"Año de la Unión Nacional frente a la crisis externa"

UNIVERSIDAD NACIONAL "SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

"FACTORES QUE DETERMINAN EL CARACTER VENCIBLE DEL ERROR DE PROHIBICION EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD"

TESIS PARA OPTAR EL GRADO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER JORGELUIS ALAN ROMERO OSORIO

ASESOR: Mag. JULIO CESAR CASTAÑEDA DIAZ

HUARAZ - 2009

DEDICATORIA:

A mi padre supremo Jehová Dios, por estar siempre a mi lado, y permitirme realizar la presente tesis.

A mis padres Julián G. Romero Figueroa y Julia G. Osorio Álvarez, quienes con su amor y ejemplo me motivan continuar firme y perseverante en la consecución de mis metas y a quienes les debo mi vida y mi existir.

AGRADECIMIENTOS

A mi asesor Mag. Julio César Castañeda Diaz, quien con sus enseñanzas me motivó a recorrer la senda del Derecho Penal, y a quien estaré infinitamente agradecido por sus aportes al presente trabajo de investigación.

A los Magistrados Gamarra Benites David M. y Henostroza Duque Jesús R. por su apoyo en el acceso a la información bibliográfica y documental para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

A los señores Mag. Manuel A. Laguna Ponte, Abog. Rafael F. Peñaranda Vásquez, y Abog. Aldo R. Peña García, por su confianza y consideración a mi persona, apoyándome en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

Finalmente a mis compañeros del Código 03, Promoción 2008, por motivarme al desarrollo de la presente tesis, y a mis estimados amigos Abog. Elmer U. Venturo Veramendi, Bach. Gerson B. Paucar Amado, Yoel E. Trujillo Blas, Miguel A. Paredes Mejía y Fernando J. Maza Haro, intelectuales, que con

sus brillantes críticas y recomendaciones permitieron el desarrollo teórico del presente trabajo de investigación.

INDICE

DEDICATORIA II

AGRADECIMIENTOS III

RESUMEN IX

INTRODUCCION XI

CAPITULO 1

ASPECTOS METODOLOGICOS DE LA INVESTIGACION

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 1
1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA 3
1.2.1 Problema General 3
1.2.2 Problemas Específicos 4
1.3 FORMULACION DE OBJETIVOS 4
1.3.1 Objetivo General 4
1.3.2 Objetivos Específicos 4
1.4 FORMULACION DE HIPOTESIS 5
1.4.1 Hipótesis General 5
1.4.2 Hipótesis Específicas 5
1.5 VARIABLES 5

1.5.1 Hipótesis General 5

A. Variable Independiente 5
B. Variable Dependiente 6

1.5.2 Hipótesis Específica 1 6

A. Variable Independiente 6
B. Variable Dependiente 6

1.5.3 Hipótesis Específica 2 6

A. Variable Independiente 6
B. Variable Dependiente 6

1.6 POBLACION Y MUESTRA 6
1.6.1 Población 6
1.6.2 Muestra 7

A. Tipo de Muestra 7
B. Técnica Muestral 7
C. Tamaño de la Muestra 7
D. Análisis de contenido 7
E. Diseño de Contrastación de la hipótesis 7

1.7 METODOS Y TECNICAS DE INVESTIGACION 8
1.7.1 Métodos 8

A. Generales 8
B. Específicos 9

1.7.2 Técnica 9

A. Técnica Teórica 9
B. Técnica Empírica 9

1.7.3 Técnica de Análisis y Procesamiento de datos 10

CAPITULO 2

MARCO TEORICO

2.1 LA CONCIENCIA DE LA LESION DE BIEN JURIDICO PROTEGIDO Y LA POSIBILIDAD DE LA

CONCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD 11

2.1.1 El Bien Jurídico Protegido en el delito de Abuso de Autoridad 11
2.1.2 La conciencia de antijuricidad 22

2.2 LOS FACTORES QUE DETERMINAN EL CARÁCTER VENCIBLE DEL ERROR DE PROHIBICION EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD 26
2.2.1 Error de Prohibición 26
2.2.2 Error de Prohibición Invencible 42
A. Factor Normativo-Lesivo 47
B. Factor Volitivo 53

CAPITULO 3

CONTRASTACION Y/O VALIDACION DE HIPOTESIS

3.1 DESCRIPCION DE UNIDAD DE ANALISIS 64

3.1.1 Resoluciones Judiciales 64

3.2 DESCRIPCION DEL RECOJO DE INFORMACION 64
3.3 DISCUSION 65

3.3.6 La conciencia de la lesión al bien jurídico 65

A. Valoración del Bien Jurídico Protegido 65
B. Conductas lesivas al Bien Jurídico Protegido 66
C. Comprensión de la Lesividad de la Conducta 66

3.3.2 Reprochabilidad de la conducta 67

A. Responsabilidad por el acto 67
B. Reproche por la conducción de la vida 68

3.3.3 Conciencia de la regulación normativa especial 69

A. Actividad reglada por la ley 69
B. El injusto recae en la función pública 70

3.3.4 La conciencia de la lesión de los intereses de los ciudadanos 70

A. Atentado a valores éticos sociales 70
B. Vulneración a principios que rigen la Administración 71
C. Saber el perjuicio provocado a terceros 71

3.3.5 Reflexión o Información sobre la antijuricidad de la conducta 72

A. Comprensión de la antijuricidad del acto 72
B. Deber de Informarse 72

3.3.6 Vencibilidad del Error de Prohibición 73

A. Motivos para reflexionar o informarse 73
B. Posibilidad de la conciencia de la antijuricidad 74
3.3.7 Factor normativo, lesivo y volitivo 75
A. Factor Normativo 75
B. Factor Lesivo 76
C. Factor Volitivo 76

3.4 VALIDACION DE HIPOTESIS 77

3.4.1 Hipótesis Específica 1 77
3.4.2 Hipótesis Específica 2 85
3.4.3 Hipótesis General 91

3.5 GENERALIZACION 91

CONCLUSIONES 93

SUGERENCIAS 97

GLOSARIO 99

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 102

RESUMEN

El problema del presente trabajo de investigación estuvo referido a la determinación de criterios diferenciales entre el error de prohibición invencible y vencible en el Delito de Abuso de Autoridad, a fin de llenar el vacío legal de nuestro Código Penal, partiendo como premisa los elementos del bien jurídico protegido, siendo objeto material de la antijuricidad y por ende, donde recae la conciencia de la antijuricidad.

Siendo ello así, se estableció que los factores que determinan en carácter vencible del error de prohibición eran de índole normativo, lesivo al bien jurídico protegido y de orden volitivo a informarse sobre la antijuricidad de la conducta. Estos factores se determinaron, desde la perspectiva de una conciencia de la antijuricidad potencia y no actual, es decir, de la posibilidad de alcanzar la conciencia de la antijuricidad de su conducta de parte del funcionario público.

Esta posibilidad de la conciencia de antijuricidad se concretiza en determinadas circunstancias especiales que motivan a reflexionar o poder informase sobre la antijuricidad de la conducta al funcionario público. Estas circunstancias o situaciones de hecho están referidas cuando el autor sabe que en el sector o ámbito donde va desarrolla su conducta o actividad se encuentra

regulada por la ley, y cuando sabe que con la realización de su conducta va a afectar los intereses de terceros.

Presupuestos de hecho que se muestran claramente en la comisión del delito de Abuso de Autoridad, por cuanto el funcionario público sabe o conoce que el sector donde realiza su función se encuentra regulada por una determinado sector normativo y que las consecuencias de sus acciones están dirigidas a la satisfacción de los intereses de los administrados, constituyendo elementos serios de convicción que los motiven a reflexionar sobre la antijuricidad de su conducta o comportamiento.

Palabras claves: Conciencia y conocimiento, antijuricidad y culpabilidad.

INTRODUCCION

La presente investigación surge como respuesta del vacío o laguna legal existente en el Art. 14 del Código Penal Peruano de 1991, al responder a la interrogante ¿Cuándo nos encontramos ante la presencia de un error de prohibición vencible?, de ahí su importancia al establecer aquellos criterios que determinan el carácter vencible del error de prohibición.

Sin embargo, ante la inmensa gama de tipos delictivos descritos en el Código Sustantivo (Parte Especial), y ante la realidad circundante de nuestro país, se consideró que era necesario establecer los criterios de vencibilidad del error de prohibición en un determinado delito.

Fue por tal motivo, que se partió en considerar a aquellos delitos en los cuales el injusto recae en la propia actividad o ***función*** que realiza el sujeto al vulnerar este ciertos parámetros establecidos a su cargo, cuyas consecuencias afectan los intereses de terceros, un claro ejemplo lo constituyen los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, y en especial el delito de Abuso de Autoridad, en donde el bien jurídico protegido está referido al correcto ejercicio de la función pública por parte del funcionario público.

Es así que en ese sector especial regulado por el Derecho a través de normas administrativas, donde actúa el funcionario público, se tomo como premisa y presupuesto, para determinar aquellos factores conducentes a la reflexión y información de parte del funcionario público sobre una posible antijuricidad de su conducta, con la finalidad de establecer su responsabilidad penal, bajo la premisa de que el error de prohibición al que estaría inmerso sería el de tipo vencible deviniendo como consecuencia jurídica la atenuación de la pena.

Los objetivos conseguidos fueron que el bien jurídico protegido tiene un papel fundamental para establecer el carácter reprochable de acción típica y antijurídica, por estar incluido como elemento material de la antijuricidad, y ser el objeto donde recae la posible conciencia de la antijuricidad de la conducta.

Otro objetivo alcanzado fue en establecer que los factores o elementos circunstanciales que motivan al funcionario público a reflexionar o informase sobre la antijuricidad de su conducta son de índole ***normativo***, al determinarse que la actividad o ámbito vital donde el funcionario público ejerce la función pública se encuentra regulada por un determinado marco normativo, del cual el funcionario público es conciente de dicha situación y le obliga a informarse sobre una posible antijuricidad de su conducta.

De índole ***lesivo*** al bien jurídico protegido, en cuanto, al ejercer el funcionario público una conducta contraria al ordenamiento jurídico protegido y a los valores éticos-sociales que rigen una determinada sociedad, es consciente que ejerce su función en forma no arreglada a ley y que por lo tanto sabe que con su actuación lesiona o afecta los intereses de los ciudadanos.

De índole ***volitivo***, por cuanto el funcionario público al ser conciente que con su conducta afecta a los intereses de los ciudadanos y no se encuentra reglada a Ley, debe de informarse sobre la posible antijuricidad de su conducta, a través de su propio esfuerzo o por intermedio de la información proporcionada por terceros, con la finalidad de salir del error de prohibición al que estaría inmerso.

Por otro lado, es menester indicar que la presente investigación constó de tres capítulos, el primero referido a los aspectos metodológicos, en donde se desarrollaron los siguientes ítems: Planteamiento del problema, formulación del problema, formulación de objetivos, formulación de hipótesis, población y muestra, y métodos y técnicas de investigación.

En el capítulo segundo se trató respecto al marco teórico, cuyo contenido estuvo dirigido a determinar la vinculación que existe entre el bien jurídico y la conciencia de la antijuricidad en el Delito de Abuso de Autoridad y establecer los criterios que determinan el carácter vencible del error de prohibición en el Delito de Abuso de Autoridad.

Y en el último capítulo se trató respecto a la contrastación y/o validación de la hipótesis, mediante la descripción de la unidad de análisis, descripción del recojo de información, discusión, validación de hipótesis y generalización.

Finalmente, es necesario precisar las dificultades y/o limitaciones que tuvo la presente investigación, entre las que se detallan: La falta de presupuesto necesario para realizar diferentes actividades de investigación, tales como viajes a distintas bibliotecas del Perú, limitación en el tiempo, y no poderse

consultar los siguientes textos jurídicos referidos al tema de investigación: **COBO GOMEZ DE LINARES, Miguel Ángel.** *Presupuestos del error sobre la prohibición,* Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1987, y **RUSCONI MAXIMILIANO, Adolfo.** ***Política Criminal y Error de Prohibición.*** Revista Guatemalteca de Ciencia Penales "Justicia Penal y Sociedad" Año 4 – Nº 6 Managua 1997.

Capitulo 1

ASPECTOS METODOLOGICOS

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El actual Código Penal Peruano, que rige a nuestra sociedad a partir del año 1991, en su artículo 14° hace una distinción entre el error que recae sobre la ilicitud de la conducta del tipo invencible y vencible teniendo como premisa las consecuencias jurídicas de cada una de ellas, sin determinar los criterios de vencibilidad del error de prohibición, siendo deber de la doctrina penal resolver al respecto.

Sin embargo, en la dogmática penal existe discusión para determinar los criterios de vencibilidad del error de prohibición. Están aquellos que propugnan desde una perspectiva ***normativista***, el deber de informarse sobre la antijuricidad de la conducta, otros desde el punto de vista de la ***valoración***

social que realiza el sujeto, respecto aquellos factores que lo motivan a reflexionar sobre la posible antijuricidad de su conducta, y aquellos, que por ***político criminal*** optan por establecer la internalización de la norma a partir del conocimiento de la norma penal.

Ante tal situación, la presente tesis, partiendo desde un marco teórico sustentado en criterios adoptados por las escuelas post finalistas y funcionalistas y teniendo en consideración la situación actual y dinámica de nuestra realidad socio cultural, tiende a dar respuesta a dicha delimitación entre la vencibilidad e invenciblidad del error de prohibición, problemática que no es pura discusión doctrinaria, sino de carácter práctico, por cuanto los efectos de cada una de ellas tienen asidero en la realidad social, desde la exculpación de la pena hasta la atenuación de la misma al autor del delito.

En tal sentido, la presente tesis estuvo encaminada a postular por una medida de solución a esta problemática doctrinal y práctica, al establecer como criterios de vencibilidad del error de prohibición a la responsabilidad penal por la conducción de la vida, tesis adoptada por la corriente funcionalista, mediante el cual cuando el sector o ámbito vital, donde recae la acción delictiva se encuentra regulada por un determinado sector normativo, obliga al sujeto o autor a informarse sobre la antijuricidad de su conducta, pues este sabe que se encuentra en un sector reglado por la ley.

Pero el aporte de vital importancia que persiguió la presente tesis, fue la de demostrar que la conciencia de la lesión al bien jurídico protegido era el

sustento o fundamento para determinar los criterios de delimitación del error de prohibición vencible e invencible, siendo ello así, se escogió el delito de Abuso de Autoridad que por frecuencia delictiva, y el peculiar bien jurídico que protege, fue materia de investigación a fin de validar o no la hipótesis referida a la vinculación de la conciencia de la lesión de bien jurídico con la conciencia de la antijuricidad de la conducta.

Por todo lo expuesto, se puede argüir que la presente investigación pretende establecer los criterios de diferenciación entre el error de prohibición vencible y el error de prohibición vencible, en el delito de Abuso de Autoridad, desde un enfoque dogmático y sociológico, partiendo desde la función social que cumple la protección jurídico penal del bien jurídico: "función pública", y los factores volitivos, lesivos y normativos que motivan a todo funcionario o servidor público a cerciorarse sobre la antijuricidad de su acción.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema General.

- ***¿Cuáles son los factores que determinan el carácter vencible del error de prohibición en el delito de Abuso de Autoridad?***

1.2.2. Problemas Específicos.

- ***¿Cuál es la función que cumple el bien jurídico protegido en la delimitación entre la vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición en el delito de Abuso de Autoridad?***
- ***¿Qué circunstancias motivan a los funcionarios y servidores públicos, a reflexionar o informarse sobre la antijuricidad de su acción en el Delito de Abuso de Autoridad.***

1.3 FORMULACIÓN DE OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVO GENERAL

- Establecer aquellos factores que determinan que determinan el carácter vencible del error de prohibición en el delito de Abuso de Autoridad.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Determinar la función que cumple el bien jurídico protegido en la delimitación entre la vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición en el delito de Abuso de Autoridad
- Establecer aquellas circunstancias de hecho que motivan a los funcionarios y servidores públicos, a reflexionar o informarse sobre una posible antijuricidad de su acción en el Delito de Abuso de Autoridad.

1.4 FORMULACION DE HIPOTESIS

1.4.1. HIPÓTESIS GENERAL.

- Los factores que determinan el carácter vencible del error de prohibición en el Delito de Abuso de Autoridad son de carácter normativo, lesivo al bien jurídico protegido y volitivo.

1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.

- La consciencia de la lesión al bien jurídico protegido determina el carácter reprochable de la conducta del funcionario o servidor público.

- La consciencia de la regulación normativa especial de la actividad del funcionario o servidor público y la lesión a los intereses de los ciudadanos, constituyen elementos suficientes que lo motivan a reflexionar o informase sobre la antijuricidad de su conducta.

1.5 VARIABLES.

1.5.1 HIPOTESIS GENERAL

A. Variable Independiente.

- **Factor Normativo, lesivo al bien jurídico protegido, y volitivo.**

B. Variable Dependiente.

- **Vencibilidad del error de prohibición**

1.5.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

A. Variable independiente.

- **La conciencia de la lesión al bien jurídico**

B. Variable dependiente.

- **La reprochabilidad de la conducta**

1.5.3 HIPÓTESIS ESPECIFICA 2

A. Variable independiente.

- **La conciencia de la regulación normativa especial**
- **La conciencia de la lesión a los intereses de los ciudadanos**

B. Variable dependiente.

- **Reflexión o información sobre la antijuricidad de la conducta.**

1.6 POBLACION Y MUESTRA

1.6.1 Población

La población comprendió a las resoluciones judiciales (sentencias) sobre procesos de Abuso de Autoridad durante el periodo 2007-2008, emitidas por los Juzgados especializado en lo Penal de la Provincia de Huaraz de la Corte Superior de Justicia de Ancash.

1.6.2. Muestra

A. Tipo de Muestra

No probabilística

B. Técnica Muestral

Arbitraria.

C. Tamaño de la muestra

20 Resoluciones Judiciales

D. Análisis de contenido

Resoluciones Judiciales.

E. Diseño de contrastación de hipótesis

Técnicas Estadísticas: CHI^2

$$X^2 : E \frac{(O-E)^2}{E}$$

Donde:

O: Observada en cada celda

E: Esperada en cada celda

E: Implica sumatoria

1.7 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACION

1.7.1 Métodos

A. Generales.

- Se utilizará el método deductivo, que consiste que a partir de un conocimiento general se llega a un conocimiento específico, que en el presente caso nos permitirá determinar a partir de los principios del Derecho Administrativo y los criterios de determinación del error de prohibición vencible, la ausencia del error de prohibición invencible en los Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos.
- También se utilizará el método sintético, el cual consiste en que a partir de las partes de un determinado conocimiento se llega al todo, que en la presente investigación, a partir de diferentes estratos de conocimiento tanto del Derecho Administrativo Sustantivo y del Derecho Penal- Parte General y Especial-, se consolidara un

conocimiento integral respecto a los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.

B. Específicos.

- En la presente investigación se utilizará el método hermenéutico, el cual consiste en el interpretativo de una determinada norma, buscar su sentido y finalidad, que en el presente caso se analizará el contenido del artículo 14 del Código Penal y así alcanzar la finalidad del legislador de haber regulado el error de prohibición invencible en todos los delitos contemplados en el Código Penal vigente.
- Asimismo en la presenta investigación, se utilizará el método dogmático, que consiste en la utilización de diferentes construcciones doctrinarias para la elaboración de un determinado conocimiento; que en el presente caso se utilizarán las teorías del error de prohibición, es decir la culpabilidad y del dolo, así como los planteamientos de la teoría de l conciencia eventual de la antijuricidad.

1.7.2 Técnica

A. Técnica Teórica.

Técnica	Instrumento
Fichaje	Fichas bibliográficas

B. Técnica Empírica.

Técnica	Instrumento
Análisis de contenido	Ficha de análisis

1.7.3 Técnica de análisis y procesamiento de datos

Estadística, descriptiva simple, gráfico y cuadros estadísticos.

Capitulo 2

MARCO TEORICO

2.1.- LA CONCIENCIA DE LA LESION DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO Y LA POSIBILIDAD DE LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.-

2.1.1.- EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.-

1. El Derecho Penal, como ***ultima ratio*** de la regulación de la conducta del hombre en una sociedad de Estado Constitucional de Derecho, mantiene vigente la protección de ciertos bienes jurídicos que por su connotación y trascendencia social merecen de un tratamiento especial y diferenciado.

2. Dicha protección jurídico-penal se efectúa a través de la tipificación de determinados delitos que por su naturaleza se vinculan por un mismo bien jurídico general, esto es el caso de los delitos contra la Administración Pública, en donde se busca proteger y garantizar al administrado un correcto ejercicio de la Administración Pública y eficacia del aparato estatal en todos sus niveles, teniendo como deber primordial el funcionario o servidor público de cumplir el mandato imperativo de su función conforme a lo establecido en la ley [***principio de la libertad limitada***][1] y atendiendo a los intereses de los ciudadanos.

3. Dentro de esta sistemática se encuentra el delito de Abuso de Autoridad, el mismo que por su connotación especial, tiene su propio bien jurídico materia de protección [que en términos de Frisancho Aparicio], es el contenido objetivo de la antijuricidad][2].

---

[1] Según decía Quintano, el principio capital de todo Estado de Derecho, es que el ciudadano puede hacer todo lo que no le está prohibido, mientras que la autoridad únicamente puede hacer lo que la ley le ordena. **MAGGIORE** Guiseppe. ***Derecho Penal. Vol. I. Derecho Penal-El delito***. Reimpresión a la Segunda Edición. Editorial TEMIS, Bogotá. 1985.

[2] ***"El Código Penal ha tomado como criterio diferencial de clasificación el que los delitos sean cometidos por funcionarios o por particulares. Tal ordenación de los tipos pone acento en el sujeto activo y, en cierto modo, en el contenido de antijuricidad subjetiva o infracción de un deber por parte de dicho sujeto activo. La sistemática adoptada por nuestro codificador está fijada en el "objeto jurídico" o bien jurídico lesionado por los delitos que agrupa en cada título, esto es en el contenido objetivo de la antijuricidad."*** **FRISANCHO APARICIO**, Manuel, **PEÑA CABRERA**, A. Raúl. ***Tratado de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública***, Editora FECAT, Lima Perú, Edición 1999, pp. 79 y 80.

4. Así parece entenderlo también el autor colombiano Agudelo Betancourt[3], para quien la antijuricidad formal consiste en la contrariedad entre la acción y el ordenamiento jurídico, y la antijuricidad material es la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos dignos de protección penal.

5. Dicho contenido objetivo de la antijuricidad, se vincula estrechamente con la protección del bien jurídico protegido, en mérito de que la antijuricidad esta referida a la contravención del Derecho y el marco normativo establecido, y que por tal motivo, siendo objeto de protección de la norma penal el bien jurídico protegido, constituye éste último el objeto material donde directamente recae la conducta antijurídica del agente delictivo.

6. Siendo ello así, es necesario establecer cuál es le bien jurídico protegido en el Delito de Abuso de Autoridad a fin de encontrar su vinculación con la Antijuricidad. En tal sentido, partiremos de la función social que cumple la ***Administración Pública***[4] como objeto donde recae

---

[3] **BETANCOURT,** Agudelo. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Universidad Externado de Colombia. Nodier et al. 2002. Citado en **NARVÁEZ ENRIQUEZ, Lesly**. ***Derecho Penal y el servidor público.*** Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar por el Título de Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., Colombia, 2004. Pág. 49. **http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS46.pdf.** (Ingreso: 20 de Julio del 2008).

[4] Muñoz Conde opina que: ***"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".*** **MUÑOZ CONDE**. Francisco: ***Derecho Penal-Parte Especial.*** Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, Décimo Quinta Edición, revisada y puesta al día. Pág. 969. Por su parte el autor nacional Fidel Rojas Vargas menciona respecto a la definición de la Administración Pública lo siguiente: ***"Para el derecho penal la administración pública como objeto genérico de tutela penal, es decir, como bien jurídico, significa: a) ejercicio de funciones y servicios públicos***

los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, y en segundo lugar, nos ocuparemos del sector del ordenamiento que internamente la regula [comparte esta posición la autora española Elisa García España][5] para luego establecer el bien jurídico protegido en el Delito de Abuso de Autoridad.

7. Es así que la Administración Pública cumple un rol fundamental, el cual consiste en satisfacer las necesidades que los administrados requieren de parte del Estado, es decir, ejercer el rol social a favor del interés común o general del pueblo. Este rol es ejercido a través de los funcionarios o servidores públicos que elegidos mediante un procedimiento regular, se encuentran sometidos en el ejercicio de su función al mandato imperativo de la Constitución y las leyes[6], en

---

bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, b) Observancia de los deberes de cargo o empleo. c) Regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio. d) Prestigio y dignidad de la función. e) Probidad de sus agentes. f) Protección del patrimonio público. o) Imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, etc. Esta singular disgregación en objetos específicos con vinculación institucional de protección le confieren a la administración pública, en tanto bien jurídico-penal, su carácter supraindividual o difuso, lo que motiva que cada vez que se señale el bien jurídico genérico "correcto funcionamiento de la administración pública" se tenga que precisar acto seguido el objeto específico de tutela vulnerado o puesto en peligro con el comportamiento del sujeto público." **ROJAS VARGAS** Fidel. ***Delitos contra la administración pública***. Edit. Grijley. Tercera Edición. 2002. Lima-Perú. Pág. 10.

[5] ***"Para conocer le objeto de tutela en este ámbito de actuación del Derecho Penal [hace referencia a los delitos de Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos], hay que partir de un lado, de la función social de la institución a la que se refiere y, por otro del sector del ordenamiento jurídico que internamente la regula. La Administración es una organización instrumental que ejerce la función administrativa pública. Su actividad consiste en realizar actos, declaraciones y contratos a través de los que se vincula, atendiendo al interés general de la comunidad. Estamos pues ante un presupuesto necesario de la organización social moderna, cuyo cometido consiste en la actuación o toma de decisiones de interés común, a través de las autoridades o funcionarios públicos que la componen, sobre la base de la igualdad de todos los administrados en el acceso de las prestaciones públicas".*** **GARCIA ESPAÑA**, Elisa. ***Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. (Los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995). Pág. 51.*** http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758341 (ingresado el 20 de Julio de 2008).

[6] **Constitución Política del Perú**

consecuencia, el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, resulta ser ***la función pública administrativa***[7], la misma que en términos de la autora española Asua Balarrita Adela[8], tiene tres características: a) ***Normativa***, ya que sus límites y principios rectores (imparcialidad y legalidad) derivan directamente de la Constitución. b)

"***Artículo 39.- Funcionarios y trabajadores públicos***
Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.
Artículo 40.- Carrera Administrativa
La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.
No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.
Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos". (El subrayado es mío).

[7] En opinión del autor español Muñoz Conde, la función pública está definida como: "***La complejidad de la actividad administrativa y su injerencia en el ámbito privado hace difícil conceptuar a veces lo que se entiende por función pública. Función Pública es la proyectada al interés colectivo social, al bien común y realizada por órganos estatales o para estatales."*** **MUÑOZ CONDE**, Francisco. ***Derecho Penal Parte Especial***, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p, 830-832. Citado en **FRISANCHO APARICIO**, Manuel, **PEÑA CABRERA**, A. Raúl. ***Tratado de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública***, Editora FECAT, Lima Perú, Edición 1999. p. 83. De la misma opinión comparte el autor nacional Bramont-Arias, quien refiere: ***"El bien jurídico protegido de este grupo de delitos es el interés del Estado por el desempeño, en forma normal, de las funciones de la administración pública, ya que puede verse ofendido por los abusos de los funcionarios públicos".*** **BRAMONT ARIAS LUIS A. y BRAMONT-ARIAS TORRES LUIS A.** ***Código Penal Anotado***. Lima Perú. Editorial San Marcos. 1999. Pág. 564. Por su parte el autor argentino Carlos Creus refiere respecto al objeto de protección en los delitos contra la administración pública lo siguiente: "***El objeto de protección es la regularidad y eficacia de la función pública concebida en sentido más extenso, comprensivo de la función pública en sentido propio, es decir, lo que importa un encargo de Estado en la persona del funcionario, por medio del cual, aquel expresa su voluntad frente a los administrados y sobre estos como del servicio público que se desenvuelve dentro de la administración".*** **CREUS** Carlos. ***Derecho Penal-Parte Especial***. Tm. 2. Astrea. 1999. 2da Reimpresión. Argentina. Pág. 215.

[8] **ASUA BALARRITA, Adela. "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones Criminales y criterios de interpretación".** Cfr. en **ASUA BALARRITA A. "Delitos contra la Administración Pública".** Instituto Vasco de la Administración Pública. Bilbao. 1997. Pág. 18 y 19. Citado en **GARCIA ESPAÑA**, Elisa. ***Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. (Los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995). Pág. 52.*** http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758341.

Dinámica, pues se trata de una institución que continuamente esta tomado decisiones y realizando actuaciones, y c) ***Instrumental***, ya que sus decisiones y actuaciones tienen que ir siempre encaminadas en beneficio del interés general, o lo que es lo mismo la Administración está siempre al servicio de los administrados, quienes deben poder acceder a ella en condiciones de igualdad.

8. En esta línea de ideas, podemos advertir que las citadas características se relacionan directamente con el supuesto de hecho del Art. 376° del Código Penal peruano[9] [artículo que regula el Delito de Abuso de Autoridad], mediante el cual todo funcionario público no actuaría de acuerdo a los principios y límites que la Constitución establece, ni lo haría con la finalidad exclusiva de servir al interés general, puesto que la conducta funcional que se aleja o viola el marco legal preestablecido, afectando el interés particular, también afecta el marco normativo que regula la función pública y con ello no sólo afecta el interés particular, sino que afecta el interés general de los ciudadanos, que de una y otra manera se encuentran involucrados como administrados [posición parecida comparte Orts Berenguer E.][10].

---

[9] **Código Penal Peruano**.
"Artículo 376.- Abuso de autoridad
El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.
Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años".

[10] **ORTS BERENGUER, E. "Delitos contra la Administración Pública (I)"**. Cfr. en **VIVES ANTON, S. "Derecho Penal Parte Especial"**. 3ra. Edición revisada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. Pág. 775. Citado en **GARCIA ESPAÑA**, Elisa. ***Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. (Los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995). Pág. 52.*** http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758341.

9. Opinión a parte merece la establecida por el autor nacional Hugo Álvarez[11], quien expresa que toda actividad que realizan los órganos del Estado a través de sus funcionarios públicos y servidores públicos debe ser adecuada a derecho, fuera de él no se puede hablar de función pública, sino de actos arbitrarios, que la ley no promueve o ampara. En consecuencia el mencionado autor cierra su discurso concluyendo que el objeto de protección en los delitos contra la administración pública es el normal desenvolvimiento y eficacia de la función pública.

10. Sin embargo tal aseveración no es de toda completa, puesto como ya se ha expuesto, la función pública implica que la ordenación normativa (elemento normativo) de la actividad del funcionario o servidor público esté encaminada al bienestar general de la ciudadanía (elemento valorativo o finalista), la misma que viene a ser su sustento y razón de ser.

11. En tal sentido, los efectos lesivos que pueda sufrir el bien jurídico ***"función pública"*** son al parecer de la autora española Elisa García España[12], los siguientes: bien que se impida el inicio de un proceder o que éste se obstaculice, bien que se desvié o utilice hacia intereses que no son generales. Estos efectos son susceptibles de ser ocasionados por el funcionario o autoridad pública sólo través de su ***infracción de cargo***[13].

---

[11] **HUGO ALVAREZ JORGE B. Delitos cometidos por particulares contra la administración**. Gaceta Jurídica. 1ra Edición, 2000. Lima-Perú. Págs.17 y 18.

[12] **GARCIA ESPAÑA**, Elisa. Op. Cit. Pág. 55.

[13] El autor nacional Frisancho Aparicio opina con respecto al deber que le asiste a todo funcionario público lo siguiente: ***"Evidentemente, el principal deber es el de lealtad a la ley, tomado en sentido lato. Todos los demás le son conexos e inseparables. Es el deber de lealtad un deber supremo comprensivo de los demás deberes. Es el espíritu informador de todos los deberes. De cualquier modo que sea, debe ser considerado como el***

12. La infracción de cargo o de deber de todo funcionario público, está orientado al quebrantamiento o deslealtad a la ley, es decir a la desobediencia al mandato imperativo de la ley, la misma que para efectos penales debe trascender socialmente, afectando los intereses de los ciudadanos, puesto que si no concurre está última condición estaríamos ante una infracción administrativa y no penal [posición que es compartida por el autor nacional Manuel Abanto Vásquez][14], quien refiere que se debe excluir del ámbito penal aquellas conductas fundamentadas exclusivamente en la infracción de los deberes de cargo, puesto que en la relación que existe entre los funcionarios y la administración pública existen dos ámbitos bien definidos, uno ***interno***, que se refiere a la organización misma de la administración (deberes de cargo), y un ámbito ***externo***, en donde le funcionario entra en relación con los administrados realizando las actividades que la Constitución y las leyes le atribuyen, es en este ámbito (interno), en donde el Derecho Penal interviene y regula las acciones lesivas al bien jurídico protegido ***"función pública".***

13. En tal sentido, en el delito de Abuso de Autoridad se protege al correcto ejercicio de la función pública, preservando la legalidad y el interés general de los administrados, el cual puede verse comprometido [siguiendo la posición de Carlos Creus][15] por el acto arbitrario mediante el

---

preeminente y en caso de que pudiera hallarse en oposición con los demás deberes, debe prevalecer." **FRISANCHO APARICIO**, Manuel, Op. Cit. p. 31.

[14] **ABANTO VASQUEZ Manuel A.** ***Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano.*** Segunda Edición. Palestra Editores. Lima. 2003. Pág. 17.
[15] **CREUS** Carlos. Op. Cit. Pág. 248.

cual el funcionario actúa más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aún por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la administración.

14. Posición que es aceptada en su mayoría por la doctrina nacional y extranjera[16], sin embargo, que sucedería si un funcionario público realiza una determinada conducta si el sustento legal con la finalidad de atender intereses de los ciudadanos, ¿atentaría con el bien jurídico "correcto ejercicio de la función pública"?, bueno la respuesta sería que no, esto en razón de que la ley no puede regular todas las situaciones de hecho que existen en la sociedad, y que con el tiempo se convierten mas complejas, en tal situación el funcionario o servidor publico tiene el criterio

[16] Fidel Rojas Vargas, refiere: "***El bien jurídico protegido específico de la norma penal de abuso de autoridad tiene como objeto asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, referenciándola con exclusividad en la obediencia a la Ley, el derecho y el ordenamiento jurídico, En la base fundante de la norma penal se halla el enunciado normativo que obliga al funcionario público a encausar sus actos de función en sujeción a los dispositivos legales que fijan y delimitan sus funciones y marco de atribuciones, cuando ellas sean insuficientes, a criterios de finalidad pública y de respecto a la dignidad humana y derechos fundamentales."*** **ROJAS VARGAS** Fidel. Op. Cit. Pág. 132. Por su parte, los autores Frisancho Apario y Peña Cabrera Raul refieren ***"Desde una doble perspectiva, la definición del bien jurídico Administración Pública comprende por un lado, el ejercicio de la función pública de acuerdo al deber (o si se quiere la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa), y por tanto, el interés del Estado en mantener la imagen de una aparato administrativo adecuado a los principios del Estado de Derecho."*** **FRISANCHO APARICIO,** Manuel. Op. Cit. Págs. 116-117. Los autores peruanos García Cavero y Castillo Alva refieren al respecto: ***"En nuestra opinión, el bien penalmente protegido por el delito de colusión desleal, como en todos los delitos de funcionarios, encuentra su fundamento en los deberes especiales atribuidos a los funcionarios públicos. Si bien podría decirse que el tipo penal apunta a proteger el patrimonio del Estado, el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio al Estado o al sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario público." (El subrayado es mío).*** **GARCIA CAVERO Percy** y **CASTILLO ALVA José Luis. "El Delito de Colusión".** Edit. GRIJLEY. 2008. Lima. Pág. 21. Finalmente los autores chilenos Politof S., Matus J., Ramirez C., refieren con respecto al bien jurídico protegido en los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública lo siguiente: ***"Es el recto funcionamiento de la Administración Pública, cuyos funcionarios tiene un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común, que justifica el diferente tratamiento penal que aquí se le dispensa, mediante la construcción de "delitos especiales", sin perjuicio de las particularidades de cada delito."*** **POLITOFF, Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G. María Cecilia,** ***Lecciones de Derecho Penal Chileno.*** Parte Especial. Segunda Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2005. Chile. Pág. 488.

discrecional de poder ejercer la función pública siempre y cuando, [siguiendo el criterio del autor nacional Fidel Rojas][17] ésta se encuentre dirigida al bienestar común, que dicha facultad discrecional se encuentre autorizada por la ley o al no estar autorizada no se encuentre prohibida, y que la conducta o supuesto de hecho no se encuentre regulada por la ley.

15. Por su parte el autor Manes Vittorio[18] manifiesta que la jurisprudencia – al menos en los casos de abuso de daño (correspondiente, en cierto sentido, al delito de 'Prevaricación' del art. 404º del Código Penal español) – a reconsiderar el bien jurídico desde una óptica de pluriofensividad que tenga en cuenta tanto el interés público al buen funcionamiento y transparencia de la Administración pública como el concurrente 'interés particular a no ser perturbado en sus derechos por el comportamiento ilegítimo del funcionario público'. Por tal vía, la Corte Suprema de Casación ha venido a reconocer a la persona que sufre el daño la cualidad de persona ofendida por el delito, con las consiguientes facultades de derecho sustancial y procesal que vienen atribuidas personalmente a ésta.

---

[17] **ROJAS VARGAS** Fidel. Op. Cit. Pág. 124 y 125.

[18] Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 3 marzo de 1999, Inchingolo, en Guida. dir, Nº 15, pp. 57 y ss., en donde, en efecto, se le reconoce al particular la legitimación para oponerse a la petición por parte del Ministerio Fiscal de archivar la demanda. Citada en MANES, Vittorio. *Bien jurídico y reforma contra los delitos de la administración pública*, Universidad de Bolonia. Pág. 2. http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artman.htm (ingresado el 20 de Julio del 2008).

16. Cabe señalar que el funcionario público se encuentra en la obligación de ejercer la función pública sin atentar a los intereses de la sociedad y el Estado, en mérito al que la Constitución le otorga, y que se encuentra estrechamente vinculado al bien jurídico protegido[19].

17. Siendo ello así, se puede advertir, que la actividad que realiza el funcionario o servidor público se encuentra expresamente regulada por la Constitución y la ley, y que por tal razón tiene el deber de ejercer la función pública sin atentar los intereses de la sociedad y del Estado ***(deber de garante)***[20].

18. En tal sentido, en el delito de Abuso de Autoridad se protege el correcto ejercicio de la función pública, el mismo que se desprende del sentido de la norma penal contenida en el Art. 376° del Código Penal, puesto que al ejercer un acto arbitrario que afecte los intereses de los ciudadanos en calidad de funcionario público y en ejercicio de sus funciones, se vulnera directamente la función pública.

---

[19] ***"En palabras de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, los delitos especiales propios o de infracción del deber son aquellos que tiene como presupuesto una previa e inicial vinculación institucional positiva (de fomento y ayuda), entre autor y bien jurídico, a diferencia de los delitos comunes o de dominio del hecho, en los cuales la vinculación entre autor y bien jurídico se produce recién con el comportamiento delictivo, de modo tal que si el delito no se hubiera producido no habría existido vinculación."*** Citado en Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles: "Delitos de funcionarios. Aproximación a su parte general", en Revista Canaria de Ciencias Penales, Nº 3, Julio, Las Palmas de Gran Canaria, 1999, p. 12.

[20] **Ibíd.** Pág. 102.

2.1.2 LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD.-

19. El autor alemán Claus Roxin[21] desde la perspectiva funcionalista, refiere que la consciencia de la antijuricidad significa, el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido, esto quiere decir que el sujeto comprende que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico y al Derecho, debido a la internalización en su consciencia respecto al carácter antinormativo de su comportamiento.

20. En tal sentido, la consciencia de la antijuricidad constituye un elemento indispensable para determinar la culpabilidad penal de cualquier sujeto, siempre y cuando el sujeto sea imputable penalmente.

21. Sin embargo, esta consciencia de la antijuricidad es distinta al conocimiento de la antijuricidad, por cuanto el conocimiento implica el saber de algún elemento de la antijuricidad, sea esta normativa o descriptiva, en cambio la consciencia de la antijuricidad en términos de Juan Bustos Ramírez[22] está referida a la comprensión cultural y social del individuo acerca de los valores y racionalidades concretas que informan el sistema jurídico y político en que vive y participa.

---

[21] **ROXIN**, Claus. ***Derecho Penal, Parte General***, Tomo I, Trad. de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García de Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas, 1997. Págs. 866-867

[22] **BUSTOS RAMIREZ**, Juan. ***Obras Completas,*** Tomo II Control Social y otros estudios, ARA Editores, Lima 2004. Pág. 337.

22. Siendo ello así la consciencia de la antijuricidad, tiene una importancia fundamental para establecer la culpabilidad de un determinado sujeto, puesto que sólo se requiere de una compresión de los valores que protege el ordenamiento jurídico, es decir comprender el carácter lesivo a la sociedad a causa de su comportamiento. Estos valores y racionalidades concretas que informan el sistema jurídico y político, tienen como base la protección del bien jurídico protegido, así lo entiende el autor chileno Juan Bustos Ramírez[23] para quien la conciencia y el error han de estar referidos a la valoración que sirve de base al injusto, en otras palabras al bien jurídico en cuanto desvaloración de la relación social (que abarca tanto el desvalor del acto como el desvalor del resultado).

23. Esta función que cumple el bien jurídico protegido respecto a establecer la valoración y/o comprensión de la antijuricidad, tiene su sustento en el objeto de protección de la norma penal que se sustrae del tipo penal, así se advierte del propio contenido del bien jurídico protegido en el Delito de Abuso de Autoridad, el cual está referido a la protección del correcto ejercicio de la función pública de parte del funcionario o servidor público, ésta última enmarcada al sometimiento del ejercicio de la función pública a la Constitución y la Ley y que tiene como finalidad el bienestar general de los ciudadanos. De ahí que la conducta antijurídica se vea reflejada en la contravención del marco normativo que regula la actividad

[23] Ibídem.

del funcionario o servidor público y la afectación al interés general de los ciudadanos.

24. Por su parte el autor alemán Günter Jakobs[24], manifiesta que el sujeto tiene consciencia de lo ilícito (antijuricidad), cuando lo ilícito le es ***conocido*** en el momento del hecho y de modo especificado, aún cuando sólo sea condicionadamente. Esto significa, que la consciencia de la antijuricidad es algo más que un simple conocimiento acerca de la contrariedad al Derecho, sino que constituye una valoración del fundamento material de la antijuricidad, es decir, de la perturbación social, es este último elemento el que se vincula íntimamente con la lesión al bien jurídico protegido en el delito de abuso de autoridad, puesto que el correcto ejercicio de la función pública tiene como sustento el bienestar de los ciudadanos, y que al ser esta lesionada, genera una perturbación o dañosidad social.

25. En consecuencia, se puede decir que la consciencia de la lesión al bien jurídico protegido en el delito de abuso de autoridad, más exactamente, la comprensión de que mediante el comportamiento realizado por el funcionario o servidor público, consistente en el incorrecto ejercicio de la función pública, se afectan los intereses de los ciudadanos y de la sociedad misma; tiene un papel fundamental, consistente en ser un medio para acceder a la consciencia de la antijuricidad, por cuanto el sujeto al tener consciencia de la lesión del bien jurídico como

[24] **JAKOBS**, Günther. ***Estudios de Derecho Penal***, Trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid. Editorial Civitas. 1.997. Pág. 657.

consecuencia de su comportamiento, tiene la posibilidad de comprender en que realiza un acto lesivo a la sociedad y por tanto contrario al ordenamiento jurídico en donde vive y participa.

26. Asimismo es necesario precisar, tal como lo expone el autor alemán Günter Jakobs[25], que la consciencia de la antijuricidad ha de referirse al momento del hecho, y que no es necesario una reflexión consciente, sino que al menos sea una experiencia liminar del injusto del comportamiento, lo cual se puede deducir de la configuración clandestina del hecho o del cerciorarse de no ser descubierto.

27. Esto nos permite señalar que la consciencia de la antijuricidad no consiste en una comprensión plena acerca de la antijuricidad de la conducta, sino una reflexión mínima sobre la antijuricidad de su conducta. Otra situación es acerca a lo referido a las circunstancias que permitan que el sujeto tenga la posibilidad de alcanzar la antijuricidad de su conducta, es decir, que no existe la consciencia de la antijuricidad, sino una posibilidad de esta.

28. Sin embargo, la posibilidad de consciencia de la antijuricidad constituye un supuesto de la culpabilidad penal, muy a parte de la imputabilidad, así opina el autor español Bacigalupo Zapater[26], para quien el principio de la responsabilidad penal establece que las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de

[25] **JAKOBS**, Günther. Op. Cit. Pág. 670.
[26] **BACIGALUPO ENRIQUE. Derecho Penal**. Parte General. 2da Edición totalmente renovada y ampliada. Editorial Hammurabi S.R.L. Argentina. 1999. Pág. 433-434.

su capacidad ético-social. Esta capacidad ético-social, está referido a la imputabilidad, mientras que la responsabilidad penal radica por el acto realizado por el sujeto, de ahí la necesidad de regular y sancionar aquellos actos en los cuales el sujeto tuvo la posibilidad de alcanzar la antijuricidad de su conducta.

2.2. LOS FACTORES QUE DETERMINAN EL CARÁCTER VENCIBLE DEL ERROR DE PROHIBICION EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.

2.2.1. ERROR DE PROHIBICION.-

29. El último elemento del hecho punible es la culpabilidad y uno de los aspectos negativos de este componente es el ***error***[27] de prohibición que se da si hay una consciencia equivocada de la antijuricidad de la acción. Así lo entiende el autor nacional Armaza Galdos[28], para quien el principio de culpabilidad recogido por el art. VII del Título Preliminar de nuestro texto punitivo exige la comprobación de la responsabilidad penal del

---

[27] El *error*, como se sabe, supone una *discordancia entre la conciencia del agente* y *la realidad*, esto es, puede suceder que se presente la conciencia y falte la realidad, o al contrario: que exista la realidad y falle la conciencia; por ello, se puede definir el *error jurídico penal* como un conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica. Esta noción, así precisada, se distingue de la de *ignorancia* entendida como una ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo; no obstante, adviértase, ambas ideas se asemejan desde el punto de vista del Derecho penal. Cfr. en **VELÁSQUEZ V., Fernando.** ***La teoría del error en el proyecto de Código Penal Colombiano de 1998***, Profesor emérito de la Universidad Pontificia Bolivariana. Colombia. http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/70.pdf. (artículo bajado el 20 de Julio del 2008).

[28] **ARMAZA GALDOS, Julio.** ***Error de Prohibición.*** Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 50, Año 1993 -Lima Perú. Pág. 1. http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/armaza1.pdf. (ingresado el 20 de Julio del 2008).

agente y ésta se da, entre otras razones, si tuvo el autor la posibilidad de comprender la ilicitud de su acción. En contraposición, si no estuvo en condiciones de apreciar la antijuridicidad de su acción, por desconocimiento (ignorantia legis), o porque creía actuar dentro de los márgenes de la norma jurídica que sin saberlo transgredió (error iuris), se dice que actuó en error de prohibición y su comportamiento, en ambos casos, será inculpable.

30. Es necesario, trazar primeramente las dos tesis o teorías que existen en la doctrina, que tratan de responder a la interrogante ¿El error de prohibición afecta el conocimiento de la antijuricidad o la consciencia de la antijuricidad?, a fin de determinar con ello, aquellos factores que permiten determinar la vencibilidad del error de prohibición.

31. La primer tesis, esta referida a la teoría del dolo, que fue fundamentada por Binding Normen[29], para quien está referida a la rebelión consciente del sujeto contra la norma y en consecuencia, aprecia culpabilidad dolosa cuando el sujeto actuó con consciencia de antijuricidad, siendo ello, esta teoría convierte a la consciencia de la antijuricidad como un presupuesto del dolo, conclusión que también es arribada por el autor alemán Hans Welsel[30], quien refiere que si el autor

[29] **BINDING** Normen citado en **ROXIN**, Claus. ***Derecho Penal, Parte General***, Tomo I, Trad. de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García de Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 863.

[30] **WELSEL Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Traducción y Notas por José Cerezo Mir. Edit. IB de F. Buenos Aires-Argentina. 2004. Pág. 162

no tiene consciencia de la antijuricidad su dolo queda excluido aunque actúe con pleno conocimiento del tipo.

32. La teoría del dolo, según lo expone Hans Welsel[31], desconoce la culpabilidad de la ética de la responsabilidad que no se agota en la falta de información jurídica, sino que se gradúa según la capacidad concreta del autor de comprender la antijuricidad del hecho o de su comportamiento. Al autor se le reprocha su resolución de voluntad antijurídica porque podía conocer su antijuricidad y por consiguiente omitirla. La teoría del dolo desconoce que el hombre tiene la responsabilidad de la corrección de su decisión, en la medida de su capacidad de conocimiento ético social; por ello, se le ha de reprochar su resolución de voluntad antijurídica sólo cuando conocía su antijuridicidad, sino también cuando podía conocerla.

33. Con esta aseveración, se puede advertir que a la teoría del dolo, le interesaba el conocimiento de la antijuricidad, o su posibilidad, sin importarle la consciencia o comprensión valorativa del carácter antinormativo y contrario a los principios éticos-sociales de una determinada comunidad. Lo cual no ocurre con lo sustentado por la teoría de la culpabilidad, que en términos de Welsel[32], se basa en el principio de responsabilidad, donde el hombre es responsable de la juricidad de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad de conocimiento ético-

[31] Ibíd. Pág. 166.
[32] Ibíd. Pág. 169.

social, la teoría del dolo se basa en cambio, en el principio del conocimiento, según el cual sólo le puede ser reprochado al hombre el contenido antijurídico de su decisión, si conoce su antijuricidad.

34. La teoría de la culpabilidad justifica su postura argumentando, que si el ordenamiento jurídico declara una determinada acción dolosa es socialmente insoportable (antijurídica), es porque el sujeto puede realizar también un examen de consciencia, reflexión o averiguación, esta valoración ético-social y de que cuando lleve a cabo la acción, por creer que se trata de un caso excepcional, se cerciore antes de que realmente sea así[33].

35. En tal sentido, la teoría de la culpabilidad, al involucrar al error de prohibición con la consciencia de la antijuricidad, nos permite establecer que la culpabilidad penal está referida a la comprensión o valoración ético-social que realiza el sujeto respecto al carácter antinormativo de su comportamiento, no siendo exigible el conocimiento del contenido antijurídico de su conducta para determinar su carácter reprochable.

[33] Cuando más fácil le es al autor la autodeterminación conforme a sentido, es cuando conoce positivamente la antijuridicidad, con indiferencia de que sea consciente de ella en el momento del hecho o pueda actualizar en seguida su conocimiento. (...) El autor encuentra mayores dificultades cuando no conoce la antijuridicidad, pero podía conocerla con un poco más de cuidado. Si hubiera podido conocer la antijuridicidad de su conducta, mediante un examen más detenido de conciencia, reflexión o consulta, etc., le debe ser también reprochada, aunque en menor medida que en el caso anterior. **WELSEL Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Traducción y Notas por José Cerezo Mir. Edit. IB de F. Buenos Aires-Argentina. 2004 Pág. 174.

36. En tal sentido, debemos partir de la idea de que la consciencia de la antijuricidad viene a ser el género en la culpabilidad, y el ***error sobre la antijuricidad o el error de prohibición***[34] viene a ser la excepción, esto en mérito de que la primera se presume, mientras que el segundo debe probarse mediante una argumentación convincente y razonable por parte del sujeto. Cabe señalar que ante la presencia del error de prohibición existe la antijuricidad del comportamiento, más no la consciencia de la misma.

---

[34] El error es el conocimiento deficiente o insuficiente de la verdad, es decir, una desviación del juicio. Comprende pues, también la ignorancia que es un error total, así como el error es una ignorancia parcial. **MAGGIORE** Guiseppe. ***Derecho Penal. Vol. I. Derecho Penal-El delito.*** Reimpresión a la Segunda Edición. Editorial TEMIS, Bogotá. 1985. Para el autor nacional Hurtado Pozo, el error significa que ***"Se trata de una falsa representación de la realidad o de su ignorancia. (...) Esa falsa representación de la realidad, es un elemento psicológico que el juzgador deberá determinar al momento de la imposición de la pena, teniendo en cuenta los medios probatorios que acrediten dicho error, siempre teniéndose en cuenta el principio de la culpabilidad, es decir que el proceso penal se debe demostrar el conocimiento exacto o eventual de la antijuricidad del sujeto al momento de cometer el hecho punible".*** Asimismo el mencionado autor hace una referencia con respecto a los tipos de errores que el anterior Código Penal regulaba, estos a saber: "***Error de hecho.- El error de hecho se presenta cuando el agente tiene una equivocada representación de una circunstancia a que se haga referencia en el tipo legal, a través de los denominados 'elementos descriptivos y normativos'. El error puede ser cometido en relación con la calidad de la víctima (por ejemplo, edad de un menor que sufre un atentado contra el honor sexual), con la naturaleza del objeto sobre el que recae la acción delictuosa (el carácter ajeno de la cosa mueble en el delito de hurto), con las circunstancias agravantes o atenuantes específicas. Error de derecho.- "El autor que desconoce el carácter ilícito de su acto, obra bajo la influencia de un error de derecho. El es consciente de todos los elementos típicos del acto ilícito, pero lo considera permitido. El error de derecho es, pues, una falsa apreciación jurídica de la realidad conocida. El error de derecho reposa en la ignorancia, en el conocimiento deficiente de la norma o sobre el hecho de que el autor crea en la existencia de una causa justificante. En cuanto a esto último, se distinguen tres casos: el autor cree, por error, en la existencia de una circunstancia de justificación que el ordenamiento jurídico no considera; él desconoce los límites de una justificante reconocida por el ordenamiento jurídico y, por último, considera por error que se presentan las circunstancias materiales de una causa de justificación. Para algunos autores, este último caso es, en realidad, un error de hecho. Para otros, debe ser considerado como un error de derecho. En nuestra opinión, ésta es la posición correcta".*** **HURTADO POZO**, José. ***Manual de Derecho Penal.*** EDDILI, Segunda Edición, Lima-1987, Pág. 345-346.

37. El ***"error de prohibición",*** en términos de Hans Welzel[35] se trata cuando el autor o no conoce la norma jurídica o la desconoce (o la interpreta erróneamente), o acepta erróneamente un fundamento de justificación. Esta definición está referida con respecto al conocimiento de la antijuricidad, el mismo que tiene sustento de la corriente finalista, lo cual discrepamos de ella, por cuanto lo que el error de prohibición afecta no es el conocimiento sino la consciencia de la antijuricidad, es decir, se refiere a la falta de la consciencia de la antijuricidad que tiene el sujeto por razones ajenas a su comportamiento, o existe una consciencia equivocada sobre la antijuricidad, lo cual le induce a creer que su conducta no se encuentra prohibida, o a creer en una causa de justificación que en la realidad no existe, [del mismo parecer el autor alemán Claux Roxin][36] desde la corriente funcionalista.

38. Es así que el autor alemán Edmund Mezger[37], señala que el error de prohibición es el error sobre la antijuricidad, el autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido [similar posición comparte el autor argentino Marquardt][38]. Es decir, el sujeto sabe que su acción constituye delito, pero cree que dicha acción no se encuentra prohibida, por una circunstancia ajena a él. Esto nos permite señalar que para

---

[35] **WELSEL** Hans. Derecho Penal. Parte General. ROQUE DEPALMA EDITOR. Buenos Aires. 1956. Pág. 177

[36] ***"Concurre en error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida. Por ejemplo alguien graba en una cinta magnetofónica sin que lo sepa su interlocutor, la conversación telefónica que está manteniendo, no se le pasa por la cabeza la idea de que eso pueda estar prohibido."*** **ROXIN**, Claus. Op. Cit. p. 861.

[37] **MEZGER**, Edmund. Derecho Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina, Julio de 1958. Buenos Aires- Argentina, Pág. 249.

[38] **MARQUARDT,** Eduardo H. **Temas Básicos de Derecho Penal.** Abeledo-Perrot. Buenos Aires-Argentina. 1997. Pág. 127.

establecer la presencia del error de prohibición en una determina conducta es necesario la ausencia total de la consciencia de la antijuricidad por parte del sujeto.

39. Por su parte es el autor alemán Günter Jakobs[39] quien realiza una definición completa y más exacta respecto al error de prohibición, al establecer que el autor puede suponer erróneamente que su comportamiento no constituye injusto (idea equivocada positiva) o no puede pensar en absoluto en el injusto (ausencia de la idea), aquí el elemento común está referido a la ausencia de la idea correcta sobre le injusto de la conducta. Con esta definición se establece que el error de prohibición es una situación que afecta o bloquea la consciencia de la antijuricidad, la inducir al sujeto que su conducta no es antijurídica, a pesar que en la realidad lo es, o impedirle tener la consciencia sobre la antijuricidad de su conducta.

40. Posición similar parece adoptar el autor Argentino Raúl Eugenio Zaffaroni[40], para quien el error de prohibición es el que recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta, añade asimismo, que el error de prohibición siempre impide la comprensión de la antijuricidad cuando es invencible, pero a veces lo hace porque afecta a la posibilidad del conocimiento de la misma, en tanto que en otras hay conocimiento de la antijuricidad, pero no puede exigirse la comprensión de la misma.

---

[39] **JAKOBS**, Günter, Op Cit. Pág. 673.
[40] **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl. ***Manual de Derecho Penal (Parte General)***. Ediciones Jurídicas. Lima. 1994. pág. 543 y 544.

41. Esta comprensión de la antijuricidad, en términos de Zaffaroni, resulta ser lo que para Jakobs es la conciencia de la antijuricidad o de la ilicitud, por cuanto lo que afecta el error de prohibición resulta ser la comprensión o entendimiento acerca de la valoración ético social de las normas y principios que rigen en una determinada comunidad, tal como lo asevera en forma acertada el autor Chileno Juan Bustos Ramirez.

42. Un claro ejemplo de error de prohibición en el delito de Abuso de Autoridad, se da cuando el funcionario hubiese creído tener facultades para actuar como lo hizo. No se trata de una equivocación sobre lo fáctico, sino de la imposibilidad, dada por algún motivo suficientemente serio que le haya impedido ser motivado por la norma. Sobre el tema ha resuelto la Corte de Casación de Concepción del Uruguay de la siguiente manera: ***"No comete el delito de violación de deberes de funcionarios públicos quien realizó el acto imputado (omisión de instruir acto policial) debido a un error de interpretación".***[41]

43. Sin perjuicio de lo antes afirmado, es menester exponer la concepción particular que realiza un sector de la doctrina penal respecto a la definición del error de prohibición, para ello tomaremos la postura del autor español Enrique Bacigalupo, para quien el error de prohibición, no se trata exclusivamente de la ausencia de la consciencia de la antijuricidad, sino está referido a la ausencia de la conciencia de la

[41] **TERRAGNI**, Marco Antonio. **Delitos *propios de los Funcionarios Públicos***, 1ra reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo. Madrid, España. Pág. Nº 86. http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=sRwqvPb7wuMC&oi=fnd&pg=PA29&dq=funcionario+publico%2Berror+de+prohibicion&ots=1UTj1QMh7G&sig=Q_iD2uauFjTZ_KwRKFn3JfGFr0w#PPA1,M1 (ingresado el 20 de Julio del 2008).

punibilidad del comportamiento, es decir, el sujeto no comprende que su comportamiento se encuentra sancionado penalmente. Postura que no toma en consideración la consciencia acerca del carácter contradictorio al ordenamiento general del comportamiento, sino que se refiere a la conciencia del quebrantamiento del ordenamiento jurídico penal.

44. Esto implica que el sujeto debe conocer que su conducta constituye delito a fin de establecer su culpabilidad penal, sin embargo, como el propio autor lo acepta, ante la presencia de un error de prohibición también se configuraría el error de la punibilidad, por cuanto el que cree no obrar en forma contraria al ordenamiento jurídico (antijurídica) también cree no cometer un delito, por cuanto la asimilación de su conducta como contraria al ordenamiento jurídico y sobre todo a la valoración global de su comportamiento que afecta a la sociedad le induce o le hace presumir que su comportamiento puede ser considerado delito, y por ello, ante el error de dicha apreciación es de aplicación el error de prohibición.

45. Es por tal, razón de que el error de prohibición no se encuentra referido a la desconexión entre el sujeto y el conocimiento de la antijuricidad, sino está referido a la conciencia de la antijuricidad, la misma que no esta referido al conocimiento de la norma penal, sino de la valoración o comprensión de todo el ordenamiento jurídico que afecta los valores y principios asumidos por una determinada comunidad.

46. El error de prohibición tiene su fundamento de que el Estado no puede sancionar aquellas conductas en la cuales el sujeto no pudo reflexionar o cerciorarse sobre la antijuricidad de su comportamiento, puesto que dicha consciencia no se le puede ser exigido cuando este haya creído erróneamente que su comportamiento se encontraba permitido por el ordenamiento jurídico, imponer una pena carecería de todo sentido, y se atentaría con la propia dignidad de la persona, así lo refiere el autor chileno Juan Bustos Ramírez[42], para quien es necesario que se exija una determinada conciencia valorativa para la imposición de la pena, es decir la exigencia de la consciencia de la antijuricidad para establecer la responsabilidad penal de sujeto.

47. En tal sentido, es menester señalar las formas de error de prohibición que la doctrina a aceptado en su mayoría, para ello nos remitiremos a lo señalado por el autor español Enrique Bacigalupo[43], quien refiere como casos de error sobre la prohibición aquellos en los que el autor haya tenido un conocimiento correcto de las circunstancias determinantes de la ilicitud, pero ha obrado creyendo que la realización del tipo no estaba prohibida por la ley (en su caso: no haya obrado en la creencia de que la realización de la acción no estaba ordenada por la ley. Bajo estas condiciones, la creencia errónea que está obrando lícitamente puede asumir diversas formas: a) Puede provenir del desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción (error de prohibición directo). Por ejemplo: un turista norteamericano supone que en España no

[42] **BUSTOS RAMIREZ**, Juan. Op, Cit, Págs. 324-325.
[43] **BACIGALUPO**. Op. Cit. Págs. 429-430.

se prohíbe la portación de armas de fuego. b) La creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir también de una apreciación errónea del alcance de la norma (prohibición o mandato). Este supuesto no es sino una variedad del anterior, Por ejemplo, el autor cree que la prohibición de matar no alcanza a los casos de eutanasia. c) La creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir, por otra parte, de la suposición de una causa de justificación que, en realidad, el ordenamiento jurídico no prevé (error de prohibición indirecto). Por ejemplo, el autor cree que el ordenamiento jurídico autoriza a los maestros a aplicar castigos físicos a los alumnos con fines educativos, cuando tal autorización no está prevista en las leyes vigentes. d) Por último, la creencia errónea de obrar lícitamente puede provenir de la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el autor supone erróneamente la necesidad de sacrificar un bien jurídico para salvar otro de mayor jerarquía o cree ser agredido en forma antijurídica, cuando en verdad sólo se trata de una broma y repele lo que cree una agresión.

48. En la doctrina nacional y mundial, se encuentre plenamente reconocido tanto doctrinaria y legislativamente el error de prohibición, tanto en su carácter invencible como invencible, esta clasificación se realiza no tanto con respecto al objeto materia de error, sino está referido a la forma de cómo puede este puede evitarse o no, lo cual permite al juzgador establecer y aplicar determinadas consecuencias jurídicas de las

mismas, tales como la exculpación de la responsabilidad penal como la atenuación de la pena.

49. En tal sentido, comencemos con la definición del ***error de prohibición invencible***, el cual consiste en la ausencia de la consciencia de la antijuricidad, sea esta por desconocimiento, interpretación errónea, o la creencia de una causa de justificación o supuesto de esta última, que el sujeto no pudo prever ni evitar, y por lo tanto una la falta de culpabilidad de su comportamiento, deviniendo en inaplicable la imposición de la pena. Esto en razón de que no se puede sancionar a aquel que pese a los esfuerzos que ha realizado no pudo salir del error de prohibición al que se encontraba inmerso.

50. Sin embargo, existe la posibilidad que éste haya accedido a la consciencia de la antijuricidad por determinadas circunstancias y no haber empleado los esfuerzos suficientes para salir del error de prohibición, en este supuesto estamos ante la presencia del error de prohibición vencible.

51. Comparte con esta definición el autor Argentino Raúl E. Zaffaroni[44], quien manifiesta que el error evitable, es el caso en que el autor obra pensando en una posible prohibición, existiendo una alta posibilidad de que su conducta esté repudiada por una norma, aquí es donde se analiza la capacidad del autor, o sea no ya el error en sí mismo, sino la posibilidad de comprender mínimamente la conducta delictual. O sea, si el

[44] **ZAFFARONI**. Eugenio R. Op. Cit. Pág. 694.

autor tuvo motivos como para caer en un margen de "duda" respecto de su comportamiento, o también, es aquel que cuya superación puede exigírsele al autor y por consiguiente, es el error reprochable a éste.

52. Para la doctrina mayoritaria, la evitabilidad del error de prohibición se determina en razón de dos baremos: por un lado ***las razones que pudiera haber tenido el sujeto para preguntarse por la antijuricidad de su comportamiento***, y por el otro lado, ***la posibilidad de obtener una adecuada información sobre el Derecho que le hubiese permitido representarse la ilicitud del hecho***, asi refiere el autor nacional Carlos Ávalos Rodríguez[45].

53. En tal sentido, el tema referido a las razones que permitan al sujeto cerciorarse sobre la antijuricidad de su conducta, ha sido materia de discusión por la doctrina, y el cual resulta ser una problemática a resolver, tal como lo expone acertadamente el autor español Jesús María Silva Sánchez[46] quien refiere que la determinación entre el error de prohibición

---

[45] **GACETA JURIDICA.** ***Código Penal Comentado,*** Tomo I Titulo Preliminar. Parte General, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición. Lima. 2004. Pág. 484.

[46] ***"En la teoría del error de prohibición se dan problemas de fondo, cuyo planteamiento y resolución trascienden probablemente a la ya tradicional disputa entre teorías de dolo y teorías de la culpabilidad. Dos de los más significativos de tales problemas son, sin duda los relativos al sentido de los términos 'conocimiento' y 'antijuricidad', es decir a su extensio conceptual. En efecto como ya se advertirá al pronto, cuándo haya un conocimiento de la antijuricidad y cuando no, dando lugar a un error de prohibición, es, en principio, cuestión independiente de las repercusiones sistemáticas del error de prohibición vencible, concretamente, de si el mismo excluye una culpabilidad dolosa, manteniendo, en su caso, la imprudente, atenúa la culpabilidad por un injusto doloso, o según, propone una reciente doctrina, excluye el injusto doloso, dejando subsístente el imprudente."*** **SILVA SÁNCHEZ,** Jesús Maria. ***Estudios de Derecho Penal,*** Primera Edición, Editorial Grijley, Lima, 2000. Pág. 103.

invencible y vencible, y respecto al fundamento de sus consecuencias jurídicas resulta ser una problemática actual pendiente de resolver.

54. En tal sentido, la determinación de aquellas razones que hubiera tenido el sujeto para cerciorarse o reflexionar sobre la antijuricidad de su comportamiento, constituyen presupuestos para establecer la posibilidad de la consciencia de la antijuricidad, y por ende cumplir con la exigencia de la posibilidad de consciencia valorativa para establecer el error de prohibición vencible, siendo la imposición de la pena completamente justificada, por cuanto el sujeto estuvo en la posibilidad de reflexionar o informarse sobre el carácter antijurídico de su comportamiento, pero no lo hizo, y decidió realizar el evento delictivo, por una circunstancia atribuible a su cargo.

55. Dicha imposición de la pena, debe ser atenuada, por cuanto no estamos ante la presencia de una consciencia de la antijuricidad, sino de una posibilidad de esta, así parece el entender del legislador nacional al establecer en la parte in fine del segundo párrafo del Art. 14° del Código Penal que en caso de error de prohibición vencible se atenuará la pena.

56. Sin embargo, el autor español Bajo Fernández[47] discrepa con esta postura al señalar que el error de prohibición vencible tendría los mismo efectos que el error de prohibición invencible, es decir la exclusión de la pena, esto como medida para que no se afecte la dignidad de la persona,

[47] **BAJO FERNANDEZ**, Miguel. ***El Error de Prohibición en el Derecho Penal Económico.*** http://www.miguelbajo.com/publicacion/normal/026.pdf (ingresado el 29 de Julio del 2008).

cuando se trata de la exigencia del conocimiento de la norma, es decir, el conocimiento del mandato imperativo de la norma, postura muy interesante, pero padece de ciertos defectos, puesto que en el error de prohibición no se afecta el conocimiento de la antijuricidad, sino la consciencia de la antijuricidad, en tal sentido el conocimiento del mandato imperativo de la norma penal no es objeto del error de prohibición sino el objeto esta referido a la valoración o comprensión global que realiza el sujeto respecto de que su comportamiento afecta los intereses de una determinada comunidad o sociedad. En tal sentido, si el sujeto tuvo la posibilidad de acceder a la consciencia de la antijuricidad de su comportamiento, es porque este pudo haber valorado o comprendido que su comportamiento es contrario al ordenamiento jurídico no por un posible conocimiento de la norma sino por una posible comprensión del carácter lesivo de su conducta con respecto a la sociedad, y por tanto merece la imposición de la pena atenuada conforme al principio de la proporcionalidad de la pena.

57. Es así que la posibilidad de acceder a la consciencia de la antijuricidad por parte del sujeto respecto a su comportamiento, determina el carácter vencible del error de prohibición al que se encuentra inmerso. En tal sentido, la ***posibilidad de la consciencia de la antijuricidad***[48]

---

[48] La posibilidad de la consciencia de la antijuricidad es explicada por el autor español Enrique Bacigalupo quien refiere que ***"La primera condición de la capacidad de motivarse por el derecho (penal) es la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico penal del hecho cometido. (...) Las teorías tradicionales consideran aquí la cuestión del conocimiento de la antijuricidad, con lo cual la culpabilidad desaparece cuando el autor ha obrado con un error sobre aquella, es decir, sobre la prohibición del hecho, para lo cual únicamente se requiere el error sobre la antijuricidad material".*** **BACIGALUPO ENRIQUE. Derecho Penal.** Parte General. 2da Edición totalmente renovada y ampliada. Editorial Hammurabi S.R.L.

constituye el medio para establecer cuando nos encontramos ante un error de prohibición vencible, en tal sentido es necesario determinar cuáles son aquellos factores que permitan al sujeto alcance la posibilidad de consciencia de la antijuricidad.

58. Así parece entenderlo Enrique Bacigalupo[49] cuando refiere que si se toma en cuenta la exigencia de una posibilidad de conocimiento como elemento de la capacidad de culpabilidad y se la compara con la solución dada para el error evitable sobre la antijuricidad por el art. 35° del Código Penal español, se refuerza al máximo la tesis según la cual la consciencia de la antijuricidad sólo requiere potencialidad. En efecto, esto es lo que se desprende del mantenimiento de la punibilidad para los casos de error evitable sobre la antijuricidad. Si en cambio el código hubiera eliminado totalmente la punibilidad, ello demostraría una exigencia actual, en el momento del hecho (de la conciencia de la antijuricidad), pues de no concurrir ella de esta forma, faltaría un elemento sin el cual la punibilidad es imposible (por falta de dolo).

Argentina. 1999. Pág. 425. Sin embargo hay que distinguir esta posibilidad con la duda sobre la consciencia de la antijuricidad, pues esta última se refiere cuando el sujeto tiene dudas sobre la antijuricidad de su conducta, pero a pesar de ello decide realizar el evento delictivo, la doctrina la denomina "***consciencia eventual de la antijuricidad*** " o ***"consciencia condicionada de la antijuricidad***", en tal sentido dicha duda es equivalente a certeza de la consciencia de la antijuricidad por su alta probabilidad de consciencia de la antijuricidad, y por lo tanto sería inaplicable el error de prohibición invencible o vencible, puesto que en el error de prohibición existe una falsa representación de la antijuricidad, creyéndola inexistente, de ahí la diferencia entre ambas figuras y de las consecuencias jurídicas que generan, ya que en la primera la penalidad se aplica sin atenuación alguna, mientras que en la segunda, se excluye la pena cuando es del tipo invencible, y se atenúa cuando es del tipo vencible.

[49] **BACIGALUPO,** Enrique. **Error y Tipo**. Cooperación de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1993. Pág. 103.

59. Para ellos partiremos, desde la perspectiva del bien jurídico protegido como elemento objetivo de la antijuricidad, y del cual recae la posibilidad de consciencia sobre su lesión. Se sabe que el bien jurídico protegido en el Delito de Abuso de Autoridad es el correcto ejercicio de la función pública, el mismo que consiste en el ejercicio regular conforme a la Constitución y las leyes, y con la finalidad de generar el bienestar común de los administrados, en consecuencia, la posibilidad de la consciencia de la antijuricidad debe recaer en estos dos elementos (***legalidad*** y ***finalidad de bienestar general***).

60. Desde dicha perspectiva, tanto la legalidad de la función y su carácter teleológico de bien común, cumplen su rol de ser supuestos de un correcto ejercicio de la función, pero además nos permiten establecer los criterios que permitan a todo sujeto pueda acceder a la posibilidad de deducir el carácter antijurídico de su comportamiento en el delito de Abuso de Autoridad, y con ello determinar el ***carácter vencible del error de prohibición***.

2.2.2. <u>ERROR DE PROHIBICION INVENCIBLE.-</u>

61. Al decir de Donna y de la Fuente[50] entre otros destacados autores, toda problemática del error de prohibición gira entorno a una idea central:

[50] **DONNA**, Edgardo A. y **DE LA FUENTE** Javier, *Código Penal Comentado, "Comentario al artículo 22 del Código Penal del Paraguay",* T. I, ED. Ediciones Bibliográficas Jurídicas, Paraguay, Ed. 2000. Citado en **SPÓSITO, Carolina**. ***Error de Prohibición.*** Nº 95. Tutor: Guillermo Navarro. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Carrera de Abogacía. Universidad de Belgrano, Departamento de Investigación. Buenos Aires Argentina. Agosto

si el autor pudo o no motivarse en la norma. Agregan que para que haya una verdadera motivación el sujeto debe ser capaz y tener la posibilidad de conocer la específica prohibición de su conducta.

62. Es así que el autor español Gómez Benitez[51] desde un criterio objetivo, parte de la situación concreta del sujeto, es decir cualquier persona que se encontrase en la misma situación podría haber realizado una serie de comprobaciones que le hubieran permitido esclarecer el carácter antijurídico de su comportamiento. Este criterio se relaciona mucho con la teoría del ***hombre medio***, sin embargo condice con el principio de la culpabilidad individual del sujeto, el cual significa que se sanciona por la responsabilidad individual (subjetiva) de cada sujeto.

63. Por su parte el autor español Octavio de Toledo-Huerta[52] vincula el criterio de evitabilidad del error de prohibición con la capacidad del sujeto, el cual consiste en que el sujeto hallándose en condiciones de conocer el carácter de su conducta, no lo ha conocido por causas achacables a él (descuido, indiferencia, desidia, precipitación, etc.). Sin embargo dicha posición confunde entre la consciencia de la antijuricidad y la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, puesto que la segunda se refiere a la capacidad de comprender la norma y obrar según esta comprensión, es decir cuando se encuentra en condiciones de captar el sentido de la norma y de motivarse por ella, en cambio la consciencia de

---

2003. http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/95_sposito.pdf (ingresado el 20 de Julio del 2008)

[51] **BACIGALUPO**. Op Cit. Pág. 437.

[52] Ibíd. Págs. 437-438.

la antijuricidad está referida a la comprensión o valoración del carácter prohibido del comportamiento, en tal sentido, lo que importa para establecer el carácter vencible del error de prohibición no es la capacidad, sino aquellos elementos que permiten su determinación teniendo como fin la posibilidad de la consciencia de la antijuricidad[53]

64. Sin embargo, es la doctrina alemana la cual ha desarrollado a mayor profundidad con respecto a los criterios de determinación del carácter vencible del error de prohibición, doctrina que según términos del autor español Bacigalupo Zapater[54], establece que la evitabilidad presupone que el autor haya tenido: ***Razones para pensar en la antijuridicidad***, es decir, que las circunstancias sean tales que haya cabido preguntarse por la infracción de la norma. ***La posibilidad de obtener una correcta información sobre el derecho***, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento.

65. Por su parte la jurisprudencia alemana[55], ha sostenido un punto de vista extremo, al considerar que todos lo hechos inducen al sujeto a pensar sobre la antijuricidad de su comportamiento, es decir el actuar

---

[53] Ibídem.
[54] Ibíd. Pág. 439.
[55] El *BGH* fundamentó este punto de vista de la siguiente manera: "no todo error de prohibición excluye el reproche de culpabilidad. Las carencias de conocimiento son en cierta medida subsanables. Las personas, en tanto están estructuradas sobre su autodeterminación moral libre, están en todo momento llamadas, como partícipes de una comunidad jurídica, a comportarse de acuerdo al derecho y a evitar lo ilícito. Este deber no se satisface si ellas sólo dejan de hacer aquello que resulta a sus ojos claramente ilícito. Por el contrario, las personas tienen que tomar conciencia, *ante todo lo que piensan hacer,* de si ello está en consonancia con los principios del deber jurídico. Las dudas se deben despejar mediante reflexión o informándose". Citado en **BACIGALUPO ENRIQUE. Derecho Penal**. Parte General. 2da Edición totalmente renovada y ampliada. Editorial Hammurabi S.R.L. Argentina. 1999. Págs. 439-440.

constituye por si misma una razón para pensar en la antijuricidad, porque el sujeto se encuentra con el deber jurídico de informarse.

66. Este criterio se sustenta con el de evitavilidad del error de prohibición por ***infracción deber de informarse***, el cual implica que todo sujeto en el momento de la comisión del delito, debe reflexionar sobre el carácter antijurídico de su comportamiento, por el deber jurídico. Posición que por obvias razones resulta del todo inaplicable, puesto que todos los ciudadanos tendrían que reflexionar o informarse si sus conductas son antijurídicas o no, lo cual atenta con la libertad individual, de hacer todo lo que no está prohibido, y paralizaría la vida en sociedad.

67. Asimismo, carece de fundamento, al señalar que todos los hechos constituyen circunstancias para que el sujeto reflexiones sobre la antijuricidad de su comportamiento, puesto con esta opción se estaría negando la presencia del error de prohibición invencible en todos los delitos, lo que atentaría con el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva.

68. Siendo ello así, pasaremos a determinar aquellos factores que determinan el carácter vencible del error de prohibición, para tal efecto adoptaremos tanto las posiciones de la teoría finalista como funcionalista, partiendo desde la perspectiva que la culpabilidad penal está referido a la consciencia de la antijuricidad (percepción o representación), es decir como la comprensión del carácter antijurídico de la conducta, puesto que

el conocimiento de la antijuricidad exige que el sujeto tenga que saber que su comportamiento es contrario al ordenamiento jurídico o inclusive como una cierta parte de la doctrina señala, que el conocimiento de la antijuricidad está referido al conocimiento de carácter delictivo o punible, lo cual implicaría que el autor deba conocer que su acto constituya delito, resultando de esta manera, que muchos delitos que tienen un connotación especial por estar referido a ámbitos o sectores donde se realiza la conducta o el comportamiento delictivo que requieren el conocimiento de determinadas normas especiales de función y de carácter penal, tal es el caso del delito de Abuso de Autoridad, serían impunes por cuanto el sujeto no conocía que su conducta era delito, por causal de desconocimiento de la misma, o desconocía que dicha conducta se encontraba prohibida por el ordenamiento jurídico configurándose según esta perspectiva el error de prohibición, sin embargo, dicho desconocimiento estaría referido al error de prohibición sino a la figura jurídica del error de tipo, en el cual el desconociendo de un elemento normativo o descriptivo del tipo, excluiría el dolo, en cambio, en el error de prohibición, lo que ocurre es la afectación o alteración personal, respecto a la comprensión o representación del carácter contrario al Derecho u ordenamiento jurídico del comportamiento o conducta típica del sujeto, posición que con más detalle se expuso párrafos atrás del presente trabajo.

69. Siendo ello así, en los párrafos siguientes, se expondrá aquellos factores que permiten al sujeto tener la posibilidad de acceder a la

consciencia de la antijuricidad partiendo desde la perspectiva del bien jurídico protegido en el delito de Abuso de Autoridad.

A.- FACTOR NORMATIVO-LESIVO.-

70. El autor alemán Günter Jakobs[56], refiere que la vencibilidad del error de prohibición está orientado al fin preventivo general que persigue la norma penal, donde se trata de establecer los factores psíquicos del error que el autor puede invocar en su beneficio y cual son aquellos por los que él mismo tiene que responder, a partir de estas premisas la evitabilidad del error de prohibición depende de si el autor es o no competente (responsable) respecto del defecto de consciencia de la antijuridicidad. En tal sentido, si el error recae en ***normas fundamentales***, es decir normas cuyo contenido es evidente en una sociedad determinada, siendo ello así, en el campo de estas normas, las razones para pensar en la antijuricidad

---

[56] "Error sobre los fundamentos. Si al autor le falta la consciencia de la antijuricidad en una infracción situada en el núcleo de las normas centrales, es decir, de aquellas normas que sólo pueden revocar mediante un acto de revolución social o social, la inevitabilidad de este error cabe concebirla en personas pertenecientes a otras culturas.[56] En la medida en que el autor pueda aportar razones especiales por la que se dificulta la comprensión -mediante socialización en parte extraña- de lo ilícito, el error puede exculpar; de lo contrario, no. Error en el ámbito disponible. Aquí el contenido de la norma se retira para dar paso a su fundamento de validez. En la medida en que un simple error puede excluir o disminuir la culpabilidad –sin especial estado psíquico y sin posibilidad de culpar a otro-, ya no se trata de la estabilización de normas con contenidos en atención a esos contenidos, pues el error sobre el contenido se considera que cabe perdonarlo sin estado psíquico especial.(...) Se estabiliza sólo el fundamento de validez de la norma, es decir, la obligatoriedad propia de todas las normas dictadas, por haberse promulgado en el procedimiento previsto a tal efecto". **JAKOBS, Günther.** Estudios de Derecho Penal, Trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Editorial Civitas, 1.997, Págs. 660 y 661.

(consciencia) por parte del sujeto, sólo pueden faltar si este presenta un ***"déficit de socialización"*** (por ejemplo, porque pertenece a una cultura diversa, en la que tales normas no son reconocidas).

71. Dentro de las normas fundamentales, también se encuentran aquellas ***normas que regulan un ámbito vital*** en la que el autor ha actuado un tiempo considerable, por ejemplo las normas que regulan una actividad profesional. Por su parte las ***normas disponibles***, por el contrario, el autor no puede invocar en su descargo un déficit real de conocimiento jurídico, si la norma hubiera entrado en su conciencia, en el caso de que hubiera tenido una suficiente disposición de cumplir la norma.

72. En tal sentido, las razones para pensar en la antijuricidad del comportamiento se deben referir a parte de la regulación del ámbito de actividad del sujeto o agente delictivo, tal como lo refiere Jakobs, se deben referir además de aquellas circunstancias de hecho que proporcionen al sujeto un indicio de la posibilidad de la consciencia de la antijuricidad, estas circunstancias según un sector de la doctrina, están referidas **cuando el autor sabe que actúa en un ámbito en el que existe una regulación específica** y cuando **el autor es consciente de producir un daño a otro o a la sociedad**, así opinan Rudolphi[57], y Roxin[58].

[57] Rudolphi, excluye la disculpa del error inevitable en los casos de acciones realizadas dentro de un ámbito de actividades especialmente reguladas o en supuestos de normas fundadas en valores fundamentales del orden jurídico sobre la base de la "culpabilidad por la conducta vital" o de un "reproche mediato de la culpabilidad por el hecho". Citado en **BACIGALUPO**

73. Esta postura ratifica lo expuesto por Jakobs, con respecto al ámbito vital de la actividad del sujeto regulado por la normas fundamentales, con el saber que actúa éste en una actividad regulada específicamente por el ordenamiento jurídico, he aquí el primer elemento o factor delimitante entre la vecibilidad e invencibilidad del error de prohibición, el cual lo denominaremos ***factor normativo,*** pero este factor normativo no está referido al conocimiento de la norma, sino está referido a la comprensión y reflexión de parte del sujeto, con respecto a la regulación normativa de la actividad que realiza, esto debido a circunstancias de hecho que lo motivan o le inducen a reflexionar sobre la antijuricidad de su conducta.

74. Por su parte el autor español Enrique Bacigalupo, discrepa con esta postura, al señalar que al reducirse la capacidad individual de reflexión sobre la consciencia de la antijuricidad en determinados supuestos de hecho, se aparte de la cuestión de la capacidad personal del autor, para acercarse al criterio de evitavilidad por infracción del deber de informarse. Sin embargo, es necesario señalar que estas circunstancia no están referidas a todos los tipos delictivos que regula el Código Penal, sino que se refiere a determinados delitos (delitos especiales) donde la conducta delictiva

---

ENRIQUE. Derecho Penal. Parte General. 2da Edición totalmente renovada y ampliada. Editorial Hammurabi S.R.L. Argentina. 1999. Págs. 440-441.

[58] ROXIN, Claus. Op Cit. Pág. 885.

recae en la función o actividad propia que realiza el sujeto, y como consecuencia de ella se vulnera intereses de la comunidad.

75. Este el caso, del delito de Abuso de Autoridad, en el cual, el hecho de saber que se obra en una actividad regulada por un marco normativo especial y saber que se atenta a los intereses de los ciudadanos, se dan con mayor frecuencia, puesto como se puede advertir, el funcionario o servidor público como sujeto activo de delito, puede llegar a comprender de que su comportamiento (acción típica y antijurídica) se encuentra reglado y normado, y que afecta con su comisión los intereses de los ciudadanos y de la comunidad, por el hecho de realizar un incorrecto ejercicio de su función pública.

76. Lo expuesto se ratifica con lo establecido por el autor Alemán Claus Roxin[59], quien manifiesta que la capacidad (de ejercicio) de examinar la situación jurídica (motivo para cerciorarse) la posee quien sabe que se halla en un sector de la vida regulada jurídicamente por normas específicas (factor normativo), o quien es consciente de que perjudica a otro (factor lesivo). Agrega además que existen tres tipos de casos: a) Cuando al propio sujeto espontáneamente o por indicaciones de terceros, propia reflexión o por lecturas especializadas, le han surgido dudas. b) Cuando el sujeto no tiene dudas, pero sabe que se mueve en un sector que está sujeto a una regulación jurídica particular. c) Cuando el sujeto es

[59] **ROXIN** Claus. Op. Cit. Págs. 885-887

consiente de que su conducta perjudica a particulares o la colectividad.

77. El primer caso está referida a la duda sobre la antijuricidad de la conducta, la misma que está referido cuando el sujeto no convierte las dudas en motivos de ulteriores indagaciones, sólo existe aquí un auténtico error de prohibición cuando el sujeto reprime y no toma en serio sus dudas sobre el injusto, de modo que confía negligentemente en la conformidad a Derecho de su conducta. Este caso es aplicable al delito de Abuso de Autoridad, por cuanto el funcionario público al realizar un acto arbitrario, le surgen dudas acerca de carácter antijurídico de su conducta, por no encontrarse reglada a Ley o por falta de fundamentación de su decisión, sin embargo éste no se esfuerza por salir de dicha duda, y no la toma en serio, confiando negligentemente en la conformidad al Derecho, deviniendo en este sentido, el carácter vencible del error de prohibición.

78. También es vencible el error de prohibición cuando el sujeto no se esfuerza por alcanzar los conocimientos jurídicos necesarios, pese a que sabe que en el sector en el que pretende actuar está sujeta a una formación jurídica especial. Este caso, también se vincula con la regulación especial de la función que ejerce el funcionario público, en tal sentido, al realizar una acto arbitrario e ilegal en contra de una particular, sabe que su actuación o

comportamiento está sujeto a una normatividad especial por el cargo que desempeña, sin embargo éste no se esfuerza por averiguar si su conducta es antijurídica, mediante una lectura especializada del caso o por una consulta a su asesor legal, y comete el acto delictivo.

79. Y el último supuesto está referido cuando el sujeto es consiente de que con su conducta perjudica a otros o a la colectividad. Generalmente este caso se da cuando el sujeto sabe que infringe normas sociales elementales o de orden moral. Este caso, también se vincula con el delito de Abuso de Autoridad, desde la perspectiva del bien jurídico al cual protege, esto se da cuando el funcionario público al momento de realizar el acto arbitrario, es consciente que perjudica a un tercero o a un grupo de personas, por cuanto éste sabe que afecta los intereses de los ciudadanos o del bienestar común de la sociedad, como sería el caso, de impedir el trámite de una inscripción de una determinado acto jurídico en los Registros Públicos, afectando de está manera la seguridad jurídica que beneficia al particular y a la sociedad que participa conjuntamente con él.

80. Este factor se encuentra sustentando con lo que expone el autor alemán Hans Welsel[60], quien refiere que el autor tiene que poder ser consciente de la contradicción de su conducta con el orden de la comunidad, en la cual se basa la prohibición jurídico-penal y que es

[60] **WELSEL** Hans. Op. Cit. Pág. 186.

puesta de manifiesto por ésta. No es necesario, sin embargo, que el autor conociese o pudiese conocer el precepto jurídico (por consiguiente, la ley penal), o incluso la amenaza *de* la pena. No basta tampoco, sin embargo, con *que* el autor pudiese ser consciente de la mera inmoralidad de su conducta. Aquí la reprochabilidad del desconocimiento del injusto se basa en una falta de "esfuerzo *de la* conciencia". Al autor le puede ser reprochado el error mediante la propia reflexión sobre los valores ético-sociales fundamentales de la vida comunitaria que le rodea.

81. Cuando no exista ninguno de estos tres motivos para cerciorarse sobre la antijuricidad de la conducta, se habrá de apreciar un error de prohibición de tipo invencible que no ha tenido consciencia de la antijuricidad de su conducta.

B.- <u>FACTOR VOLITIVO</u>.-

82. Cuando el autor tuvo razones para pensar en la antijuricidad, tendrá que cerciorarse sobre significado jurídico de su conducta. Los medios señalados por la doctrina como idóneos para despejar la incógnita respecto a éste son la ***autorreflexión*** y la ***información en una fuente jurídica confiable***. La autorreflexión se caracteriza por un esfuerzo de conciencia para comprender la significación jurídica de su acción, es decir que el sujeto debe haber tenido un nivel suficiente de socialización respecto a regulación normativa de su

conducta, es así que sólo aquellas normas de comprensión y/o valoración general podrán ser objeto de autorreflexión por parte del sujeto [normas fundamentales en términos de Jakobs].

83. Esta autorreflexión llevada al campo del delito de Abuso de Autoridad, se encuentra plenamente justificada, por cuanto las normas que regulan la función pública tienen la connotación de ser comprendidas y valoradas jurídicamente por los funcionarios o servidores públicos, especialmente cuando se tratan de normas que regulan su actividad o función, por cuanto son de estricto cumplimiento y son cotidianamente ejercidas por éstos.

84. Por su parte, la información de una fuente jurídica confiable, parte de la necesidad que tiene el sujeto de poder salir del error al que se encuentra inmerso, mediante el acceso a fuentes confiables, tales como abogados, notarios, autoridades competentes y otros, donde puede comprender el carácter antijurídico de su acción.

85. Este tipó de información, en el delito de Abuso de Autoridad, desde la perspectiva del bien jurídico protegido es una característica inherente a ella, por cuanto durante el ejercicio de la función publica, el funcionario público tiene la potestad de recurrir a un órgano de asesoría legal, a fin de advertir la legalidad de los actos administrativos que crea, modifica o extingue. Sin embargo dicha potestad no obliga al funcionario o servidor público a verificar la

orientación que recibe, puesto esto permitiría una suerte de interminables búsquedas acerca del contenido jurídico de su actuación, limitándose aun más la libertad que éste goza, pues recordemos que la libertad de actuación de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones es limitada por la regulación especial que la ley realiza, tan sólo basta que este verifique la legalidad de su actuación de acuerdo a la información que recibe.

86. Por su parte el tratadista alemán Claus Roxin[61], opina que los presupuestos o requisitos para establecer la vencibilidad del error de prohibición son: a) Que el sujeto tiene que haber tenido un motivo para reflexionar sobre una posible antijuricidad de su conducta o para informarse al respecto (motivo para cerciorarse). b) Cuando exista un motivo, el sujeto o bien no debe haber emprendido ningún tipo de esfuerzos para cerciorase, o bien estos esfuerzos deben haber sido tan insuficientes que sería indefendible por razones preventivas una exclusión de la responsabilidad (la medida necesaria de los esfuerzos para cerciorarse). c) Cuando el sujeto, pese a existir un motivo, se ha esforzado en pequeña medida para conocer el derecho, su error de prohibición es sin embargo vencible solamente cuando uno de sus esfuerzos suficientes le habrían llevado a percatarse de una antijuricidad (la posibilidad de acceder al conocimiento de la antijuricidad en caso de realizar esfuerzos insuficientes.

[61] ROXIN Claus. Op. Cit. Pág. 885.

87. En el primer presupuesto, está referido a los factores normativos y lesivos que motivan al sujeto o autor para acceder a la consciencia de la antijuricidad, mientras que los dos requisitos siguientes están referidos al factor volitivo, el cual está referido al ejercicio de la capacidad de culpabilidad que tiene el sujeto de acceder a la posibilidad de la consciencia de la antijuricidad de su conducta cuando exista algún motivo (factor normativo y lesivo).

88. Los motivos por lo cuales el funcionario público puede reflexionar sobre una posible antijuricidad de su conducta o para informarse al respecto son la regulación especial de la actividad que realiza éste y donde recae las conductas delictivas y la consciencia del atentado a los intereses de los ciudadanos o de la comunidad en su conjunto expresado en ciertos valores éticos sociales.

89. Entendida la primera como el conjunto de normas, reglamentos y directivas que regulan el ejercicio de la función pública, que todo funcionario público entiende que está sometido, y que por lo tanto, ante las dudas con respecto al carácter antijurídico de su actuación funcional, le obligan a éste a cerciorarse o verificar sobre la legalidad de su acto, recurriendo a la información que pueda tener (reglamento y/o directivas), o consultando con el Área Legal de la institución donde desempeña su cargo.

90. Y el segundo motivo, que se refiere a la consciencia de la lesión de los intereses de los ciudadanos, el cual está reflejado en la consciencia del atentando de los valores y principios que rigen en una sociedad, los cuales en el Delito de Abuso de Autoridad se ven reflejados en los principios de la primacía del bienestar general sobre el interés particular, la protección del administrado, igualdad de los ciudadanos, los mismos que permiten al funcionario público reflexionar sobre la posible antijuricidad de su conducta cuando es consciente de la lesión de estos principios.

91. El dolo de perjudicar a otros, se ve reflejada en el supuesto de hecho, porque el injusto consiste en la lesión del bien jurídico, en el perjuicio o daño social, y no en una infracción moral separable de ellos, en tal sentido, el funcionario público al atentar o lesionar el bien jurídico "correcto ejercicio de la función pública" esto es ejercer la función pública contra o fuera de la ley y atentando a los intereses de los administrados, sabe que perjudica a terceros y que por ello es consciente de que su comportamiento es contrario al ordenamiento jurídico (antijurídico).

92. En el segundo, supuesto referido a la medida necesaria de los esfuerzos para cerciorarse, está referida cuando el funcionario público, pese a tener un motivo para reflexionar o informarse sobre la antijuricidad de su conducta no ha realizado ninguna acción tendiente a verificar la legalidad de su actuación, o la ha hecho pero en forma

insuficiente, esto por ejemplo cuando accede a información básica (reglamento o normas) el cual no le despeja las dudas tendientes a verificar la antijuricidad de su conducta, por lo tanto debe recurrir a un órgano especializado como podría ser el área de asesoría jurídica, sin embargo este se rehúsa a tal verificación y ejecuta el acto, confiando negligentemente en su correspondencia al Derecho.

93. En este caso, la consulta realizada ante el órgano legal, es suficiente esfuerzo realizado por parte del funcionario público para cerciorarse sobre la antijuricidad de su conducta, puesto que exigirle que verifique e incluso contraste la información dada por el asesor legal, sería una cuestión impracticable y carente de criterio, puesto que se lograría una interminable búsqueda de información.

94. Otro caso podría darse cuando este advierte que existe pronunciamientos (precedentes administrativos) contradictorios, los cuales le generan dudas con respecto a una determinada actuación, en este supuesto, no se le puede exigir que verifique cual tiene prevalencia sobre el otro, puesto que su criterio discrecional le llevará a proceder conforme a los fundamentos que encuentre de uno u otro precedente, por lo tanto sólo es suficiente, que este se ampare en uno de ellos y fundamente su adopción de tal criterio.

95. En el tercer supuesto, está referido cuando el funcionario público pese a no haber realizado la respectiva verificación o consulta del asesor jurídico, realiza su función creyendo en la conformidad al Derecho, por haberse informado individualmente conforme a una lectura especializada, información que de todas formas le iba a proporcionar el asesor jurídico, por lo tanto el error de prohibición al que estaría inmerso sería invencible, por el contrario si la información que accedió resultó ser errónea en contraste con la información que le hubiera proporcionado el asesor jurídico, devendría en vencible el error de prohibición al que estaría inmerso.

96. Por su parte el autor español Enrique Bacigalupo[62], señala que la comprobación del error de prohibición vencible depende de los siguientes supuestos: a) Que el autor debe haber tenido por lo menos la representación de una posible colisión de su acción con el derecho, en otras palabras, la representación de la posible punibilidad de su acción, esto se da cuando el sujeto tiene consciencia de que su acción viola un deber de singular importancia social. b) El autor debe haber llevado a cabo todo esfuerzo serio que pareciera adecuado para despejar la duda sobre la punibilidad que es producto de su representación de la posibilidad de la misma.

97. Aquí se pueden plantear dos criterios, el subjetivo, según el cual el sujeto habrá obrado en un error de prohibición invencible toda vez

[62] **BACIGALUPO ZAPATER, Enrique** Op. Cit. Pág. 156.

que haya empleado los medios que se le ocurrieron podrían despejar su duda, aunque otros medios en los que él no pensó le hubieran servido para tener conocimiento adecuado de la situación jurídica. La posición subjetiva debe ser el criterio a adoptar por cuanto el sujeto que espontáneamente no ha tenido una representación de la forma en que podía resolver su duda no debería ser reprochable, si la reprobabilidad depende de su capacidad de cumplir con el deber o de motivarse por la amenaza de la infracción de este.

98. Desde una perspectiva normativista, siguiendo la línea de Jakobs, el autor español José Manuel Gómez Benites[63] refiere que los motivos de reproche son diversos, prescindiendo del libre albedrío y buscando una base empírico-normativa, la cual está referida con el juicio de reproche contra el sujeto, aunque se llame juicio de atribuibilidad o atribución del hecho, esto en mérito de que el sujeto pudo haber actuado de otra manera, y por tanto su conducta es reprochable.

99. Este punto de vista, se vincula estrechamente con el criterio adoptado por el autor español Enrique Bacigalupo, referido a la situación subjetiva, en el sentido de que el sujeto pudo obrar de otra manera, puesto que los esfuerzos realizados por éste no fueron suficientes para alcanzar la posibilidad de consciencia de la

[63] **GÓMEZ BENITES**, José Manuel. ***Sobre lo Interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad.*** Citado en **SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María**. ***Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin***, Jesús María Bosh Editor-Barcelona. 1997. Pág. 272.

antijuricidad de su conducta, deviniendo en reprochable la conducta del sujeto y por lo tanto en vencible el error de prohibición al que estaría inmerso.

100. Posición contraria, la encontramos en los expuesto por el autor alemán Maurach[64] citado por Pavon Vasconcelos, para quien el conocimiento de la antijuricidad depende del juicio del profano, de que conforme a la voluntad del ordenamiento jurídico, el hacer "no debe tener lugar", siendo ello así se alcanza la medida máxima de los exigible.

101. Esto se sustenta con la teoría del hombre medio, o del criterio objetivo de vencibilidad, el cual parte de la ficción jurídica "los criterios que debe tener todo sujeto" respecto a la posibilidad de la consciencia de la antijuricidad de su acción, lo cual sería crear una regulación de la consciencia del sujeto, resultando contrario a la dignidad del ser humano, Lo que nos interesa es referirnos a los criterios que motivan a reflexionar sobre la antijuricidad de la conducta que pudieran ser aplicados al sujeto en el caso concreto, partiendo de su personalidad individual.

102. Finalmente, es necesario recalcar lo siguiente, tal como lo expone el tratadista alemán Hans Welsel[65], el que carece de los

---

[64] **PAVON VASCONCELOS, Francisco.** ***El error inculpable en la ley penal.*** **Pág. 1452**
[65] **WELSEL** Hans. Op. Cit. Págs. 188-189.

conocimientos jurídicos necesarios para verificar la antijuricidad de su conducta, tiene que cerciorarse de la situación jurídica, acudiendo a la persona entendida, antes de realizar su comportamiento. Su creencia errónea de que su comportamiento es conforme al Derecho, le es reprochable, no a causa de una falta de esfuerzo de la conciencia o una falta de reflexión, sino por no haberse informado debidamente.

103. En cambio el que posea los conocimientos jurídicos necesarios, como sería el caso de un abogado que trabaja en la administración pública, tiene que hacer uso de toda su capacidad de conocimientos y de todas su representaciones valorativas éticas cuando trate de formular un juicio sobre la juricidad o antijuridicidad de una conducta determinada, de él hay que presumir que puede conocer, por lo menos regularmente, el alcance de los mandatos o prohibiciones legales en virtud de su formación y de su ejercicio profesional.

104. Agrega el citado autor[66], que en las disposiciones penales que tienen un carácter predominante, o exclusivo, de ordenación -como en el derecho penal administrativo- la reprochabilidad del error de prohibición puede basarse únicamente en que el autor no se haya informado, o no se haya informado suficientemente cuando las circunstancias del caso concreto le daban motivo para ello.

[66] Ibíd. Pág. 189.

105. Finalmente es necesario precisar, tal como bien lo exponen los autores Sueiro Carlos Christian y Birriel[67], Bibiana M. que las categorías conceptuales elaboradas por la dogmática sólo encuentran su contenido en los criterios y presupuestos elaborados por la Política Criminal y la Teoría del Error no configura una excepción a ello. Sin embargo los preceptos Político Criminales que nutren de significado a categorías dogmáticas como el Juicio de Evitabilidad del Error mediante diversas tesis como la del Deber General de Información, el Esfuerzo de Consciencia o la Afectación a Principios Ético Sociales, puede ser interpretado como un mecanismo de retroalimentación entre la realidad social y las traducciones o interpretaciones conceptuales que la dogmática efectúa de ella. Ya que con ello se aseguraría que los conceptos no sufran el fenómeno de convertirse en categorías vacías sin contacto y significado alguno con el acontecer social diario.

[67] **SUEIRO**, Carlos Christian, **BIRRIEL,** Bibiana M. *La Teoría del Error y sus limitaciones frente a la administrativización del Derecho Penal,* Pág. 5. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=452, (artículo bajado el 20 de Julio del 2008)

Capitulo 3

CONTRASTACIÓN Y/O VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS

3.1 DESCRIPCION DE LA UNIDAD DE ANALISIS

3.1.1 Resoluciones Judiciales

Lo constituyen las resoluciones judiciales (sentencias) emitidas por los Juzgados Especializados en los Penal de la Provincia de Huaraz, respecto a los procesos seguidos por Abuso de Autoridad durante los años 2007 y 2008.

3.2 DESCRIPCIÓN DEL RECOJO DE INFORMACION

Se elaboró fichas de análisis de contenido conforme a los indicadores de cada una de las variables. Procediendo con el recojo de información,

llegando a analizar un total de 20 resoluciones judiciales (sentencias), de los cual se evidenció que la referida figura jurídica no era aplicada como argumento de defensa de los acusados, pese a que en muchos de los casos eran aplicables conforme a las circunstancias y situaciones de hecho en que se cometió el delito.

Para la realización de procesamiento de datos, se empleo escalas estadísticas, tales como tablas y gráficos estadísticos donde se representaron los datos obtenidos, para su respectiva interpretación y análisis.

3.3 DISCUSIÓN

Los datos obtenidos en las fichas de análisis tienen relación con el marco teórico conforme se detalla a continuación:

3.3.1 La conciencia de la lesión al bien jurídico.

A. Valoración del bien jurídico protegido.

- **Positiva.** Se corroboró que el funcionario público en el ejercicio de sus funciones comprende cuales son aquellos actos que afectan el correcto ejercicio de la función pública, los cuales están referidos a aquellos actos que afectan la legalidad de sus actuaciones y la vulneración a los intereses de los ciudadanos a causa de su facultad discrecional, v. gr. interpretación incorrecta

de la norma, la aplicación indebida de la norma a una caso concreto.

- **Condicionada.** Sin embargo, dicha valoración positiva del bien jurídico protegido, se encuentra condicionada al conocimiento de la norma que protege el referido bien protegido y al carácter lesivo que genera la contravención de esta.
- **Negativa.** En algunos casos se corroboró la ausencia de la valoración del bien jurídico por motivo de desconocimiento de la norma funcional.

B. Conductas lesivas al bien jurídico.

- **Ejercicio de la función no arreglado a la ley.** Esta se vio reflejada por ciertos criterios adoptados por el funcionario público, debido al carácter discrecional de su función, los cuales le llevaron a realizar en algunos casos la aplicación incorrecta de la norma administrativa en un caso concreto, y en otras una Interpretación incorrecta de la norma, estableciendo supuestos de hecho no contemplados por la norma administrativa.
- **Afectación a los intereses de terceros.** También se corroboró, que ciertos actos del funcionario público, tales como la omisión de emitir resoluciones administrativas debidamente fundamentadas, impedir el libre acceso del administrado a la administración pública, la restricción al derecho a peticionar del administrado ante el aparato estatal, y falta de respuesta mediante resolución administrativa, afectan los intereses de los administrados.

C. Compresión de la lesividad de la conducta.

- **Reflexión.** Se corroboró que el funcionario público al ejercer su actividad contraviniendo a las normas que rigen su función, ya sea esta, por desconocimiento, o por una interpretación errónea del supuesto de hecho de la norma, tiene plena consciencia de la lesión del bien jurídico protegido, siempre y cuando esta contravención de las normas funcionariales afecten los intereses de terceros y/o particulares, y del cual es consciente le funcionario público.
- **Información.** Se advirtió que el funcionario público al saber que su actividad se encuentra regulada por normas especiales, reglamentos, precedentes de observancia obligatoria, directivas, le obligan a informarse sobre su actuación y con ello comprender el carácter lesivo de su comportamiento.

3.3.2 La reprochabilidad de la conducta.

A. Responsabilidad por el acto.

- **Hecho punible.** Se corroboró que en los supuestos en los cuales el funcionario público se encontraba en una rigurosa regulación normativa, por el carácter técnico de su función, se le exigía una simple adecuación de los supuestos de hecho contemplados en la norma, y que por lo tanto en el supuesto de que existiera una

mala interpretación o aplicación de la misma, le era exigible que consultara previamente al órgano legal, para establecer que no tuvo consciencia de que su conducta era antinormativa y lesiva del bien jurídico o en caso contrario el deber de informarse sobre el marco normativo que rige su función.

- **Circunstancias especiales.** En cambio, en aquellos casos en los cuales el funcionario tenía libertad discrecional de ejercer su función, mediante la aplicación de normas administrativas afines, precedentes administrativos vinculantes y de observancia obligatoria, directivas y demás reglamentos, le era exigible tener la comprensión del carácter lesivo a los intereses de terceros respecto al ejercicio de su función para determinar la posibilidad de la consciencia de la antijuricidad de su conducta. Esta posibilidad se determinaría si el funcionario público, realiza un trato diferenciado a los ciudadanos, sin tener unidad de criterio respecto de hechos de igual resolución.

B. Reproche por la conducción de la vida.

- **Deber de informarse por si mismo.** Se advirtió que en aquellos casos en los cuales la actividad del funcionario público se encontraba regulada por un sector de normas administrativas especiales, tales como las normas de tránsito (Código de Transito que entrará en vigencia, por ejemplo), el funcionario o servidor público, debe de informarse al respecto por si mismo.

- **Deber de informarse a través de terceros**. En cambio en aquellos supuestos en los cuales existe una densidad o diversidad de normas que son de aplicación a la actividad del funcionario público, como por ejemplo las funciones gerenciales de una municipalidad (las cuales se encuentran en el Manual de Organización y Funciones por ejemplo), el funcionario público debe de acceder a la consulta del órgano de asesoría legal.

3.3.3 La consciencia de la regulación normativa especial.

A. Actividad reglada a la ley

- **Función Pública.** Se corroboró que la actividad que realiza el funcionario o servidor público se encuentra reglada a ley, siendo ésta la que establece la funciones del funcionario público en sentido estricto o le da un ámbito de libertad discrecional para poder fundamentar su decisión mediante la aplicación de normas dispersas, utilizando los criterios de unidad, razonabilidad y proporcionalidad.
- **Condición de Funcionario Público.** Se corroboró que la calidad de funcionario público del sujeto que ejerce la función pública tiene vital importancia, para establecer la que su actuación funcionarial se encuentra regulado por la Ley.

B. El injusto recae en la función pública

- **Deber de garante.** Se corroboró que el funcionario público, en el ejercicio de la función pública tiene el deber de cumplir la ley y aplicarla en función al bienestar de los administrados, en tal sentido el funcionario público garantiza la correcta prestación de servicios de parte del Estado a favor del ciudadano, atendiendo a las facultades que le confiere la Constitución y las leyes.

- **Vinculación con el bien jurídico.** Se corroboró que la actividad que realiza el funcionario público se encuentra estrechamente vinculada con el bien jurídico protegido del delito de Abuso de Autoridad ***"correcto ejercicio de la función pública"***, por cuanto lo que se protege es la correcta realización de la función pública que ejerce el funcionario pública, y siendo dicha actividad, cotidiana y constante, permite que el funcionario público, tenga consciencia de su lesión.

3.3.4 La consciencia de la lesión a los intereses de los ciudadanos.

A. Atentado a valores ético-sociales

- **Normas que rigen una comunidad.** Se advirtió que los funcionarios públicos, tienen plena consciencia del atentado a los valores éticos sociales que rigen una determinada comunidad, cuando éstos realizan actividades relacionadas a la prestación de servicios públicos, tales como los servicios sociales, seguridad

ciudadana, saneamiento físico legal de predios, servicios de transporte, etc., en el sentido, de que al ejercer en forma incorrecta su función, tienen consciencia de la afectación de los intereses de los ciudadanos.

B. Vulneración de Principios que rigen la administración

Se pudo constatar, que con el incorrecto ejercicio de la función pública realizada por el funcionario público, éste tenía la consciencia de la vulneración de principios que rigen plenamente el Derecho Administrativo, tales como el de Bienestar de los ciudadanos, Igualdad de los administrados, la veracidad de los argumentos del administrado, o que rigen el Debido Procedimiento, tales como la emisión de Resoluciones debidamente fundamentadas, libre acceso del administrado a la administración pública, derecho a peticionar.

C. Saber el perjuicio provocado a terceros

- **Perjuicio a un particular.** Se advirtió que el funcionario público, sabe qué con la actuación irregular que realiza afecta los intereses del administrado, siempre y cuando sus funciones estén orientadas a la atención de servicios estatales, como por ejemplo el impedimento de salida de un particular de una determinada ciudad por falta de permiso de circulación o denegar al administrado la presentación de una solicitud ante la oficina de trámite documentario.

- **Perjuicio a la colectividad.** Asimismo, al afectarse los intereses de los particulares, se afecta los intereses de los ciudadanos, por cuanto la afectación de derechos de acceso a la administración o el libre tránsito vulneran el bienestar común o interés general de la colectividad.

3.3.5 Reflexión o información sobre la antijuricidad de la conducta.

A. Comprensión de la antijuricidad del acto.

- **Contrariedad al ordenamiento jurídico.** El funcionario público, al realizar su comportamiento fuera las facultades conferidas por la ley, y que afectando los intereses de los ciudadanos, sabe que actúa contrariamente al ordenamiento jurídico siempre que ambas condiciones concurran.
- **Lesividad del Bien Jurídico.** Sin embargo, el funcionario público al encontrarse inmerso en la protección del bien jurídico protegido, consistente en el correcto ejercicio de la función pública, sabe que la contravención a éste, le conduce a conocer el carácter antijurídico de su comportamiento.

B. Deber de informarse

- **Esfuerzo necesario.** Se corroboró que el funcionario público tiene el deber de informarse acerca de la antijuricidad de su conducta, sea esta a través de la propia información que éste pudiera recabar, o a través de una información otorgada por un

tercero, la misma que es exigible de acuerdo a las circunstancias referidas a la regulación restrictiva de la actividad del funcionario público o de la libertad discrecional de ejercer la función pública, en el primer caso deberá de recurrir a un tercero a fin de que le informe sobre las actividades propias del funcionario público, y en el segundo caso bastará que el funcionario público acceda a la información que tenga a su alcance.

- **Información propia.** Está referida al conocimiento de la normativa especial, tales como directivas, precedentes de observancia obligatoria, reglamentos y leyes, esto amparado por el criterio discrecional.
- **Información de terceros.** Está referido a la asesoría otorgada por un órgano especializado, perteneciente a la misma entidad donde labora el funcionario o de una asesoría externa, o la consulta a otros funcionarios públicos especializados en el tema.

3.3.6 Vencibilidad del error de prohibición.

A. Motivos para reflexionar o informarse

- **Circunstancias personales.** Se comprobó que cuando el funcionario público por encontrarse sometido a la ley con respecto al ejercicio de su función, al momento de ejercer la función pública, sabe que cuando trasgrede el marco normativo preestablecido, o cuando ejerce su función fuera de ella, está realizando un acto posiblemente contrario al ordenamiento jurídico y lesivo al bien jurídico protegido, obligándolo en

consecuencia, a cerciorarse sobre la antijuricidad de su comportamiento, debiendo informarse al respecto.

- **Supuestos de hecho.** En aquellos casos en el cual se emite una resolución administrativa, sin amparo legal, o debido a una aplicación indebida de la norma, el funcionario deberá previamente haber agotado la vía de la información acerca de la antijuricidad de su conducta, a través de la consulta propia o un tercero, a fin de determinar que el error al que hubiera estado inmerso sería invencible, en caso contrario, al no realizar las conducta descritas, devendría en evitable su error de prohibición.

B. Posibilidad de la conciencia de la antijuricidad

- **Reflexión.** Se comprobó que el funcionario público, al ejercer una acto fuera de los alcances que la norma le permite o sin un amparo legal, tiene la posibilidad de saber que realiza una acto contrario al ordenamiento jurídico y lesivo al bien jurídico protegido, siempre y cuando, que de dicha conducta éste infiera que atenta a los intereses de los administrados, por ejemplo en el caso de una denegatoria en la tramitación de una solicitud referida a una indemnización por expropiación del terreno del particular.
- **Información.** En este supuesto, se corroboró que en la mayoría de los casos, los funcionarios públicos no acceden a la información que le pudiera proporcionar un órgano especializado, como sería el caso, del órgano de asesoría legal, sino que optan

por ejercer sus funciones sin un mínimo conocimiento acerca de la legalidad de sus actos, e incluso, se evidenció que la información otorgada por el órgano legal, en muchos casos, estaba errada. En consecuencia, cuando el funcionario público, ejerza su función, este debe presumir que el cargo que ocupa se encuentra normada por la Ley, y por lo tanto deberá de recurrir al órgano legal o informarse por sí mismo, cuando tenga dudas sobre el carácter legal de su actuación.

3.3.7 Factor Normativo, lesivo, y volitivo.

A. Factor Normativo

- **Regulación de la actividad del funcionario público.** Se corroboró que el funcionario sabe que su actuación se encuentra reglada por la ley, aunque sea esta en una mínima medida, y por lo tanto esta obligado a informarse sobre el carácter normativo o antinormativo de su actuación, siempre y cuando advierta la posible lesión de intereses de terceros. Por cuanto, si éste actúa en forma contraria a las normas que rigen su función, sin saberlo, pero atendiendo los intereses de los ciudadanos, no estaría en la necesidad de cerciorarse sobre la antijuricidad de su conducta y por lo tanto el error al que estaría inmerso sería el de tipo invencible.

B. Factor Lesivo

- **Afectación al bien jurídico protegido.** Se comprobó que el funcionario público al ejercer su función pública fuera de los alcances de la Ley o contradiciéndola, y afectando en consecuencia los intereses de los administrados, sabe o debe presumir sobre la posibilidad de que su conducta se encuentra prohibida o no permitida por el ordenamiento jurídico, lo cual lo motiva a reflexionar acerca de dicha posibilidad debiendo de informarse a efectos de salir del posible error al que estaría inmerso.

C. Factor Volitivo

- **Deber de informarse acerca de la antijuricidad de la conducta.** Finalmente se evidenció que el funcionario público, al reflexionar sobre una posible antijuricidad de su acción, debía de realizar una serie de acciones a fin de salir de las dudas y al error que ésta le conllevaría, consistente en el acceso de información sobre el carácter permitido de su conducta por su propia cuenta, siempre y cuando la ley le faculte el carácter discrecional de su función, o de acceder a la información de un tercero, como sería el caso del órgano legal de la institución, siempre y cuando, se encuentre regulado su función en forma estricta.

3.4 VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

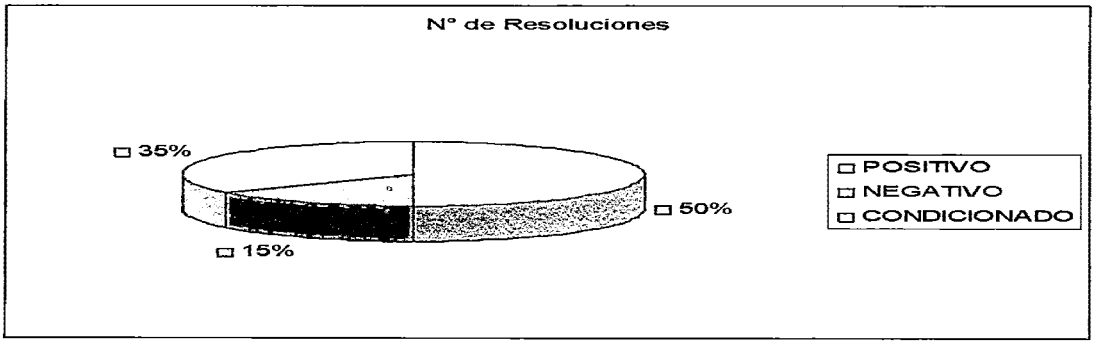
3.4.1 HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

"La consciencia de la lesión al bien jurídico protegido determina el carácter reprochable de la conducta del funcionario o servidor público."

Esta hipótesis fue contrastada en los siguientes aspectos:

GRAFICO N° 1

VALORACION DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO	Nº de Resoluciones
POSITIVO	10
NEGATIVO	3
CONDICIONADO	7



LECTURA DE DATOS:

Del 100% de los datos obtenidos de las resoluciones judiciales analizadas, se advirtió que el 50% indicaban una valoración positiva por parte del funcionario público respecto de la protección penal en lo que respecta al correcto ejercicio de la función pública. El 35% indicaban que esta valoración acerca de la protección penal al correcto ejercicio de la función pública, se encuentra condicionada al conocimiento de la norma que regula la actividad funcional del funcionario público y al carácter lesivo que genera la contravención de esta. Y el 15% indicaban que hay una ausencia de la valoración del bien jurídico protegido por motivo de desconocimiento de las normas que regula la actividad del funcionario público.

ANALISIS:

Más del 50% de los datos obtenidos indican que los funcionarios públicos tiene entienden que la legalidad de su actividad funcional y la protección de los intereses de los ciudadanos se encuentra protegida por las normas, aunque condicionada en algunos casos al conocimiento de ésta, y del carácter lesivo a los intereses de los administrados.

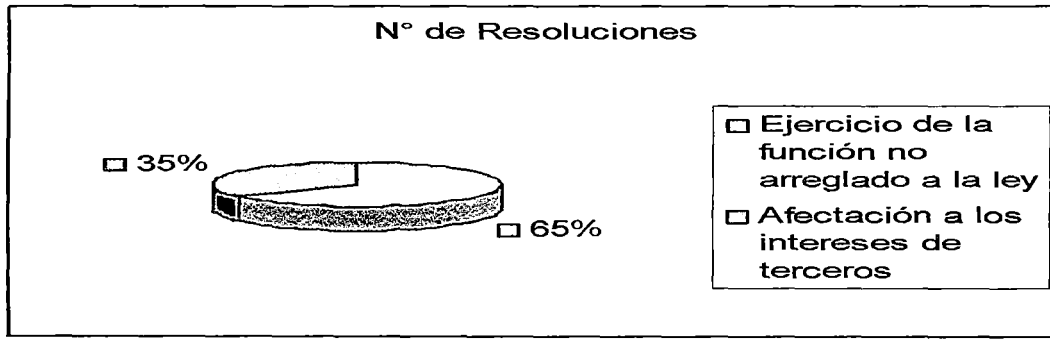
DISCUSION:

Sin embargo, el conocimiento de la normas que protegen el bien jurídico protegido, sean estás de índole administrativa, civil, penal y de otra índole no sustentan que en caso de ausencia de éstas, se aplique las reglas del error de prohibición, por cuanto la falta conocimiento de los elementos normativos como descriptivos del tipo penal, se refieren al error de tipo,

interesando solamente al error de prohibición la ausencia de la consciencia de la contravención de normas jurídicas como éticos-sociales, que regulan una determinada sociedad. En tal sentido, el presupuesto de la consciencia de antijuricidad lo constituye el conocimiento de la antijuricidad, ante la ausencia del último, deviene en inexistente la primera.

GRAFICO N° 2

CONDUCTAS LESIVAS AL BIEN JURIDICO PROTEGIDO	N° de Resoluciones
Ejercicio de la función no arreglada a la ley	13
Afectación a los intereses de terceros	7



LECTURA DE DATOS:

Del 100% de los datos obtenidos de las resoluciones judiciales analizadas, se determinó que el 65% indicaban el ejercicio público arreglado a la ley constituía una conducta lesiva al bien jurídico protegido, mientras que el 35% indicaban que la afectación a los intereses de terceros era una conducta lesiva al bien jurídico protegido.

ANÁLISIS:

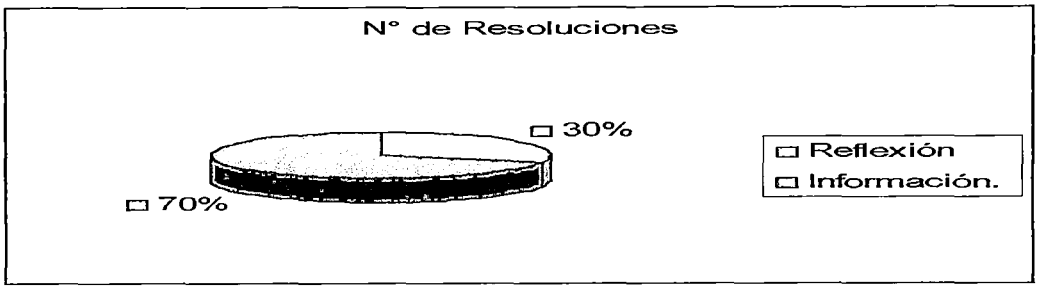
Más del 50% de los datos obtenidos indican que el ejercicio de la función no arreglado a la Ley por parte del funcionario público constituye una conducta lesiva al bien jurídico protegido, lo que demuestra que los funcionario públicos deben ser conscientes que al ejercer una conducta al margen de la ley o contraria a esta, están atentando contra le bien jurídico "correcto ejercicio de la función pública".

DISCUSIÓN:

Sin embargo, se advierte que para determinar la consciencia de la lesión del bien jurídico protegido en el Delito de Abuso de Autoridad, deben de concurrir en forma conjunta la consciencia del ejercicio de la función no arreglada a la Ley y por consiguiente la consciencia de la afectación de los intereses de terceros por parte del funcionario público. Ante la ausencia de uno de estos elementos no se configura la consciencia de la lesión del bien jurídico protegido en el delito de Abuso de Autoridad.

GRAFICO N° 3

COMPRESIÓN DE LA LESIVIDAD DE LA CONDUCTA	N° de Resoluciones
Reflexión	6
Información.	14



LECTURA DE DATOS:

Del 100% de los datos obtenidos de las resoluciones judiciales analizadas, se determinó que el 70% indicaban que la Información constituía el elemento determinante para la comprensión de la lesión del bien jurídico protegido por parte del funcionario público, mientras que el 30% indicaban que la reflexión constituía el medio por el cual el funcionario público tiene la consciencia de la lesividad del bien jurídico protegido.

ANALISIS:

Más del 50% de los datos obtenidos indican que los funcionarios públicos tienen consciencia de la lesión del bien jurídico protegido, siempre y cuando éstos tengan la consciencia de que su función o actividad se encuentra regulado por una marco normativo especial, lo cual le obligan a informase sobre la lesividad de su conducta contra el bien jurídico protegido en el Delito de Abuso de Autoridad,

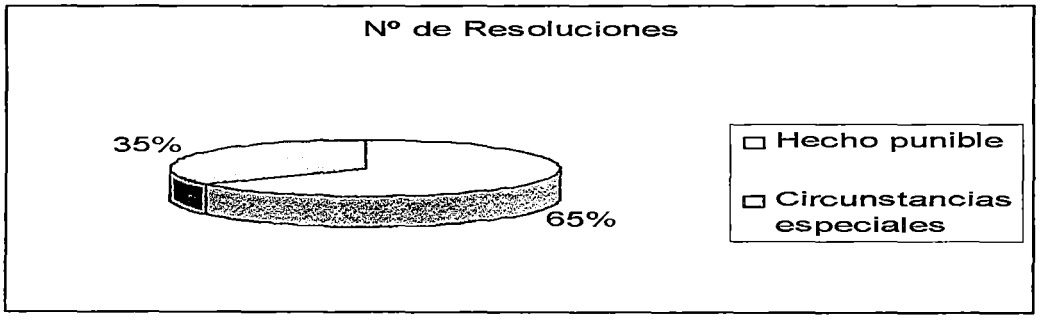
DISCUSION:

Sin embargo, se advierte que el funcionario público a fin de que se informe acerca del carácter lesivo contra el bien jurídico protegido, debe

previamente advertir reflexionar acerca de la lesividad de su conducta esto es se consciente que su conducta afecta los intereses de los ciudadanos o administrados y que su conducta no se encuentra arreglada a ley, esto se puede colegir de la clandestinidad de su conducta o el agotamiento de la comisión del hecho punible.

GRAFICO Nº 4

RESPONSABILIDAD POR EL ACTO	Nº de Resoluciones
Hecho punible	13
Circunstancias especiales	7



LECTURA DE DATOS:

Del 100% de los datos obtenidos, el 65% indican que la responsabilidad por el acto se vincula estrechamente al hecho punible, es decir al supuesto de hecho vinculado a la actividad reglada en estricto del funcionario público, lo cual en la mayoría de los casos se presenta, en cambio el 35% refieren que la responsabilidad por el acto, está referido a circunstancias especiales que rigen la actividad del funcionario público, esto es cuando la ley le faculta una cierta libertad de resolver un determinado caso conforme a su criterio discrecional.

ANALISIS:

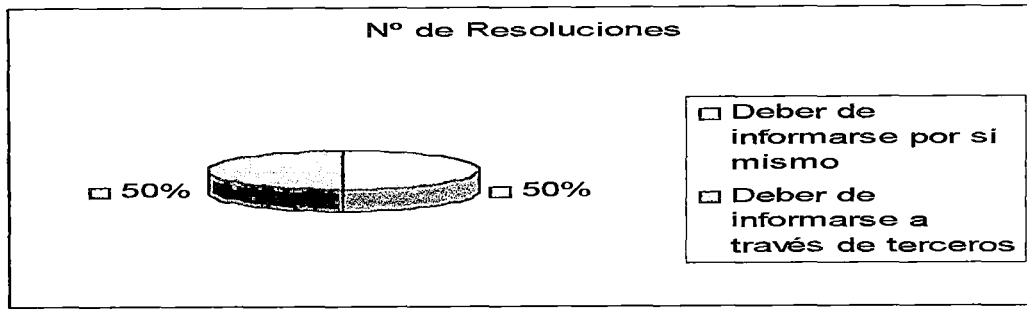
Se observó que más de 50% de los datos obtenidos indican que la actividad del funcionario público se encuentra regulada por normas de carácter imperativo, los cuales regulan su proceder, y que por lo tanto, le es exigible a la funcionario público, que deba informarse sobre ellas, a través de su propio esfuerzo personal de acceder a documentos referidos al caso en concreto, o en caso contrario, acceder a la información de terceros, como seria el caso de otros funcionarios públicos de igual rango y función o consultar al órgano de asesoría legal.

DISCUSIÓN:

Sin embargo existen casos en el cual el funcionario público tiene la facultad discrecional de resolver una caso en concreto, en tal sentido le debe ser exigible tener el criterio uniforme en la resolución de casos similares, por cuanto, al resolver éste en forma diversa sin tener una unidad de criterio implicaría que tiene la consciencia de la lesión de los intereses de los particulares, resultando así una posible antijuricidad de su acción.

GRAFICO Nº 5

REPROCHE POR LA CONDUCCION DE LA VIDA	Nº de Resoluciones
Deber de informarse por si mismo	10
Deber de informarse a través de terceros	10



LECTURA DE DATOS:

Del 100% de los datos obtenidos, el 50% indican que es deber del funcionario público informarse por si mismo, acerca del carácter permitido de su conducta, cuando le surjan dudas acerca de su prohibición o admisión, el otro 50% indican que es deber del funcionario público el de informarse a través de un tercero, sobre el carácter permitido de su conducta.

ANALISIS:

Se observó que las opiniones se encuentran divididas respecto al deber de informarse por parte del funcionario público acerca del carácter permitido de su conducta, lo cual indica que los funcionarios públicos tienen el deber de informase por sí o a través de terceros.

DISCUSION:

Sin embargo, se advierte que el funcionario público está compelido a informarse sobre el carácter permitido de su comportamiento por sí mismo, cuando se el marco normativo que regula su ámbito de acción resulta ser específica, sin admitir la adopción de otras normas; en cambio, cuando su ámbito de acción resulta de la aplicación de una serie de

normas, deberá de acceder a la información que le proporcionen otras personas.

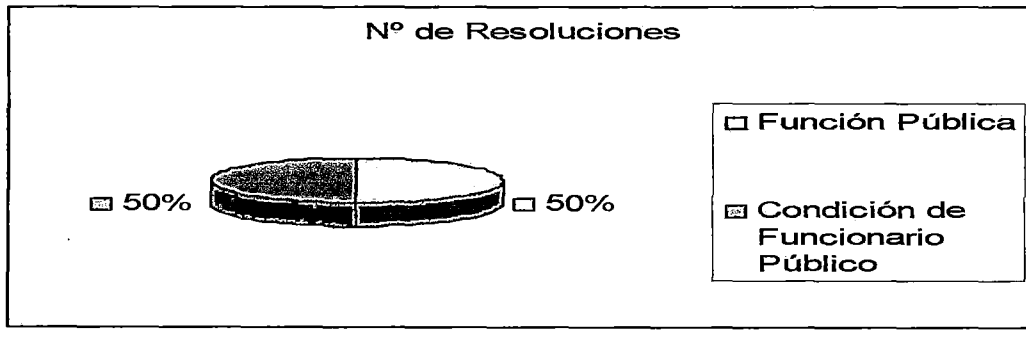
3.4.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

"La consciencia de la regulación normativa especial de la actividad del funcionario o servidor público y la lesión a los intereses de los ciudadanos, constituyen elementos suficientes que lo motivan a reflexionar o informase sobre la antijuricidad de su conducta."

Esta hipótesis fue contrastada en los siguientes aspectos:

GRAFICO Nº 6

ACTIVIDAD REGLADA A LEY	Nº de Resoluciones
Función Pública	10
Condición de Funcionario Público	10



LECTURA DE DATOS:

Del 100% de los datos obtenidos, el 50% indican que la actividad reglada por la Ley de parte del funcionario público, está enmarcado a la

regulación especial que hace la ley con respecto a su función, en cambio el 50% indican que se sustenta en la condición del funcionario público.

ANALISIS:

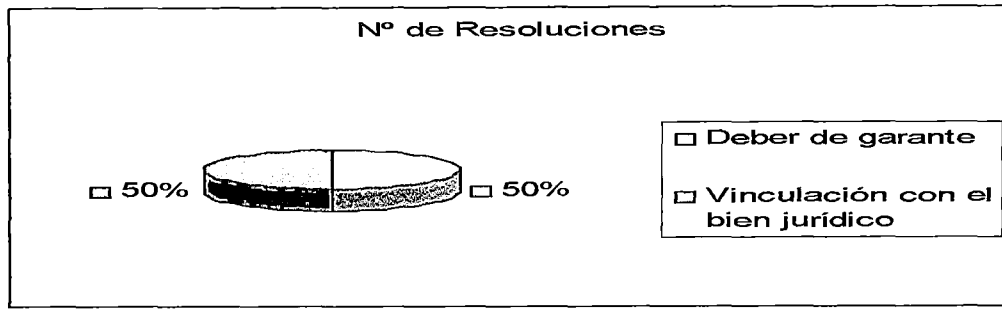
Se observó que existe una igualdad de criterio de parte de los Juzgados especializados en lo Penal de Ancash, respecto a la regulación normativa respecto a la actividad que realiza el funcionario público, teniendo en cuenta la condición del funcionario público del sujeto activo y la regulación normativa de la función pública.

DISCUSION:

Sin embargo, para determinar que el ámbito vital o de actividad reglada a ley que realiza el funcionario público, se sustenta en el criterio de la normatividad especial que regula la función pública más no de la condición de éste, por cuanto lo que interesa es determinar que el ámbito donde recae hecho punible se encuentra regulada por una normativa especial, y por el cual el sujeto es consciente, esto se advierte de la función pública que ejerce el funcionario público, deviniendo en este sentido una responsabilidad por el acto que realiza éste más no por su condición de tal.

GRAFICO Nº 7

EL INJUSTO RECAE EN LA FUNCION PUBLICA	Nº de Resoluciones
Deber de garante	10
Vinculación con el bien jurídico	10



LECTURA DE DATOS:

Del 100% de los datos obtenidos, el 50% de los datos obtenidos, refieren que el injusto de la conducta recae en el deber de garante que tiene el funcionario público mientras que el otro 50% indica que el injusto recae en la vinculación del bien jurídico protegido con la función pública que ejerce el funcionario público.

ANALISIS:

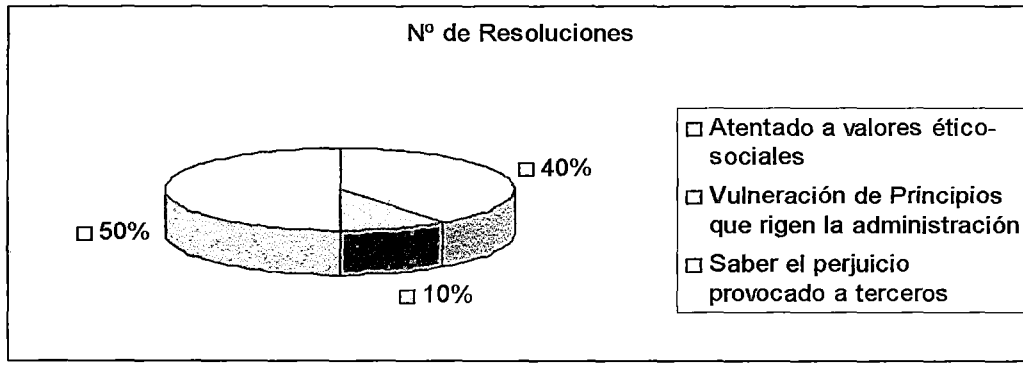
Se observó que el injusto recae en la función pública por cuanto el funcionario público que la ejerce tiene el debe de realizar su función atendiendo a los intereses de los ciudadanos y la vinculación que existe entre el funcionario público y el bien jurídico protegido, esto es el correcto ejercicio de la función pública.

DISCUSION:

Sin embargo función pública como objeto de protección en el Delito de Abuso de Autoridad, resulta ser también la actividad que realiza el funcionario público, y por tanto existe una estrecha vinculación entre la actividad que realiza el funcionario público, y el correcto ejercicio de la función pública.

GRAFICO Nº 8

LA CONSCIENCIA DE LA LESION A LOS INTERESES DE LOS CIUDADANOS	Nº de Resoluciones
Atentado a valores ético-sociales	8
Vulneración de Principios que rigen la administración	2
Saber el perjuicio provocado a terceros	10



LECTURA DE DATOS:

Del 100% de los datos obtenidos, el 50% indican que la consciencia de la lesión a los intereses de los ciudadanos está referido que el funcionario público sabe el perjuicio que provoca a terceros por la realización de su comportamiento antijurídico, el 40% indican que el funcionario público tiene la consciencia de la lesión de los intereses de los ciudadanos en el ejercicio de su función cuando sabe que atentan contra los valores éticos sociales que una determinada sociedad, mientras que el 10% indican que la lesión a lo intereses de los ciudadanos por parte del funcionario público en el ejercicio de su función está referido a la vulneración de los principio que rigen su función, y el 10% indican que

ANALISIS:

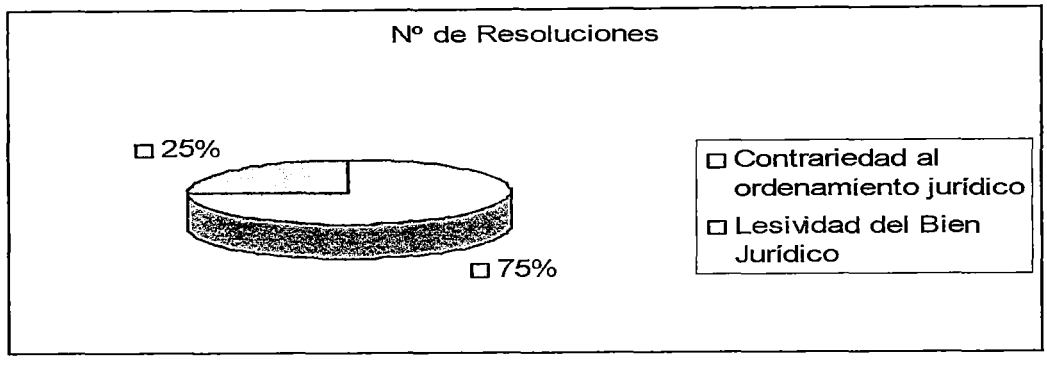
El más del 50% de los datos obtenidos indica que la consciencia de la lesión de los intereses de los ciudadanos por parte de los funcionarios públicos, radica en el saber de que su conducta perjudica a terceros y que atentan contra los valores éticos sociales de una determinada sociedad.

DISCUSION:

La conciencia de la lesión a los intereses de los ciudadanos, radica en la propia actividad que realiza el funcionario público, al realizar actos encaminados al bienestar de los ciudadanos conforme a los lineamientos que la ley le faculta, en tal sentido, al realizar conductas contrarias a esta finalidad, es consciente que perjudica a terceros y por lo tanto, tiene motivos suficientes para cerciorarse sobre la antijuricidad de su conducta.

GRAFICO Nº 9

COMPRENSION DE LA ANTIJURICIDAD DEL ACTO	Nº de Resoluciones
Contrariedad al ordenamiento jurídico	15
Lesividad del Bien Jurídico	5



LECTURA DE DATOS:

Del 100% de los datos obtenidos, el 75% indican que la comprensión de la antijuricidad radica en la consciencia de la contrariedad al ordenamiento jurídico de parte del funcionario público con respecto de su conducta, mientras el 25% indican que la compresión de la antijuricidad de la conducta radica en la consciencia de la lesión del bien jurídico protegido.

ANALISIS: Se observó que la comprensión de la antijuricidad de la conducta de parte del funcionario público radica en la consciencia que este con respecto al carácter contrario de su conducta con respecto al ordenamiento jurídico que rige y basa su función.

DISCUSIÓN:

Sin embargo, el bien jurídico protegido constituye el elemento material de la antijuricidad y el ordenamiento jurídico resulta ser el elemento formal. En tal sentido, para determinar la consciencia de la antijuricidad de la conducta, se debe sustentar en al comprensión y/o de la lesión del bien jurídico protegido, por cuanto la compresión del marco normativo, conlleva a un conocimiento de las mismas, mientras que la comprensión de la

lesión del bien jurídico protegido, conlleva al internalización del funcionario público respecto a carácter antijurídico de su conducta, el cual en el delito de Abuso de Autoridad resulta ser aplicable y sustentado por la vinculación del bien jurídico protegido con la función pública que ejerce el funcionario público.

3.4.3 HIPOTESIS GENERAL

Los factores que determinan el carácter vencible del error de prohibición en el Delito de Abuso de Autoridad son de carácter normativo, lesivo al bien jurídico protegido y volitivo.

De lo que se concluye, que la ser validados ambas hipótesis específicas, en consecuencia queda validada la Hipótesis General en forma positiva.

3.5 GENERALIZACIONES.

- Los funcionarios públicos saben que la función pública que ejercen se encuentra regulada por un determinado marco normativo, consistente, desde manuales y reglamentos de organización de funciones, directivas hasta Leyes, reglamentos y precedentes de observancia obligatoria.
- Los funcionarios públicos saben que el correcto ejercicio de la función pública es objeto de protección de las normas que rigen la administración pública.

- El funcionario público es conciente que la lesión al correcto ejercicio de la función pública se refiere a la realización del acto funcional fuera del ámbito de la ley o la contravención de esta, y que como consecuencia se su realización afecta los intereses de los ciudadanos.
- El funcionario público se encuentra en el deber de informarse acerca del carácter permitido de su conducta cuando advierta cierta ambigüedad de las normas que le induzcan a dudas sobre la reprochabilidad de su acción.
- Cuando la ley faculta al funcionario público ejercer la función pública de acuerdo a su criterio discrecional, este debe de acudir a la información que sea necesaria para advertir el carácter permitido de su conducta, cuando presuma de una posible lesión a los intereses de los ciudadanos o administrados.
- El funcionario público tiene el deber de conducirse en todo momento atendiendo a los intereses de los ciudadanos, ejerciendo la función pública que la ley le encomienda, de acuerdo lo principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.
- El funcionario público debe partir de la premisa que la función pública que ejerce se encuentra al servicio de los ciudadanos, siendo ello así, al ejecutar una determinad acto administrativo en la creencia de dicha finalidad a pesar de no encontrarse amparada por la ley, debe de advertirse al ausencia de la conciencia de la antijuricidad de su conducta.

CONCLUSIONES

1. El bien jurídico protegido en el delito de Abuso de autoridad está referido al correcto ejercicio público que desempeña el funcionario publico, entendida esta como el desempeño de la función pública conforme a la ley y atendiendo a los intereses de los ciudadanos.
2. La conciencia de la lesión del bien jurídico protegido, se encuentra referida al saber o compresión que tiene el funcionario público, respecto de que su conducta contraviene el marco normativo preestablecido y que afecta a los intereses de los administrados.
3. La conciencia de la antijuricidad está referida a la valoración y comprensión del sujeto respecto al carácter prohibido de su conducta, esto es, sabe que su conducta afecta no sólo el ordenamiento jurídico, sino que vulnera principios y normas éticos sociales que rigen una determinada sociedad o comunidad,

4. La antijuricidad consiste en la acción típica que contraviene el marco normativo establecido, lesionando de esta manera el bien jurídico protegido del delito.
5. El ordenamiento jurídico protege al bien jurídico, inspirado de los valores éticos de una determinada sociedad, constituyendo de esta manera el bien jurídico protegido el elemento material de la antijuricidad y objeto donde recae la conciencia de la antijuricidad de la conducta.
6. La culpabilidad tiene como elementos a la imputabilidad y a la conciencia de la antijuricidad, entendida la primera como la capacidad que tiene el sujeto de motivarse sobre el ámbito regulado por la norma, Mientras que la conciencia de la antijuricidad consiste en la valoración o comprensión que tiene el sujeto respecto al carácter prohibido o no permitido de su conducta.
7. El conocimiento de la antijuricidad significa que el sujeto conoce que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico protegido, lo que implicaría que éste deba conocer las normas que rigen una determinada sociedad con la finalidad de que su conducta sea reprochable. Esto conllevaría a que muchos delitos sean impunes, por no ser culpables.
8. La cuestión de conocimiento no está referida a la antijuricidad, sino a los elementos descriptivos o normativos que se encuentran señalados en el tipo, por lo tanto el conocimiento de estos elementos conlleva al dolo más no a la culpabilidad, y la ausencia de este conocimiento implicaría un error de tipo más no de prohibición.
9. El error de prohibición es el elemento negativo de la culpabilidad, consistente en la ausencia de la conciencia de la antijuricidad a causa

de un factor externo que le induce a creer que su conducta se encuentra permitida por las normas, o que no se encuentra regulada en el ámbito de protección de una determinada norma, o cree estar inmerso en una causa de justificación que le permite realizar su acción,

10. El error de punibilidad, implica que el sujeto no conoce o no comprende que su conducta constituye delito, lo cual, implica que para que su conducta sea culpable deba de entender o conocer el carácter punible o delictivo de su acción, conllevando de esta manera a un impunidad en la mayoría de los delitos.
11. El carácter vencible del error de prohibición se determina cuando el sujeto tenia la posibilidad de acceder a la conciencia de la antijuricidad, debido a ciertos elementos o factores que lo motiven a reflexionar o cerciorarse sobre dicha posibilidad.
12. Los factores o elementos que motivan al funcionario o servidor público a reflexionar o informarse sobre una posible antijuricidad de su conducta son de carácter normativo, lesivo al bien jurídico protegido y volitivo,
13. El factor normativo, está referido a aquella circunstancia en la cual el funcionario público sabe que su conducta se encuentra regulado por un marco normativo, y que por lo tanto le obliga a informarse sobre una posible antijuricidad de su conducta.
14. El factor lesivo, se refiere aquella circunstancia en el cual el sujeto es consiente de la lesión del bien jurídico protegido que se produce por su conducta, lo cual le motiva a reflexionar sobre una posible antijuricidad de su conducta.

15. El factor volitivo, está referido al deber que tiene el funcionario público de informarse sobre el carácter permitido de su conducta, esto debido a motivos que le inducen a reflexionar o informarse sobre la antijuricidad de su conducta, tales como el carácter lesivo de su conducta al bien jurídico protegido y al carácter antinormativo de su acción.

SUGERENCIAS

1. Como primera medida, el Estado debe proceder a realizar una serie de capacitaciones a los funcionarios y servidores públicos de todo el país, referidos a temas de gestión pública, normas y principios éticos, responsabilidades y sanciones, etc., destinadas a mejorar la calidad de servicios y evitar de esta manera la comisión del delito de Abuso de Autoridad.
2. Realizar una reforma legislativa respecto al Art. 14° del Código Penal, debiendo de añadirse el siguiente texto: ***"El error de prohibición es vencible cuando el ámbito donde recae la acción se encuentra regulado por un sector especial normativo y que protege a los intereses de los ciudadanos".***

3. Realizar jornadas de capacitación a los abogados defensores de oficio, sobre estrategias de defensa referidos a termas de error de prohibición, vencible como invencible.
4. Por otro lado, deberá de procederse a tomar en consideración la postura respecto al bien jurídico protegido en el delito de Abuso de Autoridad como el objeto donde recae la consciencia del carácter no permitido de la conducta, a fin de establecer el carácter vencible del error de prohibición al que estaría inmerso el funcionario público en la comisión del hecho punible.
5. Los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público deben de realizar una evaluación exhaustiva, respecto al carácter culpable del acusado durante el proceso, esto es advertir la imputabilidad y la conciencia de la antijuricidad y motivar sus resoluciones y dictámenes correspondientemente teniendo en cuenta dichas figuras jurídicas.

GLOSARIO

Error. La oposición, discordancia y no conformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas, o bien un pensamiento, una idea, o una opinión contraria a la verdad, de modo que el error generalmente hablando, consiste en creer verdadero lo que es falso, o creer en falso lo que es verdadero, en suponer una cosa que no existe, o en suponer una cosa que no es tal cual se cree existir.[1]

Culpabilidad. Los autores suelen atribuir a esta palabra dos acepciones distintas: en sentido lato, significa: la posibilidad de imputar a una persona un delito, sea de orden penal o de orden civil. En sentido estricto representa el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad civil o de responsabilidad penal.[2]

---

[1] **ESCRICHE**, Joaquín. ***Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia***., p. 624. http://www.bibliojuridica.org/libros/1/364/16.pdf (ingresado el 21 de Julio del 2008).

[2] **OSSORIO** Manuel. ***Diccionario de Ciencias Jurídicas Sociales y Políticas***, 1ra Edición Electrónica, Datascan S.A. http://www.scribd.com/doc/202240/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales-?query2=diccionario%20juridico%20y%20su%20concepto

Administración Pública. La parte de autoridad pública que cuida de las personas y bienes en su relación con el Estado, haciéndolos concurrir al bien común, y ejecutando las leyes de interés general a diferencia de la justicia que tiene por objeto las personas y bienes en sus relaciones particulares de individuo a individuo, aplicando las leyes de interés privado. [3]

Funcionario Público. Es quien actúa por delegación del estado en sus relaciones eternas de la administración con los administrados, expresando, ante estos, la voluntad de aquel.[4]

Antijuricidad. Calidad de lo antijurídico. La definición es fácil, pues debe entenderse por tal lo "que es contra Derecho" *(Dic. Acad.).* Determinar su contenido es más complicado, porque saber cunado una acción humana es opuesta el Derecho requiere una apreciación de índole subjetiva. Así, matar una persona constituye un acto antijurídico, y sin embargo pueden darse circunstancias en que matar a una persona represente un derecho y hasta una acción elogiable. Lo mismo en todos los aspectos del Derecho. Por eso en el examen de cada caso concreto, sólo a los jueces está reservada la facultad de establecer la juricidad o antijuricidad de los actos.[5]

Punibilidad. Merecedor de castigo/ Penado en la ley.[6]

Responsabilidad. Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. La que se concreta con la aplicación de la pena, por acción u omisión – dolosa o culposa – del autor de una u otra.[7]

---

[3] **ESCRICHE**, Joaquín. Op. Cit. Pp.90-91.
[4] **FRISANCHO APARICIO**, Manuel, Op. Cit. p. 30.
[5] **OSSORIO** Manuel, Op. Cit.
[6] **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo. ***Diccionario Jurídico Elemental.*** Editorial Heliasta, Edición 2004, Lima Perú.
[7] Ibíd. p. 352.

Función Pública. El tratadista Mayer entiende por función pública, un circulo de asuntos que deber ser regidos por una persona ligada con el Estado, por la obligación de Derecho Público de servir.[8]

[8] Ibíd. p. 175.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- **ABANTO VASQUEZ** Manuel A. ***Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano.*** Segunda Edición. Palestra Editores. Lima. 2003.
- **BACIGALUPO,** Enrique.

  Error y Tipo. Cooperación de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1993.

  Derecho Penal. Parte General. 2da Edición totalmente renovada y ampliada. Editorial Hammurabi S.R.L. Argentina. 1999.

- **BRAMONT ARIAS**, Luis / **BRAMONT-ARIAS TORRES**, Luis Alberto / **GARCÍA CANTIZANO**, Maria del Carmen. ***Código Penal Anotado***. Editorial San Marcos. 2ª Edición. Lima. 1998.
- **BUSTOS RAMIREZ**, Juan. ***Obras Completas.*** Control Social y otros estudios. , Tomo II. ARA Editores. Lima. 2004.
- **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo. ***Diccionario Jurídico Elemental.*** Editorial Heliasta. Lima-Perú. 2004,
- **CREUS** Carlos. ***Derecho Penal-Parte Especial***. Tm. II. Astrea. 2da Reimpresión. Argentina. 1999.
- **FRISANCHO APARICIO**, Manuel, **PEÑA CABRERA**, A. Raúl. ***Tratado de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública***. Editora FECAT. Lima Perú. 1999.
- **GACETA JURIDICA.** ***Código Penal Comentado.*** Titulo Preliminar. Parte General, Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición. Lima. 2004.
- **GARCIA CAVERO** Percy y **CASTILLO ALVA** José Luis. ***El Delito de Colusión.*** Editorial GRIJLEY. Lima. 2008.
- **HUGO ALVAREZ** Jorge B. ***Delitos cometidos por particulares contra la administración***. Gaceta Jurídica. 1ra Edición. Lima-Perú. 2000.
- **HURTADO POZO**, José. ***Manual de Derecho Penal***, Editorial Eddili, Segunda Edición. Lima. 1987.
- **JAKOBS**, Günther. ***Estudios de Derecho Penal***, Traducido por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Editorial Civitas. Madrid. 1997.

- **MAGGIORE** Guiseppe. ***Derecho Penal. Derecho Penal - El delito.*** Vol. I. Reimpresión a la Segunda Edición. Editorial TEMIS, Bogotá. 1985.
- **MARQUARDT,** Eduardo H. ***Temas Básicos de Derecho Penal.*** Abeledo-Perrot. Buenos Aires-Argentina. 1997.
- **MEZGER**, Edmund. ***Derecho Parte General.*** Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires- Argentina. Julio de 1958.
- **MUÑOZ CONDE**. Francisco. ***Derecho Penal-Parte Especial.*** Editorial Tirant lo blanch. Décimo Quinta Edición, revisada y puesta al día. Valencia. 2004.
- **PEÑA CABRERA**, Raúl. ***Tratado de Derecho penal***, Tomo I, Estudio Programático de la Parte General. Editorial Grijley. Lima. 1995.
- **POLITOFF** Sergio. **MATUS A.** Jean Pierre y **RAMÍREZ G.** María Cecilia. ***Lecciones de Derecho Penal Chileno***. Parte Especial. Segunda Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2005.
- **ROJAS VARGAS** Fidel. ***Delitos contra la administración pública.*** Edit. Grijley. Tercera Edición. Lima-Perú. 2002.
- **ROXIN**, Claus.

  Derecho Penal, Parte General. Tomo I, Trad. de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García de Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas. Madrid. 1997.

  La imputación Objetiva en el Derecho Penal. Editorial IDEMSA. Lima. 1997.
- **SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES,** Javier. ***Delitos de funcionarios. Aproximación a su parte general.*** Revista Canaria de Ciencias Penales, Nº 3, Julio, Las Palmas de Gran Canaria, 1999.

- **SILVA SÁNCHEZ,** Jesús Maria.

  Estudios de Derecho Penal. Primera Edición. Editorial Grijley. Lima. 2000.

  Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosh Editorial. Barcelona. 1997.

- **WELSEL** Hans.

  Derecho Penal. Parte General. ROQUE DEPALMA EDITOR. Buenos Aires. 1956.

  El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y Notas por José Cerezo Mir. Edit. IB de F. Buenos Aires-Argentina. 2004.

- **ZAFARRONI**. Eugenio Raúl.

  Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo V, Editorial Ediar. Buenos Aires. 1983.

  Manual de Derecho Penal (Parte General). Ediciones Jurídicas. Lima. 1994.

2. REFERENCIAS WEBGRAFICAS

- **ARMAZA GALDOS** Julio. ***Error de Prohibición***. Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 50, Año 1993 - Lima Perú. Pág. 1. http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/armaza1.pdf. (ingresado el 20 de Julio del 2008).

• **BAJO FERNANDEZ**, Miguel. ***El Error de Prohibición en el Derecho Penal Económico.*** http://www.miguelbajo.com/publicacion/normal/026.pdf (ingresado el 29 de Julio del 2008).

• **ESCRICHE**, Joaquín. ***Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.***, p. 624. http://www.bibliojuridica.org/libros/1/364/16.pdf (ingresado el 21 de Julio del 2008).

• **GARCIA ESPAÑA**, Elisa. ***Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos.*** (Los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995). Pág. 51. http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758341 (ingresado el 20 de Julio de 2008).

• **MANES**, Vittorio. ***Bien jurídico y reforma contra los delitos de la administración pública.*** Universidad de Bolonia. Pág. 2. http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artman.htm (ingresado el 20 de Julio del 2008).

• **NARVÁEZ ENRIQUEZ, Lesly**. ***Derecho Penal y el servidor público.*** Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar por el Titulo de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., Colombia, 2004. Pág. 49. **http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS46.pdf**. (Ingreso: 20 de Julio del 2008).

• **OSSORIO** Manuel. ***Diccionario de Ciencias Jurídicas Sociales y Políticas***, 1ra Edición Electrónica, Datascan S.A. http://www.scribd.com/doc/202240/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales-?query2=diccionario%20juridico%20y%20su%20concepto

• **SPÓSITO, Carolina**. ***Error de Prohibición.*** Nº 95. Tutor: Guillermo Navarro. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Carrera de Abogacía. Universidad de Belgrano, Departamento de Investigación. Buenos Aires Argentina. Agosto 2003. http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/95_sposito.pdf (ingresado el 20 de Julio del 2008)

• **SUEIRO**, Carlos Christian, **BIRRIEL,** Bibiana M. La Teoría del Error y sus limitaciones frente a la administrativización del Derecho Penal, Pág. 5. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=452, (artículo bajado el 20 de Julio del 2008).

• **TERRAGNI**, Marco Antonio. **Delitos *propios de los Funcionarios Públicos***, 1ra reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo. Madrid, España. Pág. Nº 86. http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=sRwqvPb7wuMC&oi=fnd&pg=PA29&dq=funcionario+publico%2Berror+de+prohibicion&ots=1UTj1QMh7G&sig=Q_iD2uauFjTZ_KwRKFn3JfGFr0w#PPA1,M1 (ingresado el 20 de Julio del 2008).

• **VELÁSQUEZ V.** Fernando. ***La teoría del error en el proyecto de Código Penal Colombiano de 1998***, Profesor emérito de la Universidad Pontificia Bolivariana. Colombia. http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/70.pdf. (artículo bajado el 20 de Julio del 2008).