos porcentuales, de la tabla y figura N.º 6 del total de encuestados; entre jueces, fiscales y abogados, un 61% consideran que no son adecuados los criterios para determinar a un funcionario de facto, mientras que un 39% respondieron lo contrario.

Se puede observar diversas teorías y conceptos en torno a la teoría del funcionario de facto, tenemos a Nakasaki (2005). Teoría de la apariencia de la legitimidad pública o de la doctrina de facto; el funcionario de facto para que sea considerado un funcionario público, solo basta la apariencia legal de su nombramiento y la protección de la buena fe colectiva, esta teoría representa una concepción amplia criticada porque no diferencia el usurpador de funciones y el funcionario de facto.

Asimismo, se desarrolla la teoría del nombramiento nulo o del fundamento procesal que define al funcionario administrador de facto como aquel que desempeña función pública no obstante su nombramiento recaer en vicios de nulidad.

La teoría de la protección a los terceros considera a un funcionario administrador de facto cuando se cumplen tres condiciones: Existencia de cargo público reconocida por ley, ejercicio del cargo y apariencia ante el público de la legitimidad del título habilitante.

Además, menciona a la teoría de la finalidad del ejercicio de hecho de la función pública que define al funcionario de facto como la persona que sin título de habilitación nulo o irregular ejerce función pública a favor de la sociedad y de la administración pública; esta teoría es criticada porque no considera el elemento fundamental para considerarlo un funcionario de facto que es el nombramiento nulo.

Por último, se desarrolla la teoría de la buena fe subjetiva que define al funcionario de facto como aquel que de buena fe ejerce función pública de forma efectiva, pública, pacífica y continuada con o sin aparente nombramiento regular, esta teoría se ubica en la concepción amplia del funcionario de facto debido a que considera a cualquier particular que ejerce función pública.

Tenemos a De la Vallina, J. (2014) señala que el funcionario administrador de facto es aquella persona que realiza labores de funciones públicas, sin embargo, le falta un requisito indispensable para convertirse en un funcionario de derecho, con reconocimiento jurídico siendo su contratación irregular, pasible de nulidad.

Asimismo, Alcócer, E. (2005) menciona que, el concepto de funcionario administrador de facto ha sido estudiado doctrinariamente en el Derecho penal

económico y, especialmente en la rama del Derecho penal empresarial, con la finalidad de imponer sanciones a quienes efectúen el ejercicio indebido de la función administrativa de una sociedad, siendo reprochable esta conducta, admisible de imputación de responsabilidad penal. Lo fundamental en esta cuestión es la posibilidad fáctica que muestra el individuo para cometer el delito y vulnerar el bien jurídico protegido.

El funcionario administrador de facto genera diversas conceptualizaciones entre los autores, concibiendo directrices en sentido amplio y restringido; el sentido amplio considera que el funcionario administrador de facto es aquel que ejerce función pública, mientras que la postura restringida considera que además de ejercer función pública debe contar con un título habilitante que recaea en nulo. El derecho penal adopta la postura restringida de esta figura jurídica, debido a que el título habilitante que nace del nombramiento nulo permite que se le asigne deberes funcionales y responsabilidad penal ante la violación de los mismos.

Con respecto al objetivo específico 2; analizar el desarrollo doctrinal y jurisprudencial respecto al concepto del funcionario administrador de facto.

Se logró obtener, en términos porcentuales, de la tabla y figura N.º 7 se advierte; entre jueces, fiscales y abogados 87% (es decir la mayoría de los encuestados, respectivamente), respondieron que no creen que el desarrollo del funcionario de facto en la dogmática nacional sea suficiente; por otro lado, el 13% de (quienes representan a un grupo minoritario de encuestados), respondieron lo contrario.

En el desarrollo doctrinal tenemos a Rojas, F. (2002) refiere que para el derecho penal el título de habilitación del funcionario administrador de facto es el nombramiento nulo.

Asimismo, Nakasaki, C. (2017) señala que para el derecho penal al igual que el derecho administrativo admite los siguientes títulos de habilitación para el ejercicio de funciones públicas:

Títulos de habilitación: la ley, la elección, la designación por autoridad competente, el nombramiento nulo.

Abanto, M. (2003) nos señala que en el derecho penal acepta una noción restringida de funcionario administrador de facto, considerando como requisito de habilitación para el ejercicio de la función pública el título o nombramiento.

En el desarrollo jurisprudencial tenemos al EXPEDIENTE N° 010-2001-SPE/CSJL: El procesado Vladimiro Montesinos Torres, es el autor del delito de peculado debido a que ejerció la administración de hecho de fondos públicos, condición que ha sido analizada en la doctrina, en donde se señala que puede ser sujeto activo de peculado el funcionario de facto y el funcionario incompetente. En consecuencia, en el delito de peculado se admite la sanción al funcionario administrador de facto, por lo tanto, es suficiente que el sujeto activo ejerza función pública y que tenga dominio del ámbito administrativo concernido. La admisión de la teoría del funcionario administrador de facto es necesaria para proteger el patrimonio público.

Por otro lado, en la CASACION N° 442-2017/ICA. El funcionario administrador de facto es aquel que ejerce función pública de manera efectiva, pacífica, exclusiva, continuada; sin embargo, su nombramiento es nulo o irregular. Para su configuración se necesitan los siguientes presupuestos: existencia jurídica legal del cargo que desempeña, posesión del cargo y apariencia legítima del título de habilitación o nombramiento.

El desarrollo doctrinal y jurisprudencial es controversial debido a que los autores que estudian esta figura jurídica señalan como requisito indispensable un nombramiento nulo mientras que la jurisprudencia en su aplicación evidencia que en el EXPEDIENTE N° 010-2001-SPE/CSJL (Caso Vladimiro Montesinos) no se cumple con los elementos que posteriormente se ha desarrollado en la CASACION N° 442-2017/ICA, nombramiento nulo o irregular, Vladimiro Montesinos no gozaba del nombramiento de Director General de Administración del SIN; bajo esta perspectiva el imputado no encajaría como un funcionario administrador de facto, figura jurídica por la que fue condenado por peculado, se puede evidenciar que la jurisprudencia también ha tenido cambios importantes en torno a esta figura.

Conforme al objetivo específico 3; plantear una propuesta legislativa para la incorporación del artículo 425-A, brindar los fundamentos legales para la utilización

de la teoría del funcionario administrador de facto en el derecho penal, como autor en los delitos contra la administración pública.

Se logró obtener, en términos porcentuales, de la tabla y figura N.º 11 del total de encuestados; entre jueces, fiscales y abogados, un 81% respondieron que si están de acuerdo con la propuesta de incorporar vía dicción el artículo 425-A en el código penal respecto a la figura del funcionario administrador de facto; mientras tanto el 19% respondieron lo contrario.

Para la incorporación de este presupuesto legal desarrollare el Principio de legalidad; Chirinos F. (2012) indica que el principio de legalidad limita la arbitrariedad estatal, es garantizador de libertad del individuo, los delitos y penas deben ser creados mediante leyes orgánicas, es preocupante que las normas que regulan las funciones y estructuras del Estado se elaboren a través del procedimiento de leyes orgánicas mientras que las normas que restringen la libertad del ciudadano sigan el mecanismo de leyes ordinarias.

Asimismo, Nolasco y Ayala (2013) Señala que la norma penal ha de ser vinculante para los jueces, considerando a la garantía de tipicidad que manifiesta la prohibición de analogía (en contra del reo): el juez penal no puede considerar delito a lo que no está señalado en la ley, ni penar o agravar conductas que no están descritas como reprochable en la norma penal, análoga a las conductas que sí lo están. En el artículo 4 del CP, a esta postura del principio de legalidad se le llama garantía de tipicidad: la pena requiere que la conducta reprochable sea típica, por otro lado, tenemos a la interpretación de la ley penal que es indeterminada, debe ser interpretada para obtener precisión judicial, esta interpretación es necesaria para determinar el contenido de las normas penales, siempre dentro de su sentido literal.

El principio de legalidad es un principio fundamental para poder aplicar la función sancionadora de un ilícito penal, exige la existencia de una ley que sea anterior al hecho sancionado y que esta ley describa estrictamente un supuesto de hecho determinado; bajo este argumento por analogía no se puede crear delitos ni penas, los jueces no pueden convertirse en legisladores en su ánimo de querer interpretar la norma.

## **VI. CONCLUSIONES**

1. Se concluye que 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.
2. Para la configuración de la teoría del funcionario administrador de facto debe cumplirse con el requisito fundamental de un nombramiento pasible de vicios de nulidad bajo la perspectiva de la posición restringida admitida en la jurisprudencia.
3. La jurisprudencia aplicó la figura del funcionario administrador de facto sin tomar en cuenta el requisito fundamental de existencia de nombramiento nulo en el caso Vladimiro Montesinos, requisito existente en la doctrina nacional, posteriormente ha venido desarrollando conceptos entorno a esta figura jurídica.
4. 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.



## **VII. RECOMENDACIONES**

1. Se recomienda al Congreso de la Republica formular un proyecto de ley que regule la incorporación de la teoría del funcionario administrador de facto en el artículo 425-A del código penal, para lograr seguridad jurídica.
2. Para la aplicación de la Teoría del funcionario administrador de facto debe verificarse el cumplimiento del título de habilitación nulo correspondiente al puesto que ejerce.
3. Los magistrados no deberían realizar una interpretación que exceda lo dispuesto en la norma, considerando al principio de inaplicabilidad de la analogía en el derecho penal.
4. La incorporación de la teoría del funcionario administrador de facto en el derecho penal manifestaría el apego al principio de legalidad, principio que exige la existencia de una ley para poder aplicar la norma penal.

## VIII. PROPUESTA

### PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 425-A AL CÓDIGO PENAL PERUANO.

#### DIFUSOS

##### 1. Identidad de los autores

El autor que suscribe, **ZAMORA QUIROZ JHONATHAN JOSE**, estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo-Lambayeque, en ejercicio del derecho de iniciativa Legislativa que nos confiere el artículo 107° parte *in fine* de la Constitución Política del Perú, presentan la siguiente.

##### 2. Exposición de motivos

Nuestra jurisprudencia ha desarrollado la figura del funcionario administrador de facto generando cierta controversia en la interpretación realizada por los magistrados, siendo una figura jurídica que no tiene respaldo normativo, genera diversas interpretaciones, por ello, proponemos actualizar la legislación vigente, incorporando a la teoría del funcionario administrador en el Código Penal, siendo una medida justa y necesaria que evitara que se realicen interpretaciones extensivas.

Por lo antes expuesto, con el objeto de hacer frente a la problemática planteada, es necesario y urgente plantear la iniciativa legislativa en favor a la incorporación del artículo 425-A, con la finalidad de establecer los fundamentos legales, para la utilización de la teoría del funcionario administrador de facto en el derecho penal.

De aprobarse el Proyecto de Ley, contribuirá a ayudar a los operadores jurídicos cuando se investiguen delitos contra la administración pública.

### **3. BASE LEGAL**

#### **3.1. Constitución Política del Perú: Artículos 107**

#### **3.2. Código Penal.**

### **PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 425-A AL CODIGO PENAL PERUANO**

#### **I. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

El presente Proyecto de Ley tienen como fundamento principal al principio de legalidad.

#### **II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La iniciativa legislativa no compromete gasto o irroga utilización de recursos públicos, y traerá entre otros los siguientes beneficios.

- i. Respaldo normativo del funcionario administrador de facto.
- ii. Definición adecuada del funcionario administrador de facto.
- iii. Elementos para su configuración.

#### **III. FÓRMULA LEGAL**

### **PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTICULO 425-A EN EL CAPITULO**

#### **IV: DISPOSICIONES COMUNES DEL CODIGO PENAL**

**Artículo 1°.-** Incorporar el artículo 425-A en el Código Penal.

#### **Artículo 425°-A.- Funcionario administrador de facto.**

El que desempeña labores de función pública, pero su nombramiento es nulo o inválido. Se deben cumplir los siguientes elementos:

- a) La existencia legal del cargo.

b) Que no se haya declarado la nulidad del nombramiento, ni administrativa ni judicialmente.

c) Posesión pública, pacífica y continua del cargo.

**Artículo 2°.- Deroga dispositivos legales**

Deróguese todos los dispositivos legales que se opongan a la presente ley.

**Vásquez Chuquilin Mirtha Esther.**

Presidente del Congreso de la República

**Roel Alva Luis Andrés**

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

**AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA, POR  
TANTO:**

**Sagasti Hochhausle Francisco Rafael**

Presidente Constitucional de la República

**Bermúdez Valdivia Violeta**

Presidente del Consejo de Ministros

**Pimentel – Perú**

**2021**



---

FIRMA

## REFERENCIAS

### LIBROS

Abanto, M. (2003). Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. Editorial Palestra.

Berdugo, I., Arroyo, L., Ferré, J., García, N., Terradillos, J., Acale, M., Benito, D., Demetrio, E., De León, F., De Vicente, R., Fabián, E., Gil, M., Gómez, D., López, B., Maroto, M., Matellanes, N., Muñoz de Morales, M., Navarro, F., Nieto, A., ... Núñez, M. (2016). Curso de Derecho Penal: parte general (3a. ed.). Ediciones Experiencia.

Camarago, D. (2012). Funcionarios públicos: evolución y prospectiva. Editorial B - EUMED.

Chirino, F. (2012). Código Penal comentado, concordado, anotado, sumillado, jurisprudencia, normas complementarias. Editorial Rodhas.

Cruz, E. (2017). Introducción al Derecho Penal. JURE Editores.

Díaz, E. (2018). Manual de derecho penal: teoría del delito funcionalista social. FCE - Fondo de Cultura Económica.

Echevarría, M. (2019). Delitos de los funcionarios públicos. Editorial Dykinson.

Guerrero, O. (1998). El funcionario, el diplomático y el juez: las experiencias en la formación profesional del servicio público en el mundo. Plaza y Valdés, S.A. de C.V.

Montoya, Y. (2015). Manual de delitos contra la administración pública. PUCP.

Nakasaki, C. (2006). «Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú», en El Derecho Penal Contemporáneo: Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera (Tomo I). Lima: ARA Editores.

Nakasaki, C. (2017). El Derecho penal y procesal penal desde la perspectiva del abogado penalista litigante. Gaceta Jurídica.

Nolasco J. y Ayala E. (2013). Delitos contra la administración pública (1er edición). ARA Editores E.I.R.L.

Rojas, F. (2002). Delitos contra la administración pública. (3ª ed.). Lima, Perú. Editorial Grijley.

Rojas, F. (2009). Delitos contra la administración pública. (4ª ed.). Lima, Perú. Editorial Grijley.

Villa Stein, J. (2014). Derecho Penal – Parte General. ARA Editores E.I.R.L.

## NORMAS LEGALES

Constitución Política del Perú (1993).  
[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)

Código Penal Peruano.  
[http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/CODIGOPENA L.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENA L.pdf)

Convención Interamericana contra la corrupción.  
[http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corrupcion.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp)

## REVISTAS

Alcócer, E. (2005). La autoría y participación en el delito de peculado: comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya. Actualidad Jurídica - Gaceta Jurídica (142), 97-103. <http://files.escuelalibredederecho.webnode.es/200000035-f07c8f176e/PECULADO%20-%20http---www.incipp.org.pe-archivos-publicaciones-peculadoalcocer.pdf>

De la Vallina, J. (2014). Sobre El Concepto de Funcionario de Hecho. Revista de Administración Pública, (029).  
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SyoXdduYjGUJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112428.pdf+&cd=3&hl=qu&ct=cInk&gl=pe>

Flores, E. (2008). El problema de la interpretación de las leyes fiscales. Revista de Administración Pública (14).  
<https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-administracion-publica/article/view/17740/15944>

Franciskovic, Beatriz & Torres, Carlos. (2012). Sentencia arbitraria por falta de motivación en los hechos y el derecho. Gaceta Jurídica.  
[http://works.bepress.com/beatriz\\_franciskovicingunza/7/](http://works.bepress.com/beatriz_franciskovicingunza/7/)

## TESIS

Álvarez, J. (2019). “Estudio de los delitos de tráfico de influencias. Artículos 428, 429 y 430 del Código Penal español y 411 y 411A del Código Penal colombiano” (Tesis para obtener el grado de doctor).  
<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/11079/Tesis%20Juan%20Carlos%20%C3%81lvarez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Bermúdez, L. (2017). “Análisis sistemático de la dogmática penal del funcionario de hecho frente al usurpador de funciones, y su aplicación legal en el código penal peruano-2016” (Tesis para obtener título profesional de abogado).  
<http://repositorio.uancv.edu.pe/handle/UANCV/864>

Jameikis, E. (2006). “Situación jurídica de los contratados en la administración pública” (Tesis para obtener el Grado de Especialista en Derecho Administrativo).  
<http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ9152.pdf>

- Monje, B. (2015). "Problemática de la definición de funcionario y servidor público en el Código Penal Peruano" (Tesis para obtener título profesional de abogado). [http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/4630/Monje\\_Yucra\\_Bryan\\_Antony\\_Otazu\\_Pinto\\_Georges\\_Morgan.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/4630/Monje_Yucra_Bryan_Antony_Otazu_Pinto_Georges_Morgan.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Mundaca, J. (2019). "Métodos de control estatal contra la corrupción de funcionarios, ius puniendi penal y ius puniendi administrativo: análisis, críticas y propuestas". (Tesis para obtener el título profesional de abogado). <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/4514/BC-TES-TMP-3337.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Paredes, B. (2017). "Delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos en los gobiernos locales" (Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales). <http://repositorio.unprg.edu.pe/handle/UNPRG/7364>
- Reyes, J (2009). "Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad" (Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). [http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-reyes\\_j/pdfAmont/de-reyes\\_j.pdf](http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-reyes_j/pdfAmont/de-reyes_j.pdf)
- Rodríguez, G. (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 para obtener el grado de Magister). <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6930>
- Siapo, M. (2018). "La Lesión de los Bienes Tutelados en los Delitos de Corrupción de Funcionarios, y su Resarcimiento en la Determinación de la Pena y de la Reparación Civil, a partir de los Casos de los Juzgados Penales de Chiclayo, Años 2014 – 2015" (Tesis para obtener el grado académico de Doctora en Derecho y Ciencia Política). <http://repositorio.unprg.edu.pe/handle/UNPRG/5834>



## JURISPRUDENCIA

Sentencia N°503-2017/CALLAO. Corte Suprema de Justicia. Recuperado de:  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7e08aa8047a2dab8acd0af1612471008/SPP-RS-503-2017-CALLAO.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7e08aa8047a2dab8acd0af1612471008>

EXPEDIENTE N°010-2001-SPE/CSJL. Sala Penal Corte Superior de Justicia de Lima. Recuperado de: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/09/06011349/8-sala-penal-especial-sentencia-exp-n-10-2001-.pdf>

CASACION 442-2017/ICA. Corte Suprema de Justicia. Recuperado de:  
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j\\_20180508\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20180508_03.pdf)

CASACIÓN N.° 1613-2017/ÁNCASH. Corte Suprema de Justicia. Recuperado de:  
<https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>

**ANEXOS**

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ESCALA DE MEDICIÓN
VARIABLE INDEPENDIENTE  <b>El funcionario administrador de facto</b>	El funcionario administrador de facto es aquel que ejerce función pública de manera efectiva pacífica, exclusiva, continuada; sin embargo, su nombramiento es nulo o irregular. Para su configuración se necesitan los siguientes presupuestos: existencia jurídica legal del cargo que desempeña, posesión del cargo y apariencia legítima del título de habilitación o nombramiento.  (CASACION 442-2017/ICA)	Para configurar la teoría del funcionario administrador de facto se requiere los siguientes presupuestos: existencia legal del cargo, posesión del cargo y apariencia legítima del título o nombramiento.	) Doctrina penal ) Jurisprudencia penal. ) Juez penal ) Fiscales ) Abogados	Legislación: Constitución Política del Perú, Código Penal.  Jurisprudencia nacional.  Operadores jurídicos: jueces penales, fiscales penales, abogados penalistas.	Nominal

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ESCALA DE MEDICIÓN
<p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p><b>Fundamento legal.</b></p>	<p>Consiste en interpretar y explicar la norma jurídica que se va aplicar en cada caso concreto que se va a juzgar, no es suficiente citar ni transcribir una norma jurídica, se debe explicarse e interpretar la norma jurídica que se va a aplicar al caso juzgado. (Franciskovic, 2012, p.12)</p>	<p>Es el sustento que se le da una determinada norma jurídica, en la cual se va a interpretar o argumentar el contenido de la norma para cada caso en concreto.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>) Doctrina penal</li> <li>) Jurisprudencia penal.</li> <li>) Juez penal</li> <li>) Fiscales</li> <li>) Abogados</li> </ul>	<p>Legislación: Constitución Política del Perú, Código Penal.</p> <p>Jurisprudencia nacional.</p> <p>Operadores jurídicos: jueces penales, fiscales penales, abogados penalistas.</p>	<p>Nominal</p>

## ANEXO: 2

### Cuestionario dirigido a jueces, fiscales y abogados penalistas.

#### EL FUNDAMENTO LEGAL PARA LA UTILIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL FUNCIONARIO DE FACTO EN EL DERECHO PENAL

**Instrucciones:** Señor encuestado se le solicita que conteste el siguiente cuestionario en forma anónima y con honestidad, para así desarrollar la investigación señalada, se le agradece su aporte.

Juez

Fiscal

Abogado

1. ¿Conoce usted si se encuentra desarrollada en el código penal el concepto de funcionario administrado de facto?

SI

NO

2. ¿Conoce usted alguna jurisprudencia nacional que haya desarrollado la figura jurídica del funcionario administrador de facto?

SI

NO

En caso su respuesta sea afirmativa indique cuál:

---

---

3. ¿Cree usted que nuestra jurisprudencia nacional haya aplicado correctamente los conceptos y elementos del funcionario administrador de facto?

SI

NO

4. ¿Cree usted que la aplicación de la figura jurídica del funcionario administrador de facto vulnera el principio de legalidad?

SI

NO

5. ¿Cree usted que los criterios para determinar a un funcionario administrador de facto es adecuada?

SI

NO

6. ¿Cree usted que el desarrollo del funcionario de facto en la dogmática nacional es suficiente?

SI

NO

7. ¿Cree usted que la aplicación de figura del funcionario administrador de facto ha restringido derechos fundamentales?

SI

NO

8. ¿Cree usted que la doctrina ha finalizado el análisis para el desarrollo de la figura del funcionario administrador de facto?

SI

NO

9. ¿Usted se encuentra satisfecho del análisis jurisprudencial y doctrinal que se ha desarrollado hasta la actualidad de la figura del funcionario administrador de facto?

SI

NO

10. ¿Considera usted que se debería incorporar vía dicción el artículo 425-A en el código penal respecto a la figura del funcionario administrador de facto?

SI

NO



Hector L. Perdomo De La Torre  
ABOGADO  
JCAL 8465

## CONSTANCIA DE FIABILIDAD DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

El presente documento es para constatar la fiabilidad del instrumento de recolección de datos y para medir la percepción del tema denominado

**“EL FUNDAMENTO LEGAL PARA LA UTILIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL FUNCIONARIO ADMINISTRADOR DE FACTO EN EL DERECHO PENAL”**

Usando el MÉTODO KUDER-RICHARDSON (KR20) por ser 10 ítems con escala dicotómica, la cual se verifica en la documentación adjunta en **Anexos**

Para la interpretación del coeficiente KR20 se está tomando la siguiente escala **según Ruiz (2020)**

De 0.01 a 0.20 **Muy Baja**

De 0.21 a 0.40 **Baja**

De 0.41 a 0.60 **Moderada**

De 0.61 a 0.80 **Alta**

A 0.81 a 1.00 **Muy Alta**

Dando fe que se utilizaron encuestas originales y que los resultados son fieles a la realidad en favor de la investigación, ya que el coeficiente de fiabilidad obtenido **es igual a 0.80**, lo cual significa un coeficiente **“ALTO”**, por lo que se concluye que el instrumento de recolección de datos tiene una alta confiabilidad de consistencia interna cumpliendo su propósito en la investigación.

Estampo mi firma, sello y rúbrica para mayor fe.



.....  
LIC. JUAN MANUEL ANTON PEREZ  
COESPE 12  
COLEGIO DE ESTADÍSTICOS DEL PERÚ



## ANEXO

$$K_{20} = \left( \frac{k}{k-1} \right) \left( 1 - \frac{\sum p * q}{\sigma^2} \right)$$

En donde

K: Es el número de ítems del instrumento

k-1: Es el número de ítems del instrumento – 1

$\sum p * q$  : sumatoria de los productos de p y q

$\sigma^2$  : Varianza de las puntuaciones totales

Aplicando la formula **KUDER RICHARDSON**:

$$K_{20} = \frac{10}{10-1} \left( 1 - \frac{0.83}{2.77} \right) = 0.80$$

**Finalmente:**

### Tabla 1

Resultado obtenido al aplicar el **COEFICIENTE KR20** al cuestionario de 10 preguntas aplicado a 31 profesionales (5 jueces penalistas, 6 fiscales y 20 abogados penalistas).

KUDER-RICHARDSON	ítems
0.80	10

Fuente: Excel 2016

  
.....  
LIC. JUAN MANUEL ANTON PEREZ  
COESPE 12  
COLEGIO DE ESTADÍSTICOS DEL PERÚ

**TABLA 1**

Test de fiabilidad al instrumento aplicado a 31 profesionales (5 jueces penalistas, 6 fiscales y 20 abogados penalistas).

Encuestados	P1	P2	P3	P4	P5	P6	P7	P8	P9	P10
1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
2	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
3	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
4	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
5	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1
6	1	0	0	1	0	0	1	1	1	1
7	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0
8	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0
9	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0
10	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0
11	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0
12	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0
13	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
14	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
15	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
16	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
17	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
18	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
19	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
20	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
21	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
22	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
23	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
24	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
25	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
26	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
27	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
28	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
29	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
30	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
31	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1

Fuente: Excel 2016

  
LIC. JUAN MANUEL ANTON PEREZ  
COESPE 12  
COLEGIO DE ESTADÍSTICOS DEL PERÚ