



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: PARICOTO SIMON MAGNOLIA JOSEFINA

Código de alumno: 2010.1742.7.AC

Teléfono: 952018283

Correo electrónico: maggi2803@hotmail.com

DNI o Extranjería: 40877382

2. Modalidad de trabajo de investigación:

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

3. Título profesional o grado académico:

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

FACTORES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DELITO DE OMISIÓN, REHUSAMIENTO O RETARDO DE ACTOS FUNCIONALES, EN LOS PROCESOS PENALES DE LA PROVINCIA DE HUARAZ, 2007-2010.....

5. Facultad de:.....

6. Escuela, Carrera o Programa: Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: LÓPEZ JULCA RONALD REGAN

Teléfono: 961668022

Correo electrónico: ronaldlj20@gmail.com

DNI o Extranjería: 41715034

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma: 

D.N.I.:

FECHA:



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO”**

ESCUELA DE POSTGRADO

**FACTORES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA
ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DELITO DE
OMISIÓN, REHUSAMIENTO O RETARDO DE ACTOS
FUNCIONALES, EN LOS PROCESOS PENALES DE LA
PROVINCIA DE HUARAZ, 2007-2010.**

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales

MAGNOLIA JOSEFINA PARICOTO SIMON

Asesor: **Mag. RONALD REGAN LÓPEZ JULCA**

Huaraz - Ancash - Perú
2018

Nº. Registro: T0655

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor José Antonio Becerra Ruiz

Presidente

Magíster Florentino Obregón Obregón

Secretario

Magíster Ronald Regan López Julca

Vocal

ASESOR

Magíster Ronald Regan López Julca

AGRADECIMIENTO

- A Dios,
- A mi querida madre, quien me inculco los valores de la dedicación y perseverancia.

INDICE

	Página
Resumen	vi
Abstract	vii
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1 Objetivos	3
1.2 Hipótesis	4
1.3 Variables	4
II. MARCO TEÓRICO	5
2.1. Antecedentes	5
2.2. Bases teóricas	5
2.3. Definición de términos	80
III. METODOLOGÍA	83
3.1. Tipo y diseño de investigación	83
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	87
- Población	87
- Muestra	87
3.3. Instrumentos de recolección de la información	88
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	89
IV. RESULTADOS	91
V. DISCUSIÓN	97
VI. CONCLUSIONES	104
VII. RECOMENDACIONES	105
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106

RESUMEN

El informe final de tesis se encuentra enmarcado en la rama del Derecho Penal. Trata sobre el tema del delito de incumplimiento de funciones y su relación con el acto administrativo y los actos de administración, pues son dicha conducta de la administración pública la que origina las consecuencias de los delitos denunciados.

Es un marco fáctico respecto a la administración pública y la actuación de los órganos jurisdiccionales y el ministerio público, en el cual se desenvuelve la presente investigación.

Que, además se ha analizado los procesos penales seguidos por el delito de incumplimiento de funciones, verificando la relación funcional, los actos administrativos, actos de administración y el cumplimiento de las labores administrativas conforme a los instrumentos institucionales.

Es así que se investigó la explicación del problema planteado, así mismo se plantea un estudio mediante metodología de una investigación empírica-jurídica-social, ya que se evaluó diversos expedientes judiciales relacionados a la problemática materia de investigación.

Ello nos llevó a establecer diversas conclusiones y recomendaciones que se encuentran en la presente investigación.

Palabras claves: Derecho Penal, Incumplimiento de Funciones, y Acto Administrativo.

ABSTRAC

The Final Report Thesis is framed in the field of criminal law. Discusses the issue of crime of breach of functions and their relationship to the administrative act and acts of administration, they are such conduct of public administration that causes the consequences of crimes reported.

It is a factual framework regarding the public administration and the performance of the courts and the Public Prosecutor, in which this investigation was unfolding.

They also have analyzed the criminal proceedings for breach of the crime of functions verifying the functional relationship, administrative acts, administrative actions and enforcement of administrative tasks in accordance with the institutional instruments.

Thus the explanation of the problem was investigated, also a studio methodology arises through a social - legal – empirical - research, since various records related to the problem or research was evaluated.

This led us to establish a number of conclusions and recommendations found in this investigation.

Key words: Criminal law, breach of duties and Administrative Act.

I. INTRODUCCIÓN

Que el incumplimiento por parte del funcionario público de aquellos actos propios de su función, no siempre ha de generar responsabilidad penal, sino, principalmente, responsabilidad administrativa. Sin embargo, en virtud a que el normal y buen desarrollo de la administración pública resulta un bien jurídico de necesaria protección, para un mejor desenvolvimiento del aparato estatal, y por ende, el respeto del derecho constitucional de acceso a la administración pública y debida motivación y predictibilidad de los actos y actuaciones administrativas del que gozamos todos, el Código Penal contempla la figura típica de Omisión, rehusamiento o retardo de actos funcionales.

Que, la acción consiste en omitir, rehusar hacer, o retardar algún acto propio de las funciones. Omitir es no hacer, rehusar hacer es negarse de modo que para este supuesto es necesario que haya habido interpelación legítima en un determinado sentido, el delito consiste, en retardar el acto, retardar es no hacer a su tiempo, la consumación tiene lugar con el acto omisivo, sin necesidad de que se produzca consecuencia alguna, objeto de la omisión es un acto de su oficio, se trata pues de actos propios de una función, de donde resulta con toda claridad que solo puede ser autor un funcionario público, el hecho es doloso, y la exigencia expresa de la norma en el sentido de que se trate de un omisión cumplida ilegalmente, pone una exigencia que es al par objetiva y subjetiva.

Es, en el marco del delito mencionado, que traemos a colación, una de las atribuciones propias de diversos funcionarios, contenidos en diversos instrumentos de gestión, tales como reglamentos, manuales, normas legales, que

enmarcan sus conductas y las funciones de los funcionarios públicos, que resulta ser los sujetos activos del delito de incumplimiento, rehusamiento, o retardamiento en el ejercicio de sus funciones; que, sin embargo, en el momento de la averiguación o investigación penal; no se busca estratégicamente establecer el acto o actuación administrativa para establecer el delito, problemática, que nos ha llevado a establecer diversos problemas, hipótesis y metodología y resultados para poder establecer recomendaciones respecto al tratamiento del delito de omisión de funciones o deberes funcionales y así garantizar una efectiva investigación, tipificación del delito.

Formulación del Problema

a) Problema Principal:

Para formular el problema de esta investigación, lo que se pretende buscar la investigación de las causas o motivos en que radica *¿Cuáles son los factores por las cuales los Jueces con competencia penal no determinan judicialmente la Actuación Administrativa en el delito de omisión, rehusamiento o retardo de actos funcionales, en los procesos penales de la provincia de Huaraz, 2007-2010?*

b) Problemas Accesorios:

Establecida la respuesta corresponde preguntarse sobre la relación con las siguientes preguntas:

- ❖ ¿Por qué los Jueces y secretarios Penales de la provincia de Huaraz determinan el delito de incumplimiento de deberes funcionales, sin averiguar el incumplimiento de atribuciones funcionales del Funcionario Público?

- ❖ ¿Por qué en las Sentencias Penales por delitos de incumplimiento de funciones de la Provincia de Huaraz, determinan Acto Administrativo o administración sin averiguar el incumplimiento de atribuciones funcionales del Funcionario Público y el perjuicio ocasionado?

1.1. Objetivos:

1.1.1 Objetivo General:

Analizar e investigar cuáles son los factores por las cuales los jueces y secretarios penales determinan indebidamente el incumplimiento de funciones en los Delitos de omisión de funciones, seguidos en procesos judiciales de la provincia de Huaraz, durante los años 2007-2010.

1.1.2 Objetivos específicos

- ❖ Analizar e investigar por qué los Jueces y Secretarios Penales de la provincia de Huaraz, determinan el delito de incumplimiento de deberes funcionales sin averiguar el incumplimiento de las atribuciones funcionales del Funcionario Público.
- ❖ Analizar e investigar por qué en las Sentencias Penales por delitos de Omisión de funciones de la Provincia de Huaraz, determinan el delito de incumplimiento de deberes funcionales, sin averiguar el incumplimiento de las atribuciones funcionales del Funcionario Público.

1.2. Hipótesis:

Los Actos funcionales se determinan indebidamente en los Delitos de Omisión de funciones, seguidos en procesos judiciales de la provincia de Huaraz, durante los años 2007-2010, porque se pueden advertir los siguientes factores:

- a) Los Jueces y Secretarios omiten atender o considerar la omisión de atribuciones funcionales del Funcionario Público.
- b) Las Sentencias Penales no tienen en cuenta la omisión de funciones las atribuciones funcionales del Funcionario Público.

1.3. Variables:

Identificación de Variables:

a. Variable Independiente (X):

Omisión de atribuciones funcionales.

b. Variable Dependiente (Y):

Determinación del Acto Administrativo o funcional.

1.3.1. Operacionalización de Variables:

VARIABLES	Definición Conceptual	Definición Operacional	Indicadores
(X) Omisión de atribuciones u actos Funcionales	Condiciones jurídicas para que se configuren el supuesto normativo del Delito de Omisión de Funciones.	Permitirá conocer los criterios empleados por los jueces para poder determinarlos.	- Atribuciones Funcionales
(Y) Determinación del Acto Administrativo o funcional	La configuración del Acto Administrativo o de administración en la sentencia judicial por el órgano jurisdiccional correspondiente.	Permitirá conocer los criterios empleados por los jueces para poder determinar el Acto Administrativo o de administración	❖ Sentencias. ❖ Procesos Judiciales. ❖ Normatividad. ❖ Jurisprudencia. ❖ Doctrina.

II. MARCO TEORICO

2.1 Antecedentes

2.1.1 Antecedentes Internacionales:

Que, de la revisión de las investigaciones internacionales, no se puede apreciar investigación relacionada sobre el presente tema de investigación; así mismo de la revisión de páginas de internet no se puede establecer tesis relacionada a la presente investigación.

2.1.2 Antecedentes Nacionales:

Que, de la revisión de las investigaciones internacionales, no se puede apreciar investigación relacionada sobre el presente tema de investigación. Así mismo, no se puede apreciar bibliografía de la búsqueda de cybertesis.

2.1.3 Antecedentes Locales:

De la revisión de las Investigaciones en la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo y de las Universidades San Pedro como de la Universidad los Ángeles de Chimbote, no se ha podido registrar algún antecedente que tenga relación con el tema materia de la presente investigación.

2.2 Bases Teóricas

2.1.1 Reflexión sobre la ausencia de acción en los ilícitos

Nuestro derecho penal moderno, es fruto de una constante dinamicidad jurídica dogmática, y como tal ha adoptado variadas posiciones frente a las nuevas formas de comisión de delitos, y es que la labor del derecho penal material, la protección de bienes jurídicos, debe de situarse en una posición abierta frente a las nuevas tendencias criminales, siendo pertinente tomar una concepción liberal de lo que hoy se conoce como las sociedades de

riesgo, donde las situaciones de riesgo son más extensas y más continuas. En este contexto es que un Estado Social de Derecho, como garante de determinados bienes jurídico penales, debe de establecer modernas políticas criminales capaces de combatir aquellas situaciones que lesionen o pongan en peligro todo interés social jurídicamente relevante, de lo contrario éste estaría renunciando a su misión fundamental, que bien lo dice Aristóteles, (...)”el estado nació para hacer la vida fácil y solo podrá existir para hacer la vida justa”¹, y sin el cumplimiento de este designio histórico ha de caer en la destrucción de la misma, siendo consiguiente el colapso de todo el ordenamiento jurídico.

La teoría de las situaciones de Riesgo, se enmarca dentro de aquellas realidades donde inevitablemente se percibe y estructura una constante tensión o controversia entre seguridad y riesgo², es dentro de esta disyuntiva social que la ciencia penal ha identificado distintas y novísimas formas de comisión de delitos como es el caso de los tipos de omisión o los conocidos delitos de ausencia de acción.

2.1.2 Reconocimiento legal por parte de la norma penal peruana

Nuestro ordenamiento jurídico, a través del Código Penal de 1991, ha tomado en cuenta esta innovadora figura, tanto en la Parte General, dentro del artículo 13° del Código Penal, como en la parte Especial, en distintos tipos que se caracterizan por ser de carácter *clausus*. Tomando en cuenta la norma sustantiva antes citada, reza lo siguiente: *El que omite impedir la*

¹ Haya de la Torre Victor Raúl. “Treinta Años de Aprismo”. Ed. Monterrico Lima, 1954 pág. 123.

² Caro Coria Dino “Bienes Jurídicos Colectivos en la sociedad de Riesgo y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación con resultado lesivo”. En II Congreso de Internacional de Derecho Penal. Lima, 1997 pág. 51.

realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 2.- Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.

Cabe mencionar que el reconocimiento jurídico que otorga el estado a esta figura, mediante el principio de legalidad, pasa a brindar determinadas garantías frente al agente, a fin de frenar la arbitrariedad del *ius punendi* que posee el estado. Siendo esto así, es de tomar en cuenta que dicho reconocimiento se ve ligada a los grandes aportes que realiza la doctrina penal, la misma que según al grado de acertación, ha de poseer una aceptación mayoritaria, por lo que es de reconocer que una adecuada interpretación de la doctrina penal ha de brindar grandes aportes al desarrollo de la moderna política criminal, siendo dicha labor de esencial trascendencia como fuente del Derecho.

2.1.3 Aspectos básicos a tomar en cuenta sobre la omisión

Anteriormente se ha mencionado que la conducta es la base de la norma penal. Sin embargo, una conducta no se concentra únicamente en un actuar, sino también en un dejar de actuar,³ así la doctrina penal ha definida a la omisión como una modalidad de comportamiento humano que podemos llamar de silencio conativo para el alcance de determinada meta o propósito debidamente anticipada por el agente, o para mantenerse en dicho estado

³ Rodríguez Hurtado, Mario Pablo, Manual de casos penales, “La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal” Cooperación alemana al desarrollo”.

(de silencio) por el motivo que sea pero debiendo y pudiendo actuar.⁴ Por otra parte Muñoz Conde concibe esta modalidad delictual “que no es un simple no hacer nada, sino que hacer una acción que el sujeto está en situación de hacerlo.⁵ Así mismo el profesor Bramont Arias – Torres califica a la omisión como aquella conducta que transgrede una norma imperativa...que es castigado por no hacer lo que la norma ordena.⁶ En consecuencia es de notarse que tras de la ausencia de producción de movimientos, que realiza el sujeto activo, debe concurrir indispensablemente el elemento subjetivo que ha de ser en este caso el Dolo, el mismo que es exteriorizado a través de la omisión del deber de actuar, contraviniendo de esa manera una norma de mandato.

La doctrina nacional configura a la acción como la manifestación más genuina de la proyección del poder humano destinado a transformar una realidad,⁷ de lo cual, si no existe una variación material de la realidad, que se traduzca a través de un menoscabo normativo de valor, no se podría imputar a una persona un resultado típico. Aparentemente la concepción de la omisión se encuentra limitada, o mejor aún, no encuentran fundamento frente a la idea conceptual de la acción, pero Villa Stein, dentro de la doctrina nacional, hace una muy acertada definición al respecto señalando que la omisión como tal, es una forma ampliada de modalidad de ejecución,⁸ por lo tanto, la omisión debe de situarse dentro del concepto de

⁴ Villa Stein Javier, Derecho Penal, parte general. Ed. Grijley Lima, 2008 pág. 271.

⁵ Muñoz Conde, Teoría General del Delito Madrid, pág., 65

⁶ Bramont Arias Torres Luis Miguel, Derecho Penal, parte general, Lima 2008 Ed. EEDLI pág. 244

⁷ Reátegui Sánchez James, Derecho Penal, parte general, Ed. Gaceta Jurídica Lima 2008 pág. 133

⁸ Villa Stein Javier Op. Cit. pág.273.

acción, que su realización ha de tener un desenlace típico, o mejor aún, relevante jurídicamente.

2.1.4 Clasificación de los delitos de omisión

La doctrina ha desarrollado una clasificación de lo que se conoce como la omisión, las mismas que han de variar en cuanto a su forma y al fondo del hecho, por contener elementos distintos de tipo objetivo, empero estos han de partir de la ausencia de acción voluntaria de parte del agente y la realización de éstas; siendo divididas estas en Propia o Puras, e Impropia, o comisión por omisión:

2.1.5 En cuanto a la omisión propia o pura

En cuanto a la primera, ésta no ha generado mayores problemas dentro de su concepción, por cuanto, se le conoce como aquella acción, en la que el agente rehúsa y omite cumplir una norma imperativa. Nuestra legislación penal ha tomado en cuenta esta idea, plasmándola dentro de la parte especial del Código Penal, en los siguientes artículos: 126, Omisión de socorro y exposición a peligro; 127, Omisión de auxilio o aviso a la autoridad; 149, Omisión de prestación de alimentos; 229, Omisión de deberes de funcionarios públicos; 352, Omisión de resistencia a rebelión, sedición o motín; 377, Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; 407, Omisión de denuncia; 424, Omisión de ejercicio de la acción penal; 429, Omisión de consignar declaraciones en documentos.

2.1.6 Elementos del Delito de Omisión Propia:

Si bien es cierto los delitos de omisión pura no ha calado mayores problemas en cuanto a su interpretación y su concepción por parte de la doctrina penal, en cuanto estos guardan estrecha relación y cierto parecido con los delitos de comisión dolosa, pero es necesario tomar en cuenta los siguientes aspectos que han de constituir la estructura del tipo de delito *in comento*.

- i. Acción Esperada.-** Esta parte del tipo esta interrelacionada con la norma preceptiva, o norma de mandato, por cuanto lo señalado por la norma no es cumplida; ante la expectativa de su efectiva realización de parte del ordenamiento jurídico como de la sociedad en común integrante de una sociedad de riesgo. Por lo tanto se estaría verificando un no hacer por parte del agente en una determinada situación típica, donde las circunstancias ameritan actuar de una forma necesaria que implicaría la evitación de un riesgo productor de peligro. Empero la acción esperada va en una íntima ligazón con el principio de confianza, basada en la división de trabajo, donde cada persona debe de cumplir a cabalidad sus roles,⁹ y un rol de toda sociedad es la solidaridad que pueda existir entre los miembros de ésta, así cada persona debe de responder adecuadamente ante cualquier situación que necesite la actuación de la persona.
- ii. Capacidad de Actuación.-** El sujeto debe de tener la plena capacidad física y psicológica para poder actuar, y cumplir de esa manera lo ordenado por la norma preceptiva. Para ello se requiere la concurrencia de

⁹ Reátegui Sánchez James, Op. Cit pág. 355

determinadas circunstancias que coadyuven a la realización perfecta de ésta, así como la cercanía temporal y espacial, conocimientos previos, siendo de esa manera la inconcurrencia de los elementos de la capacidad se estaría produciendo un error de tipo que justificaría el comportamiento del agente. Debemos de tener en cuenta que el deber de actuar se genera en el momento en el que se produce la necesidad de actuar, es decir se genere la situación típica.¹⁰

iii. Ausencia de realizar el comportamiento adecuado.- Esta parte del tipo objetivo se sitúa en el momento actual de la comisión del hecho, es decir en la situación típica actual, por cuanto el agente no posee la voluntad de poder actuar de la manera prevista, siendo también necesario que concurren el elemento conativo, aunque muchos autores no admitan la concurrencia del mismo, por cuanto sin la concurrencia del conocimiento ha de desaparecer la responsabilidad del delito, a causa de un error de tipo. En cuanto no habrá forma de imputabilidad del ilícito si la persona se esforzó por el cumplimiento de la misma, por lo que debe de haber una ausencia *in strictu sensu* de la acción esperada.

iv. Relación de Causalidad.- Este tipo de delitos son agrupados dentro de la clasificación de los delitos de mera actividad, los mismos que representan la puesta en peligro de un bien jurídico. Por lo tanto, la relación de causalidad se ve un tanto relegada por no importar el resultado del hecho, puesto que la consideración de éste toma cabida dentro de la omisión impropia. Entonces,

¹⁰ Bramont Arias Torres Luis Miguel, Op. Cit pág. 249

podemos encontrar solo la concurrencia de una acción omitiva, que ha de representar una infracción de un deber de actuar.

2.1.7 En cuanto a la omisión impropia o comisión por omisión

Por otra parte en segunda lugar se encuentra situada éste tipo de omisión como variante más extensa y compleja de la misma. Al respecto ésta ha sido una de las piedras en el zapato dentro de la concepción doctrinaria, por su difícil interpretación y apreciación dentro de los ámbitos penales. Pudiéndose entender ésta figura como una forma mixta de la acción, en tanto, que está integrada por una omisión y una acción, (in lato sensu), por lo tanto ésta figura se acoge a los delitos calificados por el resultado, de lo cual el desenlace típico ha de implicar la violación de una norma de prohibición, ya sea esta no matar (art. 106), no robar (art. 188) entre otras. Que para poder encontrarse en el ámbito de la tipicidad es menester poder identificar los dos momentos equiparándolas a través de la comisión y la omisión dentro de un juicio de subsunción adecuado, la misma que ha de concretarse entre el contraste de la premisa mayor, las normas (entre la omisión y la comisión), y la premisa menor, que han de enmarcarse dentro del resultado producido a través de los haceres omisivos y comisivos.

Muchos autores han sostenido que dentro del catálogo de delitos, parte especial del Código Penal, deben de considerarse a los delitos de omisión, en tanto que, la omisión impropia, por su carácter mixto, debe de situarse dentro del ámbito de la acción, por lo que resultaría innecesario subsumir este aspecto dentro de la teoría de la omisión; teoría que por supuesto no fue del todo aceptada por la doctrina, puesto que, dentro de éste tipo de ilícitos

se encuentra en un primer momento de los hechos, la omisión. El código penal además, de configurar el hacer y el resultado, aporta a ésta figura, la posición de garante.

Al respecto, muchas teorías se han pronunciado, en cuanto, a su origen, encontrándose una fuente positivista que se pronuncia por el origen de ésta posición en la norma legal, así en muchos casos podrá ser garante el tutor o curador, o los padres que son responsables por los actos de los hijos. Así también nombra como responsables de los determinados ilícitos los representantes de las personas jurídicas, que como bien se sabe ésta se sitúa dentro del actuar en nombre de otro, calidad que recae sobre la persona, producto del otorgamiento de poder mediante una norma legal de Derecho Privado, en muchos casos los estatutos, reglamentos, etc., así un claro ejemplo la encontramos en los productos que son realizados por una empresa, que posteriormente causaran enfermedades estomacales a determinadas colectividades, siendo responsable penalmente el gerente de la empresa.

Por otra parte se encuentra una posición naturalista o causalista, donde el origen de toda responsabilidad, de garante, se encuentra por un otorgamiento o aceptación tácita, no encontrándose una concurrencia de voluntades expresas que han de generar una responsabilidad contractual, como si lo afirma la posición anterior, más aún ha de generarse una responsabilidad extra contractual, así una persona que se encuentra de paseo con su perro de raza Doberman y este conociendo la peligrosidad del animal, no le coloca determinadas medidas de seguridad, y el can termina

causando lesiones a un tercero desconocido, o así el caso de una persona que está practicando alpinismo con otras personas, cae y esta sujeta por una pequeña cuerda que ésta a punto de romper, por lo que otra persona omite brindar la ayuda, y ésta termina cayendo al precipicio, posteriormente muriendo. Como última postura se encuentra la concepción funcionalista, o mixta, donde la posición de garante ha de ser producto del otorgamiento de responsabilidades delegadas por la ley y al mismo tiempo las circunstancias han de brindar cargos a las personas que tienen la posibilidad y el deber de evitar resultados típicos. Por lo tanto la posición de garante es aquella situación típica en la que el agente, se encuentra en un deber de hacer algo, que el ordenamiento jurídico le impone, y así mismo las situaciones ameritan el deber de actuar, frente a estos hechos, con el fin de evitar un menoscabo normativo de valor, es decir, un resultado típico.

Es menester mencionar que una omisión no implica, un silencio, *in strictu sensu*, es decir, un no hacer perfecto, más aún la omisión se extiende a un sentido más amplio, capaz de poder abarcar las mas ambiguas situaciones típicas, por lo tanto, podemos ubicar dentro de esta perspectiva doctrinaria, a las acciones que se representan a través de hacer algo diferente a lo que la norma manda,¹¹ contraria a la norma de mandato, siendo ésta un plano inicial de la relación de causalidad, que según al resultado ha de tener determinadas consecuencias típicas.

¹¹ Bramont Arias – Torres Op. Cit. Pag. 244

2.1.8 Elementos de los delitos de omisión impropia

En cuanto a los elementos que deben de concurrir sobre los delitos de omisión impropia, creo que acertadamente Reátegui Sánchez enumera los siguientes:

- i. Situación Típica.-** Siendo ésta, aquella circunstancia que describe la norma típica, o como bien la doctrina establece, se puede concebir como aquel supuesto de hecho típico integrante de la norma de mandato; que si bien describe la realidad en la que se encuentra una persona o mejor aún el hecho en sí mismo, debe de estar sujeta frente a determinadas situaciones, que dependiendo de los demás elementos del tipo, que no supriman la descripción típica. Así una persona A, que sufre de alucinaciones que se encuentra premunido de armas para matar a B, lo ataca y termina matándola. Aparentemente estamos ante una situación típica del delito de homicidio simple, así el artículo 106° señala “*el que mata a otro*”, pero en el presente caso no existe una adecuada situación típica puesto que el agente es inculpable por sufrir alteraciones en el ámbito de su conciencia. Pero nos encontraríamos ante una efectiva situación típica si no hubiese dicha alteración.
- ii. Poseer capacidad Física para ejercitar la acción mandada.-** La capacidad toma distintas concepciones, ante los variados ámbitos del Derecho Peruano, así podemos encontrar una capacidad de goce y ejercicio, dentro de la concepción civilista. Si bien dentro de este ámbito, entra a tomar realce la capacidad de ejercicio, la misma que se manifiesta ante el uso de la capacidad total que posee de la persona, para poder

actuar, es decir, un ejercicio pleno de la capacidad motriz, así, no podríamos acusar de la comisión de un delito a un ciego que omitió salvar de morir a una persona. Es menester poder mencionar que las circunstancias en las que se encuentra el omitente, deben ser propicias para poder cumplir con la acción mandada, por lo tanto, existe una ligazón, a nivel personal, en cuanto al ejercicio, como también a nivel externo en cuanto a los factores que intervendrán, no necesariamente con voluntad, dentro de la realización del tipo. No se puede dejar de lado que la capacidad también ha tomado una posición subjetiva, por cuanto, el nivel psicológico de la persona no puede dejarse de lado, por ser ésta determinante dentro de la realización de la persona, por lo cual, una determinada situación debe de exigir una adecuada percepción de la realidad, psicológicamente, caso contrario la capacidad quedaría relegada, y por lo tanto la responsabilidad penal del mismo quedaría exenta.

iii. Posición de garantía.- La garantía es entendida como aquella acción que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad.¹² Tomando en cuenta lo señalado, este punto, como parte integrante del tipo de omisión impropia, implica la delegación de responsabilidad, sobre determinadas situaciones, al agente, es decir cumple una función de garantizar que no exista un aumento de riesgo, ya sea permitido como no permitido, dentro de una determinada situación típica, que conllevara a evitar un menoscabo normativo de valor. Como ya se menciona, el título de garante ha de ser adquirida, según a la naturaleza del hecho, tanto contractualmente como

¹² Chanamé Orbe Raúl, Diccionario Jurídico, términos y conceptos, Lima 2009 Ed. Ara editores pág. 294

extracontractualmente sobre el riesgo. Empero, la omisión por parte del garante debe de estar investida del elemento subjetivo, creyendo necesario que exista un conocimiento previo, por lo que nos encontraríamos ante un binomio subjetivo, que deberán de ser determinaste en la relación de causalidad.

iv. Relación de Causalidad.- La relación de causalidad es concebida, como bien se conoce, como aquel vínculo estrecho existente entre la acción y el resultado, siendo éste un análisis eminentemente naturalístico, donde el primero ha de ser determinante para la producción del segundo. Dicha relación de causalidad en los delitos de omisión impropia ha de tener un vínculo hipotético¹³ por lo que es necesario equiparar la omisión a nivel de una acción, mediante un análisis virtual, que deberá ser investido por la suposición de ¿si hubiese cumplido con el hacer mandado se hubiese concretado el resultado?, por lo que la posición de garante ha de ser determinante dentro de ésta relación.

Tomando razón de cómo se constituyen los elementos del tipo de omisión es menester para una adecuada administración de justicia poder identificar de manera cierta la responsabilidad penal del agente, en sentido lato, en cuanto una mala adecuación típica han de conllevar una vulneración al principio del debido proceso. Por lo que la tutela efectiva ha de ser el elemento determinante para establecer un Derecho Penal acorde a las sociedades que se anticipe a los hechos antes que velar por ellos.

¹³ Bramont Arias – Torres Op. Cit. Pag. 258

2.2.1. Autoridad y Poder

Al referirnos al Poder y Autoridad, en términos generales el poder ha sido considerado como un concepto más amplio que el de autoridad, entendido como un caso especial de poder a este último.

Al tratar el poder varios autores han retomado la definición de Max Weber, como la probabilidad de tomar decisiones que afecten la vida de otro(s) pese a la resistencia de éstos. En la medida en que el poder se ejerce por medio de la fuerza y la coerción, Weber distingue entre el mero ejercicio del poder y la relación de dominación.

El concepto de poder es sociológicamente amorfo. Todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en posición de imponer su voluntad en una situación dada. El concepto de dominación tiene por eso, que ser más preciso y sólo puede significar la probabilidad de que un mandato sea obedecido.

En su análisis sobre el poder, estudia y clasifica las diferentes modalidades de ejercicio según la diversidad de sus fundamentos. Para hacer que su poder sea efectivo, un individuo o grupo puede apelar a los temores, a sanciones físicas, al ejercicio de la persuasión, a la manipulación o al compromiso que los no-poderosos tienen con el "sentimiento del deber". Dependiendo de sus bases, distingue las relaciones que son asimétricas de las que exigen reciprocidad. Dentro de las primeras están la fuerza y la manipulación; dentro de las segundas la persuasión y la autoridad.

Mientras que el poder que se ejerce por la fuerza tiene su sustento en la violencia, la manipulación es un poder que se ejerce ocultando las

intenciones mediante un esfuerzo deliberado y exitoso de influir en las respuestas de individuos o grupos a los que no se les comunica explícitamente las intenciones del poderoso. Este "lavado de cerebro induce tanto a la compra irreflexiva de determinados productos como a votar por ciertos candidatos. Por su parte, debe entenderse por persuasión aquella forma de poder que intenta convencer mediante argumentos que se aceptan sólo después de ser evaluados independientemente e integrados como base del comportamiento propio.

A diferencia de la fuerza, la manipulación y la persuasión, la autoridad se vincula a la existencia de cierta legitimidad y de una estructura jerárquica que conlleva a ordenamientos institucionalizados.

Lo anterior no implica que la autoridad renuncie al ejercicio de la fuerza y la violencia sino que, como ésta se ejerce con un sustento legítimo y en esta medida se minimiza la necesidad de mantener los medios de coerción en alerta constante: "Sólo cuando un sistema de autoridad se desmorona, o un individuo dado pierde su autoridad, debe recurrirse al poder para asegurar su conformidad...". La necesidad de diferenciar entre el ejercicio efectivo de la fuerza y la mera amenaza de su utilización. Conviene no perder de vista la distinción significativa entre la exclusión efectiva de una persona del sistema político (ya sea mediante la eliminación física o el encarcelamiento) de la mera "advertencia" de su posible supresión. A diferencia del mero poder, la autoridad previene la aplicación de la fuerza como tal: "cuando se usa la fuerza es que la autoridad ha fallado". En tanto el poder ordena y está

respaldado, si es necesario por la imposición, la autoridad "apela", y deja de ser tal si se impone.¹⁴

La acción ocasional de la comunidad al carácter permanente de la asociación institucional, y define los diferentes fundamentos de la legitimidad como justificación interna de la obediencia que está interiorizada, tanto en los gobernados como en los gobernantes.

En la medida en que es legítima, toda autoridad se sustenta en las leyes. Así la autoridad se distingue del poder coercitivo y del liderazgo basado en la capacidad de influir y en la persuasión por la legitimidad. La relación de autoridad es una relación de órdenes y obediencia en la cual la autoridad tiene el derecho de mandar y los otros la obligación de obedecer. Esta definición de la legitimidad como sustento de la dominación está basada en los planteamientos weberianos y es compartida por varios autores.

A diferencia de la persuasión, la autoridad no intenta presentar argumentos sino asegurar el cumplimiento de las órdenes. En oposición a las relaciones igualitarias de persuasión, los lazos de autoridad son siempre jerárquicos. La relación autoritaria no descansa ni en argumentos razonados y compartidos ni en el mero poder coercitivo sino en una estructura cuya razón y legitimidad es reconocida tanto por los que mandan como por los que obedecen y donde cada uno tiene un lugar jerárquicamente definido.

En la medida en que los deberes y obligaciones están claramente estatuidos, el comportamiento es previsible y la relación es continua, de allí que, en la relación de autoridad la importancia del contenido de la comunicación

¹⁴ Autoridad y Poder: http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras34/textos2/sec_3.html

pueda ser secundario frente al significado prioritario del estatus que ocupa quien da la orden. En este sentido la autoridad es un poder institucional y legítimo que se ejerce manteniendo cierta "distancia" entre los que mandan y los que obedecen. De allí que la posesión y ejercicio de la autoridad tiende a estar íntimamente asociada con un conjunto de rituales -pompa y ceremonia- y de elementos simbólicos -cetro, corona, etc.

Así, el concepto de autoridad conlleva una serie de identificaciones, demandas y expectativas que se vinculan a la fórmula política. Afirmar que una persona tiene autoridad significa que es poseedora del poder que le asigna la "fórmula política" y que aquellos que se adhieren a ésta, consideran que se ejerce en forma justa y apropiada.

Sin embargo en algunos regímenes la noción de autoridad, en la práctica, se encuentra divorciada del verdadero centro del poder. La autoridad formal y la real deben consecuentemente diferenciarse. En no pocas ocasiones, las autoridades formales no toman las decisiones políticas sino que se limitan a participar en las ceremonias y rituales (es el caso de la monarquía británica y el de los presidentes de la ex Unión Soviética). Allí donde el control y la autoridad están en las mismas manos (poder efectivo y poder formal), el debilitamiento de uno conlleva al del otro.

La atribución de autoridad siempre tiene un contenido "subjetivo", porque involucra no solamente a las personas que mandan sino también a las que obedecen. La relación de autoridad implica la aceptación de la misma; su mantenimiento y continuidad dependen, en gran medida, del prestigio de las personas que ocupan los distintos cargos.

Así, la autoridad legítima presupone un conjunto de reglas compartidas que prescriben la obediencia dentro de ciertos límites. Para ser legítimas estas normas deben ser comunes a un amplio número de personas y no limitarse a regir únicamente las relaciones que estrictamente se establecen entre los que mandan y los que obedecen.

En este sentido, "hay una conexión conceptual íntima entre la noción de autoridad, por una parte, y la noción de que hay una forma correcta y otra incorrecta de hacer las cosas, por la otra. El que se somete a la autoridad -a diferencia del que se somete al mero poder coactivo- no está sujeto a una voluntad ajena. La aceptación de la autoridad es conceptualmente inseparable de la participación en las actividades gobernadas por reglas en función de las cuales la libertad adquiere sentido: ... sólo en el contexto de las actividades gobernadas por reglas tiene sentido hablar de la libertad de elección; librarse de todas las reglas no sería obtener la libertad perfecta, sino crear una situación donde la noción de la libertad ya no podría encontrar asidero..." Por lo tanto resulta contradictoria la afirmación de que para asegurarse la libertad de elección, es necesario renunciar a la autoridad. Como también lo afirma basándose en los planteamientos de los clásicos de la filosofía política, las nociones de autoridad y de libertad están unidas en la misma concepción y en la persona del sujeto. Al respecto, preocupado por la vinculación entre libertad, autoridad y democracia, la libertad verdadera acepta la autoridad de la misma forma que la autoridad verdadera reconoce la libertad. La libertad que no reconoce la autoridad es una libertad arbitraria licencia no libertas. Viceversa, la autoridad que no reconoce la libertad es

autoritarismo... la democracia necesita la autoridad y no es, sin embargo autoritaria. Cuando examinamos el autoritarismo desde la óptica de la libertad, se deduce claramente que el autoritarismo niega la autoridad (puesto que la autoridad define la libertad). Como, "en una sociedad totalitaria, la verdadera autoridad se destruye del todo..." Del mismo modo puede decirse que cuanto más autoritario es un régimen, menos descansa en la autoridad.

Así, en la medida en que la autoridad implica que la obediencia a los ordenamientos no sea impuesta sino que tenga sustento legítimo se puede afirmar que la crisis de la democracia es una crisis de autoridad. Lejos de repugnar a la democracia, puede decirse que la autoridad es la fórmula de poder por excelencia. La idea que realza la democracia no es la conquista de poder, sino por el contrario, su minimización y por lo tanto, la sustitución de los "poseedores de poder" por los "poseedores de autoridad". De ahí que, para Sartori la mejor forma de conceptualizar el autoritarismo es como un sistema político en el cual, a diferencia de la autoridad democrática, apenas hay sitio, si es que lo hay, para la libertad.

Una vez hechas estas reflexiones sobre poder, autoritarismo y democracia abordaremos la diferenciación entre liderazgo y autoridad.

Como hemos señalado, lejos de responder a cualidades innatas, la autoridad surge en el proceso de organización social y tiene sus fundamentos en factores institucionales. Como contrapartida, el término de liderazgo

comúnmente se ha utilizado para referirse a los atributos personales en virtud de los cuales se ejerce el poder o la influencia.

Con base en esta diferenciación y ante la importancia de los movimientos sociales contemporáneos, es común que el concepto de liderazgo se vincule a "dirigentes", "guías" o "personalidades influyentes" que actúan en movilizaciones colectivas que buscan transformación social (profeta, héroe carismático, demagogo) mientras que, como lo hemos sentido, el concepto de autoridad se utiliza más con referencia al ámbito propiamente institucional (administrador, burócrata, jurista, etc.).

Es común que el concepto de líder se vincule con el de "héroe", en la medida en que se trata de un individuo cuyas acciones tienen tal impacto social que "hace que sucedan cosas que de otra forma no hubieran sucedido". Desde esta perspectiva, hay un gran entrelazamiento entre las teorías de la revolución y las teorías de liderazgo en tanto que ambas presuponen una teoría del cambio social.

Los estudiosos que comparten lo que se podría considerar el "paradigma carismático" que introduce como modelo de líder, consideran en términos generales que los grandes líderes tienden a aparecer en las épocas de mayor conflicto político y causan un impacto excepcional sobre los eventos sociales. Ante una crisis de valores aparece un héroe carismático, cuyas características psicológicas, aunadas a sus acciones públicas lo llevan a tomar decisiones críticas que a su vez serán el sustento de una nueva identidad social, de nuevas estructuras permeadas por nuevas ideologías. En

este sentido, "el carisma es la gran fuerza revolucionaria en las épocas vinculadas a la tradición".

Los orígenes del liderazgo se han situado comúnmente en el marco de las pequeñas comunidades y de las sectas religiosas. El proselitismo que aparece en la génesis de los movimientos religiosos se inspira frecuentemente en figuras proféticas como la de Moisés, Mahoma, Jesús o Calvino. "La personalidad única e irresistible que moviliza y arrastra a las masas hacia nuevas metas y nuevos caminos de salvación religiosa se convierte en prototipo de liderazgo". Al respecto, el Viejo Testamento se encuentra el prototipo del paradigma carismático. En las relaciones de los judíos con Moisés aparecen los tres elementos de los procesos psicológicos y sociológicos de liderazgo: el líder, los seguidores y la situación de grupo.

En términos generales se ha considerado como requisito para el liderazgo la posesión de ciertas cualidades que son intransferibles, como la habilidad, la destreza y el prestigio personal. Consecuentemente, los mayores peligros para el líder no están en el rango y el puesto que ocupa sino en sus rivales potenciales que pueden tener cualidades afines.

En la ciencia política, gran parte de la bibliografía sobre liderazgo deriva de Aristóteles y Maquiavelo y está dominada por la imagen de las masas no pensantes y de un líder dotado de poder y voluntad. Maquiavelo hace énfasis en la virtud del líder que incluye tales características como el coraje, la convicción, el orgullo (prestigio) y la fuerza. Entre las características de los líderes la 'Fuerza de voluntad', el empeño y la capacidad de oratoria.

A diferencia de la autoridad que demanda o exige que se cumplan sus disposiciones con base en el fundamento legítimo y en el orden jerárquico, el líder sólo puede pedir o "esperar" que lo sigan y a su vez esto depende de sus cualidades personales y de la situación misma -lo que nos hace pensar en la clásica diferencia entre la virtud y la fortuna en el pensamiento de Maquiavelo. Mientras la relación de autoridad es de subordinación jerárquica, la de liderazgo es de sumisión personalizada. Aquellos que ejercen la autoridad -especialmente en una gran asociación- muchas veces no tienen conciencia de la identidad de sus seguidores, quienes pueden perder de vista quién está en la cúspide. Por ejemplo, un ejército obedece al oficial de más alto rango sin siquiera conocerlo.

Sin embargo, la noción de liderazgo ha sufrido cambios importantes en su relación con la autoridad. Las nuevas corrientes intelectuales de los siglos XIX y XX y la influencia del positivismo en ciencias sociales modificaron drásticamente el significado de liderazgo político. Ante las nuevas perspectivas de la psicología, el "héroe" tradicional desaparece y el "liderazgo" ya no se explica tanto en función de una serie de rasgos y atributos fijos sino que se concibe como resultado de la interacción social, del lugar de la actividad humana dentro de una determinada estructura, del "papel" que juegan algunos individuos y de las esperanzas mutuas de líderes y seguidores. Se plantea entonces el problema de cómo trasladar los estudios sobre liderazgo en pequeñas comunidades al análisis del mismo en las grandes asociaciones políticas, donde "la prensa constituye un elemento

fuerte para la conquista, la preservación y la consolidación del poder por parte de los líderes".

La preocupación por el análisis del liderazgo se extiende a las situaciones de estabilidad social que, como tales, no son esencialmente conflictivas y en donde los políticos están limitados por la propia rutina y por las directrices gubernamentales. Sin embargo, las acciones de los líderes siguen siendo importantes para estudiar las posibilidades del cambio social. En las sociedades plurales, el liderazgo se ejerce en el marco de "conflictos multilaterales y limitados" dentro de un sistema de estratificación social que ya no corresponde al modelo dualista, un tanto simplista, de la élite y la masa. En este contexto, las acciones de los líderes son interdependientes con las de una multiplicidad de individuos, lo que da lugar a un nuevo tipo de liderazgo "pluralista" y de carácter "ejecutivo". A diferencia de lo que ocurre en los pequeños grupos, en el marco institucional ampliado el dirigente tiene que mantener el equilibrio mediante fórmulas de compromiso con sus seguidores más cercanos, con los integrantes de otros partidos y asociaciones políticas, y con los diversos grupos de funcionarios y el público en general.

En el Estado moderno, el líder y sus partidarios ya no se influyen recíprocamente de forma directa sino que se relacionan indirectamente a través de una serie de personas que desempeñan diferentes cargos en el sistema político. Así entendido el liderazgo ejecutivo moderno se concibe como un proceso organizativo en el cual, aunque el líder pueda seguir siendo un individuo, en realidad su liderazgo es el producto colectivo de una

actividad organizativa que se distingue genéricamente de las relaciones entre gobernantes y gobernados en las asociaciones de pequeña escala.

El líder ejecutivo tiene así un carácter "colectivo" por el cual -a semejanza de lo que ha ocurrido tradicionalmente cuando se habla de autoridad- el propio cargo no depende exclusivamente de quien lo ocupa. El legado histórico y las expectativas, en cierta medida permiten predecir la conducta del ejecutivo, y la institucionalidad garantiza la continuidad de forma que, en caso de muerte repentina, el cargo funciona en ausencia del titular.

Una vez hechas estas observaciones en torno a los puntos en donde los conceptos de autoridad y liderazgo confluyen y se diferencian, a continuación se analizará cómo algunos autores han reflexionado en torno al papel de los líderes en los procesos democráticos modernos.

En *los partidos políticos* "el argumento político más importante contra el concepto de la democracia popular directa". El liderazgo y la democracia son incompatibles entre sí. Incluso en aquellas organizaciones políticas con orígenes e ideología democrática, el liderazgo inicial se transforma en el gobierno de una oligarquía. Se trata de un proceso histórico inevitable en el cual "los líderes demócratas e idealistas terminan sucumbiendo a la corrupción inherente al poder". Específicamente, la posibilidad de un liderazgo representativo. En la medida en que los líderes de la masa llegan a ser parte de la "élite en el poder", sus propósitos y objetivos responden a su propia decisión dentro de los elementos privilegiados.

El autor expone las razones de carácter técnico y administrativo que hacen imposible el gobierno directo de los grandes grupos. Como la colectividad

no puede intervenir en la resolución de todas las posibles controversias, las masas soberanas se vuelven incapaces de adoptar las resoluciones más necesarias: "la evolución democrática tiene un curso parabólico, con el avance de la organización, la democracia tiende a declinar, a medida que la influencia de los líderes aumenta". De allí que, por razones técnicas y administrativas, una organización fuerte necesite de un liderazgo profesional. El advenimiento del liderazgo profesional señala así el principio del fin de la democracia y la imposibilidad de un sistema "representativo". Aunque en teoría los líderes están vinculados a la voluntad de las masas, en la práctica gozan de gran independencia. Las afirmaciones son tajantes: en las revoluciones democráticas "no son las masas las que han devorado a sus líderes sino los jefes son los que se han devorado entre sí con la ayuda de las masas"; en una democracia "el único derecho que el pueblo se reserva es el *privilegio ridículo* de elegir periódicamente un grupo de amos".

2.2.2 Teoría de Delito de Abuso de Autoridad

Autoridad proviene del latín «auctoritas»: prestigio, fuerza, poder. Importancia e influencia de que goza en el reconocimiento general de las personas un individuo, un sistema de opiniones o una organización, en virtud de determinadas cualidades y méritos. Según sea la esfera de influencia, se distingue una autoridad política, moral, científica, etc. Un sistema de autoridad es condición necesaria para el desarrollo histórico-social del hacer práctico. La autoridad desempeña un importante papel en la edificación socialista, cuando las amplias masas de trabajadores se incorporan activamente a la obra común. El abuso de autoridad puede llevar,

en último término, a que desaparezca la fe en ella o a la ciega subordinación que se convierte en *culto a la personalidad*. El XXII Congreso del P.C.U.S. hizo hincapié en la diferencia que existe entre la autoridad de los dirigentes y el culto a la personalidad, e indicó que la autoridad ha de conquistarse a través de un desinteresado servicio al pueblo, al Partido, a través de un trabajo tenaz y de un conocimiento profundo de la obra que se realice. Para conservar la autoridad, es necesario tener en cuenta la opinión pública, no alejarse de las masas, basarse en la experiencia de éstas. La *crítica* y la *autocrítica* son la condición que evita la transformación de la autoridad en culto a la personalidad.¹⁵

A decir del profesor Rojas Vargas¹⁶, el Código Penal peruano de 1991, manteniendo la tradición histórica italiana en cuanto al esquema genérico y a la exclusividad del sujeto activo recaído en funcionario público, nos ofrece similar fórmula que el Código de 1924, con la diferencia de ubicación observada en la disposición de los verbos rectores.

La figura penal del abuso de autoridad puede ser definida jurídicamente como aquel delito genérico e innominado que castiga hechos abusivos del funcionario público que no se encuentran previstos, ni como delito autónomo ni como circunstancia agravante de otro delito, en el Código Penal ni en otra disposición especial de la ley.

La tendencia actual observable en las legislaciones penales europeas avanzadas, propias de estados sociales de derecho, es el incluir como sujetos activos de delito a los empleados o servidores públicos en el tipo de abuso

¹⁵ Diccionario Soviético de Filosofía: <http://www.filosofia.org/enc/ros/autorid.htm>

¹⁶ ROJAS VARGAS, Fidel.- *Delitos Contra la Administración Pública*. 4ta edición. Editorial Grijley. Lima, 2007, pág. 216.

genérico de autoridad o empleo y, por otro lado, a endurecer la gravedad de las penas, así como –y esto es de gran importancia- ubicar el abuso de autoridad dentro del rubro de los delitos contra los derechos fundamentales de la persona. En el fondo de tal tendencia está implícito el tema del respeto a los derechos humanos, la dignidad de las personas y la limitación al poder del funcionario público.

Otras de las orientaciones, que pugnan por dotar de un mayor contenido material al injusto y por lo mismo de mayor taxatividad a la conducta se registra con el nuevo diseño italiano del *abuso d' ufficio* que presenta la conducta típica –inmersa en el desarrollo de actos funcionales o de servicio del sujeto activo- caracterizada por el hecho de procurarse, para sí o para otro, el sujeto público una injusta ventaja patrimonial o acarrear un daño a terceros, con lo que rompe la indeterminación del acto arbitrario. Nuevo diseño que ha puesto un giro radical en el contenido y la naturaleza del injusto, que llega a chocar incluso con la idea de un abuso genérico funciones. Actualmente, en la moderna dogmática y en la legislación alemana y española, el delito de abuso de autoridad no forma parte de los delitos contra la administración pública¹⁷.

2.2.3 Bien Jurídico Protegido.

Antonio Pagliaro¹⁸, sintetiza en tres los criterios o posiciones que en la doctrina informan sobre el objeto de la tutela jurídico-penal al respecto:

¹⁷ Ibid. pág. 217.

¹⁸ Citado por ROJAS VARGAS, F.- Op. cit, pág. 217.

- a) La probidad y corrección del funcionario público,
- b) El buen funcionamiento (andamento) de la administración pública;
- c) La imparcialidad de la administración pública.

Pagliari¹⁹ reconociendo las limitaciones de la probidad y corrección en tanto deberes éticos y por los mismo materias de difícil asimilación en las consideraciones jurídico-penales, revisa igualmente el criterio del buen andamento (adecuado desarrollo) al que considera el bien jurídico en sentido lato, lo que le lleva a buscar elementos de mayor precisión que los encuentra precisamente en la imparcialidad, a la que considera el interés específico a tutelar por la norma penal del abuso diufficio, en tanto derecho a la igualdad de trato hacia el ciudadano por parte de los ciudadanos de la administración pública. Para los contenidos de nuestra fórmula de redacción punitiva, a efectos de determinar el bien jurídico protegido, tiene decisiva importancia la segunda posición, la misma que sin embargo deberá precisarse con mayor acercamiento de conformidad a los componentes y ubicación sistemática de la norma penal.

2.2.4 Sujeto Activo y vinculación funcional.

Lo es de modo exclusivo a título de autor el funcionario público en ejercicio de funciones. Aquellos que cumplen las órdenes de este, cuando el acto abusivo no es realizado directamente por el funcionario, responderán en calidad de cómplices o, según el caso, actuarán como instrumentos en el contexto de la autoría mediata.

¹⁹ Ibidem, pág. 217.

El servidor o empleado público no es sujeto activo en esta figura penal. Tampoco la imputación puede ir dirigida solamente en atención a la calidad de funcionario, sino en relación a aquel que actúa en ejercicio de las funciones que su cargo faculta (relación funcional). Rige el principio de que solo se puede abusar de lo que se tiene. Como indica correctamente Fontán Balestra²⁰, los hechos cometidos fuera de las funciones no constituyen abusos. Característica que nos muestra ya en este primer delito de función los alcances del componente de la vinculación funcional que racionaliza la imputación en relación al marco de funciones o del sujeto obligado con ellas, y nos vincula de modo adecuado con el principio de legalidad. No basta entonces ser funcionario para cometer el delito.

2.2.5 Sujeto Pasivo.

Existe aún discusión doctrinaria y jurisprudencial al respecto. Posiciones reduccionistas solo consideran sujeto pasivo a la administración pública en sentido amplio. Otras posiciones extienden la titularidad del sujeto pasivo también a los agraviados directos, sean estas personas particulares, grupos humanos o personas jurídicas.

En el Perú, Portocarrero Hidalgo²¹ es de la opinión que sujeto pasivo es la persona contra quien se comete la conducta arbitraria, independiente del Estado. Ángeles –Frisancho²² ven en el Estado al titular del bien jurídico mencionado.

²⁰ *Ibíd.* pág. 220.

²¹ *Ibíd.* pág. 222.

²² *Ibidem*, pág. 222.

2.2.6. Teoría de los Delitos contra la Administración Pública

Rojas Vargas²³ enseña que la administración pública, entendida dinámica e institucionalmente, es la forma organizada más extendida del poder público que en las sociedades contemporáneas exhibe (debe necesariamente poseer) atributos de calificación, competencia, tecnificación, infraestructura de medios, racionalidad y contenido ético-teleológico bien definidos. Su existencia en tanto, sistemas preconfigurados y/o unidades burocráticas (de funcionarios y servidores), es y ha significado históricamente una necesidad para los fines del Estado, comprendidos estos tanto al interior de los países o comunidades de países como al exterior del mismo. La administración pública vista desde fuera es el poder articulado en niveles y competencias que se diferencia nítidamente de la ciudadanía o sectores privados de destino, a los que sirve (debe de servir para legitimar socialmente su existencia), pero sobre los cuales ejerce poder. Desde dentro, la administración pública es un conjunto estratificado y piramidal de subsistemas organizativos, no siempre homogéneos, que tiene en la Constitución Política y en las leyes su fundamento jurídico de existencia. Como nos recuerda Baena Del Alcazar²⁴, la administración pública o las administraciones públicas constituyen una concreción del estado, ya que de por sí este carece de realidad en la vida práctica a no ser como una idea superior o abstracta.

La administración pública, o si se quiere para ser menos centralista y más desconcentrado en la lectura, las administraciones públicas, desde una perspectiva objetiva y teleológica vienen a constituirse en el mecanismo

²³ ROJAS VARGAS, Fidel.- *Delitos Contra la Administración Pública*. 4ta edición. Editorial Grijley. 2007, pág. 5.

²⁴ Ibid. pág. 6.

puente entre el Estado y la sociedad civil, entre las formas y el contenido humano de los países. Su existencia jurídica, en dicha perspectiva solo cobra legitimidad social en la medida que se identifique con sus cometidos y destino: en servidor a la sociedad y a los ciudadanos, bajo estándares de igualdad, eficacia, sometimiento al ordenamiento jurídico y reafirmación del derecho de los seres humanos a convivir e interactuar en condiciones de racionalidad y dignidad, así como de recibir por parte del Estado bajo el cual se acogen, gratificaciones que potencien su condición existencial y eleven su calidad de vida. La administración pública en esta nueva versión conceptualizadora, en tanto expresión elaborada, racional y proyectiva hacia la comunidad, no puede ser una macroactividad de una sola dirección, sino que requiere estar siempre concordada con las legítimas expectativas de sus destinatarios, recepcionando y evaluando sus requerimientos a efectos de afirmar cada vez a través de sus actos la vigencia del estado de derecho.

Orgánica y subjetivamente, esto es, vista en base a sus entidades y estructuras, a sus niveles y jerarquías, en una sola frase, considerando su dimensión interna, representa quizás una lectura menos trascendente que la anterior, lo que se entiende si nos situamos en una perspectiva de sentido y cometido social-histórico, sin que esto implique desmerecer el trabajo que en tal dirección haya que efectuar para modernizarlo y dotarle de mayor funcionalidad. Efectivamente, el carácter instrumental que posee toda administración pública, nos recuerda, como acota Adela Asúa²⁵, que ella se haya puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y a la vez indica la

²⁵ Ibid. pág. 7.

responsabilidad política del gobierno en cuanto a que es el responsable de dirigirla.

La cada vez más creciente existencia y posicionamiento de las administraciones públicas, pese a las tímidas orientaciones privatizadoras en determinadas funciones, plantea una serie de problemas al análisis político y sociológico, sobre todo en la tensa relación entre política y administración pública, en aspectos tales como la interacción en términos de poder (alcances y límites) entre los altos funcionarios políticos (que cambian cada cierto tiempo en los regímenes democráticos), los subsistemas burocráticos y cuadros de carrera, en la perspectiva de sus implicancias para la estabilidad y eficacia de la administración; la distinción (o subsunción) entre actos políticos y administrativos, las relaciones entre lo político y lo privado, el papel de la gerencia técnica y su difícil convivencia con los intereses político-partidarios, las preocupaciones éticas de la administración frente a las convivencias y cálculos de los políticos, entre otros temas. Problemática que adquiere particular gravedad en sociedades de frágil y alterada racionalidad administrativa, en las cuales la personalización del poder y los intereses de los grupos políticos ha sido el factor prevalente para encausar los cometidos del Estado y por lo mismo los fines de las administraciones públicas, cuyas organizaciones han sido involucradas, con frecuente ocurrencia, en el contexto de acción de la política partidaria, con las lesivas consecuencias que ello comporta. Situación que con facilidad y profusión se aprecia en la mayor parte

de países latinoamericanos, donde los estados, a decir de José Méndez²⁶, exhiben fortaleza externa pero oquedad interior, columnas débiles y piso frágil.

Ahora bien, el Estado tiene sus propios órganos contralores y se haya dotado de reglamentos y procedimientos específicos internos y externos para proteger a la administración pública –con niveles más o menos optimizados- de los comportamientos de sus agentes que violando sus deberes infringen los reglamentos y pautas orgánicas. Este contexto el derecho penal como medio de control conminatorio y represivo es un mecanismo fragmentario de actuación, esto es, significa un último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable para la administración estatal e importe presencia de actuación dolosa. La fragmentariedad y última ratio del derecho penal rige tanto para delitos comunes como para los especiales por la calidad del autor y función.

Pero, ¿protege realmente a la administración pública el derecho penal? Para cualquier observador promedio resulta sintomático que los órganos de control penal solo actúen procesando y dando penas cuando la lesión a bien jurídico ha sido ya producida. Entonces, surge la interrogante de si la norma penal está protegiendo eficaz y eficientemente los intereses estatales.

El problema subyace como cuestión de fondo reside en las excesivas expectativas colocadas en el marco de la intervención penal. Debe quedar claro que el derecho penal no es un medio ex profeso de evitar delitos o de

²⁶ Ibid. pág. 8.

componer procesos de lesividad material. Su eficiencia en este punto es muy discutible y relativa, siendo más bien modesta y concreta su función, la misma que consiste básicamente en: a) prevenir hipotéticamente la comisión de delitos y faltas mediante el mensaje de prevención general positiva –que se supone debe internalizar, en este caso, todo agente público y particular –o a través de la amenaza de la pena (prevención general negativa); b) Aplicar sanciones penales una vez cometido el hecho prohibido en la norma u omitido lo obligación de actuar contenida en la misma, previo un procedimiento penal ajustado a ley y al debido proceso, circunstancia este última necesitada de enfatizar para contextos jurídicos–normativos como el peruano.

Integrando los fines preventivos generales (positivo y negativa) y las sanciones, la intervención efectiva del derecho penal se constituye en el mecanismo racional violento de respuesta estatal para afirmar la vigencia de la norma penal vulnerada con los actos delictivos imputables al infractor, sea este un funcionario, servidor público o un particular vinculado con la administración pública. Tal es la justificación social y quizás la razón suficiente de mayor peso argumentativo dado hasta ahora, frente a la serie de cuestionamientos, a los fines y a la existencia misma del derecho penal²⁷.

2.2.7 El bien Jurídico Protegido: La Administración Pública.

2.2.7.1.- Noción Básica de Administración Pública. - En el no siempre fácil terreno de las definiciones existe sin embargo un nivel plausible de consenso para concebir la administración pública en un doble sentido. Objetivamente,

²⁷ Ibid. pág. 10.

como el conjunto de actividades previstas legalmente, o previsibles que son desarrolladas por los agentes públicos (funcionarios y servidores), mediante las cuales se realizan los fines del Estado y de las diversas entidades públicas. Subjetivamente (o en una visión organicista), administración pública “es el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias”. Por cierto que este consenso no siempre es compartido a nivel doctrinario; en tal orientación, por ejemplo: García De Enterría²⁸, para quien lo que define a la administración pública no son las actividades funcionales sino el complejo orgánico institucional sino y sobre todo la consideración para el derecho administrativo de que es una persona jurídica.

La concepción objetiva está así basada en la división material de funciones estatales fundamentales (legislativa, ejecutiva, judicial). Por su parte la concepción subjetiva se fundamenta en la división de poderes, con prescindencia en sus funciones (poder legislativo, ejecutivo y judicial), cada uno con sus numerosos órganos y planos jerarquizados y con asignaciones propias de cargos y competencias, aunque todavía desde una perspectiva genérica. Para los fines del derecho penal son válidas y útiles las concepciones objetivas y subjetivas como tendremos ocasión de comprobar. También desde una perspectiva teórica se ve a la administración pública como una ciencia o disciplina científica que se encarga del estudio en si de las organizaciones públicas en su triple relación, tanto con la legalidad, en la cual encuentra su legitimación jurídica, con el poder de donde emana su fuerza y al cual

²⁸ Ibid. pág. 11.

representa administrativamente y con la sociedad a la que sirve y en la que demuestra su legitimación social y eficiencia²⁹.

2.2.7.2.-Amplitud Temática- Si bien en el terreno del derecho administrativo existe tendencia a circunscribir la administración pública al estricto ámbito de la actividad del aparato ejecutivo, no obstante, actualmente prima una perspectiva más amplia para dejar incluida en ella al “todo estatal” en cuanto desarrollo de funciones y servicios públicos³⁰.

2.2.8.- Teoría del Bien Jurídico

Günther Jakobs³¹: de acuerdo con una extendida opinión, que incluso es doctrina dominante, el Derecho penal sirve para la protección de bienes jurídicos. Con ello se quiere decir más o menos que existen bienes previos al Derecho penal, como, por ejemplo, la vida, la salud, la propiedad, y, según la opinión de la mayoría de los autores –aunque no de todos-, además el funcionamiento de los órganos del Estado, y que el Derecho penal debe garantizar la intangibilidad de esos bienes, dependiendo de la teoría de la pena que se siga, esta garantía puede ser de muy diversa índole: los defensores de la prevención especial quieren evitar que el autor lleve a cabo ulteriores hechos, los representantes de la prevención negativa persiguen la intimidación de otros autores potenciales, y la versión que es hoy la habitual, la prevención general positiva, considera que lo decisivo es que una constante punición de los

²⁹ Ibidem, pág. 12.

³⁰ Ibidem, pág. 12.

³¹ JAKOBS, Günther.- “¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?”, en: JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel.- *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal*. Biblioteca de Autores Extranjeros N° 6. Editorial Grijley. Lima - Perú, 1999, pp. 43 y ss.

hechos en cuestión produce el efecto de fortalecer en la población la convicción de que los bienes son intangibles, o, al menos, el efecto de que esta convicción no se erosione³². Fuera como sea, en todo caso, partiendo de esta perspectiva, el Derecho Penal está al servicio de la protección de bienes, que por ello se convierten en bienes jurídicos.

A la afirmación positiva de que el Derecho Penal sirve a la protección de bienes jurídicos se suele vincular una afirmación negativa: las meras infracciones morales, se dice, no lesionan bien alguno y por ello no deben ser penadas, y por esta misma razón se afirma que la moral en sí misma –ya que una vulneración de ésta no afecta a nadie- debe quedar excluida como bien. El ejemplo principal en este contexto suele serlo el de la actividad homosexual entre personas adultas; y, por lo demás, nadie queda lesionado.

La Delimitación de la Protección Jurídico-Penal de Bienes Jurídicos. - Si se examina esta concepción con algo más de detalle, pronto aparecen algunas peculiaridades que necesitan de explicación. Si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado, es decir, sin límite alguno, entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de las ocasiones parecen de un modo que no le interesa al Derecho, especialmente al Derecho penal, ni lo más mínimo. Los seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada, o sucumben a graves enfermedades; hay máquinas que el uso ha deteriorado y por ello ya son inútiles, un campo sembrado es devastado por

32 *Ibid.* p. 43.

una tormenta o anegado por el mar, etc. ¿Son todos estos sucesos supuestos de lesiones de bienes jurídicos, de modo que el pasado aparece como un arsenal gigantesco de bienes jurídicos lesionados, y el presente como una permanente lesión de esos bienes?³³.

Evidentemente, tal discurso no es precisamente adecuado a la materia, y por ello se objetará que el carácter percedero de todos los bienes sólo tiene algo que ver con el Derecho en la medida en que las personas deben respetarlos; se dirá, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. Visto de este modo, el Derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, correspondientemente, únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, por lo demás, de meros bienes que pueden perecer. Esto nos conduce a una concepción más coherente: la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico; el automóvil carcomido por la corrosión es un bien que desaparece, su destrucción intencionada es una lesión de un bien jurídico. Por lo tanto, el Derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecen en la lente del Derecho, y son, por consiguiente, bienes jurídicos.

³³ *Ibidem*, p. 44.

Partiendo de esta perspectiva, también se obtiene una concepción coherente del ordenamiento jurídico: el Derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el Derecho es la estructura de la relación entre personas. Por lo tanto, el Derecho Penal como protección de bienes jurídicos significa (en todo caso) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona³⁴.

En opinión de Urquiza Olaechea³⁵ refiere que: el concepto de bien jurídico cumple funciones dogmáticas que quedan determinadas por la norma penal. La norma (mandatos y prohibiciones) dará sentido a lo protegido y la dirección de los mismos. La trasgresión de la norma se explica como afección o puesta en peligro del bien jurídico. El dato de bien jurídico no es abstracto sino preciso y diferenciado, así el Derecho Penal no ha de proteger el “valor vida” en cuanto tal valor, sino la vida concreta de los ciudadanos. Por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos, en cuanto menos datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad. La norma penal que recoge todos los elementos utilizados por el legislador en la determinación del injusto, dará sentido al bien jurídico. El bien jurídico no es un dato cualquiera sino uno sustancial unido al principio de legalidad y como señala el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal se requiere siempre la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico tutelados por la ley.

34 *Ibid.* pág. 45.

35 URQUIZO OLAECHEA, José.- “El Bien Jurídico”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 6, GC. Ediciones. Lima - Perú, 1998, pp. 811 y ss.

El bien jurídico cumple una función ordenadora o sistemática al jerarquizar las infracciones particulares contenidas en la parte especial. Nuestro Código Penal clasifica las diferentes infracciones partiendo de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud, el honor, la familia, la libertad, el patrimonio, la confianza y buena fe en los negocios, etc. La sistemática utilizada por el legislador nacional indica el predominio de la tendencia liberal de nuestro Código Penal que concuerda con lo previsto en la Constitución al referirse a la persona humana como fin supremo de la sociedad.

El concepto de bien jurídico como guía de interpretación –en palabras de Santiago Mir-Puig³⁶ descubrirá el ámbito de protección o el fundamento del injusto. Por ejemplo: en el delito de lesiones, debe determinarse si se afecta la salud o la integridad física de la persona. La intervención quirúrgica con fines de protección o mejoramiento de la salud, no agrede a la salud ni a la integridad física, todo lo contrario. Entonces, falta de antijuricidad material de conducta.

El padre que traslada al hijo sustrayéndolo del dominio de la madre –de quien se halla separado- no lesiona el bien jurídico seguridad del artículo 153 del Código Penal. El sujeto amante del arte que ante el peligro de incendio del local donde se exhibe la obra, toma el valioso cuadro para salvarlo y huye del local. La reflexión penal en sede de bien jurídico asumirá que lo relevante para la determinación de la lesión del patrimonio, no será la sustracción como tal, sino, establecer si el patrimonio fue sustraído con fines de lucro o protección.

³⁶ *Ibíd.* pág. 812.

En éste último caso no hay lesión alguna, por el contrario un beneficio al patrimonio.

En resumen, como señalan Bustos / Hormazábal³⁷: en la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica. El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate.

Como ha quedado establecido, la función de sistematización como la de interpretación (teleológica) no resulta en lo absoluto reñida al sentido fundamentado del bien jurídico, por el contrario, evidencian el alto rendimiento dogmático y material de la categoría.

El penalista español Serrano-Piedecabras Fernández³⁸ nos dice que: el derecho penal, alejado de la defensa de una determinada moral, encuentra su objeto de protección en los bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos deben permitir la participación del individuo en los procesos sociales y también en los procesos económicos. Además, deben facilitar la profundización del sistema democrático y evitar la dominación de unos grupos sobre otros.

³⁷ *Ibidem*, p. 813.

³⁸ SERRANO-PIEDECABRAS FERNÁNDEZ, José Ramón.- *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*. Editorial Gráfica Horizonte. Lima - Perú, Octubre de 1999, pp. 100 y ss.

El protagonismo que se atribuye al derecho penal como motor de complejos procesos ha llevado a cierto sector doctrinal a pretender la sustitución del clásico principio de tutela de bienes jurídicos por el de dañosidad social. Este, con su permanente tentación de funcionalismo, se concilia mejor con un sistema jurídico penal de orientación intervencionista que con otro de tutela estática. De ahí la proliferación de los mecanismos de adelantamiento de las barreras de la protección penal (tipos de peligro, tipos abiertos, abuso de elementos normativos) que obligan al juez a operaciones de valoración y composición de intereses sociales, en lugar de acudir a una correcta caracterización del concepto de bien jurídico, entendido en el sentido dinámico y participativo que es, por otra parte, el impuesto por la Constitución.

Claro que el pasar por alto las exigencias de este principio no es nuevo ni imputable en exclusiva a estas construcciones teóricas. Y es que la creciente anticipación de la tutela penal a través de la creación indiscriminada de delitos de peligro abstracto y la utilización preponderante de los mismos en relación a los bienes jurídicos colectivos, han producido un debilitamiento del concepto de “bien jurídico” como criterio axiológico de orientación o delimitación de la selección penal. La multiplicidad, la inconsistencia ya la contingencia de los bienes equivalen en realidad a una desvaloración de la idea misma del bien. Por este motivo, los delitos de peligro abstracto se constituyen, en relación al bien jurídico, en piedra de toque para confirmar o desestimar su utilidad crítica y para mantener o desechar este concepto como centro de la

construcción penal y como punto de partida para el análisis dogmático del delito.

Pero los embates fundamentales al principio del bien jurídico proceden de las teorías sistémicas en línea, como se ha dicho, con las concepciones “luhmannianas” del Derecho³⁹, fundamentan el juicio negativo sobre el delito no en el hecho de que se lesionen determinados bienes jurídicos que se estiman dignos de tutela, sino en el grado de intolerabilidad funcional que ese delito supone.

No se pueden desconocer los avances que sobre la noción del bien jurídico han aportado este tipo de investigaciones. Desde las primeras formulaciones ilustradas, y concretamente de Feurbach⁴⁰, dirigidas a la superación de una concepción moralizante del Derecho penal, se ha intentado construir empíricamente el “referente material” en que debe consistir el bien jurídico. En este sentido, se ha de reconocer que el concepto de dañosidad social, formulado por Amelung⁴¹ como un ataque a las condiciones de existencia social, supone un intento de transformación consecuente del concepto de bien jurídico, porque pone de relieve que el Derecho Penal ha de tener en cuenta las necesidades e intereses del sistema social y, sobre todo, porque explica que no toda lesión de un interés humano exige una reacción penal, sino tan solo aquellas que, además, sean socialmente dañosas.

39 *Ibdí.*, pág.. 102.

40 *Ibidem*, p. 102.

41 *Ibidem*, p. 102.

Pero una cosa es afirmar que la lesión del bien jurídico sólo autoriza la reacción penal cuando esa lesión tenga relevancia social, lo cual es incremento de las garantías, y otra muy distinta y difícilmente salvable por el pensamiento funcionalista, elevar a la categoría de bien jurídico máximo y, en consecuencia, de criterio de definición de los demás bienes jurídicos, la funcionalidad de los comportamientos individuales con respecto a las líneas generales políticas del sistema.

La progresiva pérdida de importancia del principio del bien jurídico como criterio de obligada referencia para el legislador es correlativa, aunque no tiene por que serlo necesariamente, a la extensión de las tareas estatales y a su progresiva intervención en las diversas áreas de la actividad social que en el esquema teórico del Estado de Derecho quedaban confiadas a los particulares⁴².

2.2.9.- La Seguridad Jurídica

Radbruch⁴³, opina que el problema del fin del Derecho, planteado por relación a los bienes éticos, tenía que desembocar necesariamente en el relativismo. Y en la imposibilidad de definir el Derecho justo, por esa razón, hay que conformarse, por lo menos, con estatuirlo, por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para imponer lo estatuido. No es otra la justificación del Derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica

⁴² *Ibidem*, p. 102.

⁴³ RADBRUCH, Gustav.- *Introducción a la Filosofía del Derecho*. 1ª reimpresión de la 1ª edición en español. Fondo de Cultura Económica. Santafé de Bogotá, D.C. – Colombia, 1997, pp. 39 y ss.

sólo puede ser cumplida mediante la positividad del Derecho. Surge así, como tercer elemento de la idea del Derecho, un nuevo factor: la seguridad jurídica.

Entendemos por seguridad jurídica, no la seguridad por medio del Derecho, la seguridad que Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etc. –pues ésta va ya implícita en el concepto de la adecuación a fin-, sino la seguridad del derecho mismo. La cual requiere a su vez, cuatro condiciones⁴⁴, a saber:

- 1) que el Derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes;
- 2) que este Derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la “buena fe” o el de las “buenas costumbres”;
- 3) que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean “practicables”; para ello no hay más remedio que aceptar, a veces, conscientemente, su tosquedad, como cuando, por ejemplo, se suplen los hechos verdaderamente buscados por ciertos síntomas exteriores, que es lo que se hace, *verbi gratia*, al supeditar la capacidad de obrar, no al grado de madurez interior del individuo, sino a un determinado límite de edad, que la ley fija por igual para todos;
- 4) finalmente, el Derecho positivo –si se quiere garantizar la seguridad jurídica– no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley: los checks and balances –frenos

⁴⁴ *Ibidem*, p. 40.

contrapesos- de la teoría de la división de poderes y la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica⁴⁵.

La seguridad jurídica reclama, pues, la vigencia del Derecho positivo. Pero la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y hasta que, por muy paradójico que ello parezca, el desafuero cree Derecho. Hay estados de hecho, como el *estatus quo* en Derecho internacional o la *posesión* en Derecho civil, que gozan de protección jurídica sin necesidad de que se asienten sobre una base de Derecho.

La prescripción adquisitiva o extintiva no significa otra cosa que la transformación en estado de Derecho de una situación antijurídica, mediante el transcurso de un determinado período de tiempo. En gracia a la seguridad jurídica, es decir, para cerrar el paso a interminables disputas, hasta las sentencias judiciales erróneas adquieren el valor de cosa juzgada y, en ciertos países, por la fuerza del precedente, sirven incluso de norma para el fallo de futuros litigios. Las prácticas contrarias a ley se convierten en Derecho al elevarse a costumbre, pudiendo incluso dejar fuera de combate a las leyes que se interpongan en su camino. La revolución, es decir, la alta traición, es un delito cuando no triunfa, pero si logra el triunfo, se convierte en base para un nuevo Derecho. Es también la seguridad jurídica la que, en estos casos, convierte en nuevo Derecho la conducta antijurídica. Los gobiernos

⁴⁵ *Ibidem*, p. 41.

revolucionarios se legitiman cuando se demuestran capaces para mantener la paz y el orden. Por eso, al día siguiente de triunfar la revolución, todos los gobiernos revolucionarios suelen proclamar que el orden y la paz (perturbados por la alta traición) serán garantizados enérgicamente. Como vemos, la idea de la seguridad jurídica hace que entre el poder y el Derecho se creen relaciones extraordinariamente paradójicas: no puede decirse que el poder se anteponga al Derecho, pero sí que el poder triunfante crea, en muchos casos, un estado de Derecho nuevo⁴⁶.

Alzamora Valdez⁴⁷ nos dice que la Seguridad es el conjunto de condiciones que realiza el derecho para proteger a la persona en orden al cumplimiento de sus fines dentro de la sociedad. Gracias a la seguridad cada cual adquiere una íntima convicción: sabe que sus derechos no serán desconocidos ni alterados sino por mandato de una regla justa que provenga de quienes ejercen legítimamente la autoridad.

La seguridad del derecho ha sido considerada como la principal razón de su existencia. Si nos preguntamos, dice Recaséns Siches⁴⁸, por qué y para qué hacen los hombres el derecho, tal interrogante no se encuentra contestado, ni por la idea de justicia “ni por el séquito de egregios valores que la acompañan como presupuesto de ella, sino por el valor subordinado –la seguridad– correspondiente a una necesidad humana”. Agrega este mismo autor, con el propósito de exaltar la importancia de la seguridad, que el derecho “no ha

⁴⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁷ ALZAMORA VALDEZ, Mario. - *La Filosofía del Derecho*. Editorial Tipo-Offset Sector. Lima, 1976, pp. 317 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 317.

nacido de la vida humana por virtud de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social”.

En sentido amplio, considera Delos⁴⁹, que la seguridad es “esa garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos, no serán objeto de ataques violentos y que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad protección y reparación. En otros términos, está en seguridad aquel (individuo en el Estado, Estado en la Comunidad Internacional), que tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y, por consecuencia, regulares –conforme a la regulae- y legítimos conforme a la lex”.

La exigencia de seguridad ha constituido una preocupación fundamental para el Derecho. “La *salus*, o sea la seguridad que el Derecho procura, fue puesta en relieve por Cicerón, que expresó al respecto el pensamiento jurídico clásico. En la Edad Media, la validez de *jus naturalis* (que dignitate praevallet consuetudini et constitutione) “prevalece en dignidad sobre la costumbre y la constitución” (*Decretum Gratiani*) en cuanto a la ley eterna, hace que la *seguritas* no sea individualizada como exigencia autónoma y tutelada como tal, por más que Santo Tomás indique que la *temporalis tranquillitas civitatis* como el fin de la ley humana; sólo con Marsilio de Padova, en esto al menos precursor del

⁴⁹ *Ibidem*, p. 318.

pensamiento laico, el concepto mismo de Derecho Natural es criticado en cuanto falta en él las normas ciertas”⁵⁰.

En la filosofía jurídica de Hobbes, ocupa un lugar destacado “la exigencia del orden, de la tranquilidad a la cual sacrifica enteramente la libertad”. Según la afirmación que contiene el “Tratado Teológico Político” de Spinoza, “la verdadera aspiración del Estado, no es otra que la paz y la seguridad en la vida, por la cual es aquel en que los hombres viven armónicamente y sus leyes son respetadas”⁵¹. La armonía de las libertades individuales como propósito del Derecho y la legalidad como expresión formal de la norma jurídica, son dentro del pensamiento Kantiano exigencias de la seguridad.

La seguridad jurídica ha sido entendida por algunos tratadistas como nota pertinente al derecho mismo –seguridad del Derecho-; y por otros, como la seguridad por medio del Derecho⁵².

La seguridad jurídica –o la certeza-, considerada en el ámbito cognoscitivo, para emplear el lenguaje del filósofo López de Oñate⁵³- significa ese sentido de estabilidad que ofrece al individuo la sociedad al apreciar su conducta. Es necesario que cada hombre sepa “cómo será calificada su acción y cómo se incluirá esa acción en la vida histórica de la sociedad”. De aquí que esta garantía de la conducta humana, sea la “específica eticidad del Derecho” porque sin ella no se pueden realizar sus valores.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 318.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 318 y 319.

⁵² ALZAMORA VALDEZ, Mario.- *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 9ª edición. Editorial Tipografía Sesator. Lima, 1984, p. 296.

⁵³ *Ibidem*, pp. 297 y 298.

La juridización de las situaciones de hecho expresa la exigencia profunda de seguridad que requiere la vida social del hombre. Algunos de esos estados llegan, por tal razón, a convertirse en Derecho. El *stat us quo* en Derecho Internacional, la protección posesoria, la prescripción, la cosa juzgada, el derecho revolucionario, constituyen otras tantas instituciones que demuestran esa exigencia.

La seguridad ha sido considerada como uno de los valores de Derecho. “La seguridad también es un valor” expresa Recasens Siches, aunque no un valor superior “sino un valor inferior cuya realización condiciona la posibilidad de cumplimiento de aquellos valores superiores”⁵⁴.

Al respecto, Torres Vásquez⁵⁵ no hace referencia que la seguridad jurídica consiste en la garantía que el Derecho proporciona a los asociados respecto de la conservación y respeto de sus derechos, y que si estos fueran violados le serán restablecidos o reparados.

No se trata –como afirma Millas⁵⁶- de la seguridad metafísica del místico, ni de la seguridad moral del optimista ni de la seguridad psicológica del hombre equilibrado, ni de la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente de la seguridad del hombre, que seguro o no en su situación metafísica o económica, sabe que ha de contar con normas exigibles en su trato con los demás. La seguridad jurídica proporciona a los ciudadanos la posibilidad de conocimiento anticipado de las consecuencias jurídicas de sus

⁵⁴ ALZAMORA VALDEZ, M.- *La Filosofía...*, Op. cit., p. 320.

⁵⁵ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal.- *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. 2ª edición. Editorial Temis/Idemsa. Bogotá – Colombia/Lima – Perú, 2001, p. 665.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 665.

actos (seguridad subjetiva), es decir, la “seguridad jurídica es tanto como saber a qué atenerse o, como dicen los tratadistas ingleses, *legal security means protection of confidence*”. Además, ella implica la existencia de un ordenamiento jurídico que garantiza un estado de organización social, y ofrece un específico grado de previsibilidad en la realización de los restantes valores superiores (seguridad objetiva). La seguridad subjetiva y objetiva están vinculadas como un solo todo, puesto que las personas pueden conocer anticipadamente las consecuencias de sus actos con base en la existencia de un ordenamiento jurídico concreto.

La seguridad jurídica es el valor de situación de la persona como sujeto activo o pasivo de relaciones sociales, que conociendo o pudiendo conocer cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene la confianza de que ellas serán efectivamente cumplidas.

Como expresa Recaséns Siches⁵⁷, “El hombre no solo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que también se plantea análogo problema respecto de los demás hombres; y siente la urgencia de saber a qué atenerse en la relación con los demás: de saber cómo se comportarán ellos con él y qué es lo que él debe hacer frente a ellos; y precisa no solo saber a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino también saber que esto ocurrirá necesariamente; esto es, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero,

⁵⁷ *Ibidem*, p. 666.

además, de la seguridad de que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada”⁵⁸.

El disvalor de inseguridad jurídica ocurre cuando las normas son cambiadas con demasiada frecuencia, no porque lo exige así el interés social, sino para satisfacer intereses del gobernante de turno o de las personas que conforman su entorno; cuando el poder legislativo no respeta los principios fundamentales consagrados en la Constitución; cuando la ley y los organismos estatales son utilizados para perseguir a quienes se muestran como adversarios del régimen; cuando el poder judicial es un instrumento al servicio del poder político; cuando la igualdad ante la ley es una simple declaración lírica que no tiene aplicación práctica; en fin, cuando la persona no tiene la certeza de que lo prohibido, mandado y permitido por el derecho será cumplido. Sin seguridad jurídica no hay desarrollo social, cultural; menos puede haber desarrollo económico⁵⁹.

Siguiendo a Aníbal Torres Vásquez⁶⁰, la seguridad jurídica requiere:

- a) La existencia de un ordenamiento jurídico estable y consistente;
- b) La presunción de conocimiento de la ley (*ignorantia iuris*), a fin de que nadie pueda excusarse del cumplimiento de sus obligaciones alegando ignorancia de la ley;
- c) Que la norma sea aplicada a todos los casos semejantes al previsto en su supuesto de hecho, a fin de que las personas adecuen su comportamiento a

⁵⁸ *Ibidem*, p. 666.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 666.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 667 y ss.

lo que la norma establece, en la firme seguridad de que si no se comportan así, serán situados en la vereda del Derecho aun por la fuerza coercitiva del Estado;

- d)** Que el legislador al dar leyes se ajuste estrictamente a los límites formales y materiales señalados por la Constitución;
- e)** Que se respete el principio de la legalidad penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a fin de que todas las personas tengan la certeza de que no serán sancionadas por actos que no estén tipificados previamente en la ley como delito y si han caído en él no se les aplicará otra pena que no sea la fijada por la ley;
- f)** La existencia de un poder judicial independiente y respetuoso del ordenamiento jurídico vigente, que ampare eficazmente los derechos de las personas y restablezca sin dilación el orden establecido que ha sido alterado;
- g)** El respeto de la cosa juzgada es una categoría básica de la seguridad jurídica;
- h)** El principio de la irretroactividad de la ley, por el cual esta rige solo para el futuro, no teniendo efectos retroactivos, es decir, la ley no es aplicable a los hechos consumados durante la vigencia de la ley anterior. Las situaciones producidas durante la vigencia de la ley anterior son inmodificables por la nueva, salvo en materia penal en que la nueva ley más favorable al reo es aplicable a los hechos consumados con anterioridad a su entrada en vigencia;

i) La prescripción es un modo de adquirir la propiedad (prescripción adquisitiva o usucapión) o de extinguir las acciones o pretensiones ajenas (prescripción extintiva), por haberse poseído los bienes por el tiempo y en las condiciones establecidas por la ley o por no haberse ejercido los derechos por un cierto plazo.

Del Vecchio⁶¹ señala que si consideramos las diversas teorías que se han venido desarrollando en torno a los fines del Estado, podemos reducirlas en general a dos tipos. Uno está representado, ante todo, por la Filosofía Griega clásica, para la cual el fin del Estado es ilimitado, omnicomprendivo, abarca el bien en todas sus formas, y consiste en la felicidad universal, por medio de la virtud universal.

Según esta teoría, el Estado debe regular y vigilar la vida individual en todas sus manifestaciones, de modo que no puede existir una esfera de actividad independiente de él. Tal es el concepto de Platón (para el cual el Estado es esencialmente una gran institución educativa), y también, aunque mitigado, el de Aristóteles⁶².

La otra tendencia que (prescindiendo de antecedentes esporádicos más remotos) se inició con el Renacimiento, es esencialmente una insurrección o revancha de la conciencia individual y, por ende, una afirmación de la libertad; en primer lugar, de la libertad religiosa, y luego de todos los restantes “derechos del hombre”. Por aquí se empezó a investigar los límites de la

⁶¹ DEL VECCHIO, Giorgio.- *Filosofía del Derecho*. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona – España, 1980, p. 448.

⁶² *Ibidem*, p. 448.

autoridad del Estado. A este intento fundamental responden varias teorías, que tienen, sin embargo, aspectos diversos: así, la del contrato social que se manifiesta con vigor, cabalmente en este período; y la de la distinción entre Derecho y Moral, que tiende, además, substancialmente a reservar al hombre una actividad libre del dominio estatal⁶³.

Arcos Ramírez⁶⁴, plantea que la seguridad jurídica describe el hecho y/o expresa la necesidad de que el derecho desempeñe su función de orden, de estructura normativa de las relaciones sociales y políticas de una comunidad. La convivencia humana precisa de la existencia de una cierta uniformidad de comportamientos que haga previsibles las conductas y reacciones de los demás hombres. Si, como señala Bobbio, el orden es el resultado de la conformidad de un conjunto de sucesos con un sistema normativo, el que instaure el derecho funciona cuando sus destinatarios convergen de facto en unas mismas normas e interpretaciones de las mismas. Lo peculiar, a la vez que el sentido de los ordenamientos jurídicos modernos, es que dicha uniformidad o convergencia no brota espontáneamente, es decir, no es producto de la afinidad ideológica, cultural o religiosa entre sus miembros, sino el resultado de un artificio o creación de los propios hombres. A este hecho alude Hart cuando señala que el Derecho no puede basarse en las regularidades de hecho o hábitos, sino que exige la existencia de reglas aceptadas como pautas de conducta y respaldadas por la crítica social y la presión para obtener la conformidad a las mismas. Esto último indica con

⁶³ *Ibidem*, p. 448.

⁶⁴ ARCOS RAMÍREZ, Federico.- *La Seguridad Jurídica. Una Teoría Formal*. Editorial Dykinson. S.L. Madrid – España, 2000, p. 32.

claridad que el valor de dicho orden descansa, en la medida en que no brota de consensos morales o políticos, en su mismo carácter de orden, de conjunto de reglas de juego para la vida social.

Para que el derecho pueda realizar esa función ordenadora, ha de estar a disposición de los ciudadanos de un modo cierto e incuestionado, de manera que aquéllos puedan actuar de acuerdo con sus disposiciones con la tranquilidad de que se apoyan en una referencia firme y cognoscible, en la que pueden confiar como expresión clara de sus obligaciones y defensa protectora de sus derechos. La seguridad del Derecho es, por tanto, la expresión jurídica de esa exigencia y necesidad social, económica, política y jurídica. El orden jurídico debe ser un ámbito de interacción que, más o menos justo, más o menos aceptable desde sus concepciones del bien, puede ser conocido y seguido confiadamente por los ciudadanos. Para ello, ha de poseer una autonomía, objetividad y racionalidad que lo conviertan en un recinto que funciona a salvo de las irregularidades que en él insuflarían la lógica del poder, el ritmo de las vicisitudes históricas, el desorden de la guerra de opiniones, etc.⁶⁵

El funcionamiento del orden establecido por el Derecho (seguridad como motivo primario de lo jurídico) exige la seguridad de ese Derecho (seguridad del Derecho). El control de los procesos de producción, interpretación o cambio de las directivas que configuran dicho orden traspasará, en un determinado momento de la evolución jurídica, el plano de las aspiraciones,

⁶⁵ *Ibidem*, p. 33.

las quejas o recomendaciones de jurisconsultos y filósofos, para adquirir una entidad jurídica propia, ya que, como dirá Kelsen (citado por el autor), el Derecho regula su propia creación y aplicación. Probablemente, uno de los últimos episodios de esa toma de conciencia sea la concepción de Hart del sistema jurídico como la unión de normas primarias, que establecen las normas que forman el orden de la vida social, y secundarias, que regulan y controlan los procedimientos aludidos relativos a las primeras.

2.2.10 El Delito de Abuso de Autoridad en el Código Penal Peruano de 1991:

Artículo 376: “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 años ni mayor de cuatro años”.

El legislador nacional al configurar en el artículo 337 del Código Penal derogado de 1924 y el artículo 376 del nuevo Código Penal de 1991 ha seguido la vieja orientación del Código Penal de Zanardelli de 1889, que empleó dos verbos rectores en el delito: “ordenar” y “cometer”, sin tomar en consideración la dificultades de interpretación, por ejemplo, relativas a la tentativa o la naturaleza jurídica del tipo; es decir, si era un delito de mera actividad o de resultado. Estas dificultades de alguna manera fueron superadas por el legislador italiano, que suprimió en el artículo 323 del Código de Rocco

de 1930, el verbo rector “ordenar”; a diferencia del legislador nacional que no ha tomado en consideración dichas reformas, persistiendo actualmente las mismas dificultades.

Sin embargo, la imprecisión del tipo descrito en el artículo 376 del actual Código Penal hace de esta una figura legal abierta, a ser llenada interpretativamente, lo que de alguna manera vulnera el principio de la legalidad o de determinación, piedra angular del Derecho Penal liberal. Por ejemplo, resulta de vital importancia desarrollar el concepto de “acto arbitrario” que emplea el tipo, de forma tal que nos permita una interpretación técnica más adecuada de lo que realmente se desea reprimir.

Asimismo, la frase empleada por el legislador en la configuración del tipo: “cometer en perjuicio de alguien”, determina la naturaleza jurídica del hecho punible como la de un delito de resultado (es decir, no hay tipo sin resultado), pero no puede decirse lo propio con relación al verbo rector “ordenar” que indica un injusto penal diferente al de ejecutar en determinados casos concretos. Por ejemplo, el caso del funcionario público que abusando de sus atribuciones ordena un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de un tercero. El solo hecho de ordenar dolosamente parece indicar un delito de mera actividad que no requiere de resultado alguno, porque aun cuando quien ejecuta (particular o servidor público) se desista en el iter criminis la orden dolosa habría puesto en peligro el bien jurídico tutelado.

Se puede decir lo propio con relación al concepto de “acto arbitrario”¿Qué acto arbitrario no es perjudicial para la Administración Pública? Toda acción

que importe un ejercicio abusivo de atribuciones funcionariales perturba el orden regular de la Administración; y el abuso es consustancial al acto arbitrario, relevante para el Derecho Penal.

Junto al peculado y el cohecho, ambos igualmente delitos cometidos por funcionarios, nos encontramos –desde la perspectiva mayoritaria en el Derecho– frente a uno de los más recurrentes delitos contra la administración pública, el más extendido, el que se halla a todo nivel de las interacciones público-estatales, el que se encuentra por lo general limítrofe y conviviendo con infracciones administrativas, el que despierta más la indignación inmediata al incidir directamente sobre derechos de las personas, sean éstas naturales o jurídicas.

El abuso de autoridad en tanto figura delictiva es un tema obligado a tratar en un país como el Perú, donde aún no existe la debida internalización conceptual y valorativa por los funcionarios acerca de sus deberes con relación a los destinatarios de los servicios y funciones públicas, ni de sus límites en el abordamiento de las normas jurídicas con relación a los casos administrativos concretos y a los conflictos sobre los cuales tendrán que decidir; es en suma materia a tomar muy en cuenta para poner de manifiesto las relaciones entre funcionariado y sociedad civil, entre deberes de función y administración pública.

Y se entiende la importancia de las relaciones entre funcionariado y sociedad civil, si nos percatamos de que es a este segundo elemento de toda sociedad hacia donde se dirigen los cometidos funcionales, debiendo por lo mismo

contextualizarse éstos bajo estándares de racionalidad, respeto a la condición humana, eficacia-eficiencia, y evaluación por resultados de servicio óptimo. Por su parte, las relaciones internas entre funcionariado y administración pública se hallan caracterizadas por estar sometidas a estrictas reglas formales de sujeción a normas jurídicas y a principios de derecho, cuando no lo sea a directivas administrativas y criterios discrecionales, en situaciones de excepcionalidad para este último caso. Este marco de relaciones internas a diferencia de lo que sucede con las externas, es el que define estrictamente la base normativa de responsabilidad por los actos de abuso cometidos.

2.2.10.1 Características del Delito de Abuso de Autoridad:

A. Ningún otro delito como el abuso de autoridad define mejor el grado de consolidación o de incipiencia o en el peor de los casos de inexistencia del Estado de Derecho en un país, al entrar en juego la obediencia al ordenamiento jurídico y el respeto a la dignidad del ciudadano. Sociológicamente, mientras más incidencia de conductas abusivas de funcionarios públicos existan, más autoritaria o despótica se mostrará la sociedad. Y lo que es peor aún, jurídicamente, en la medida que la impunidad o la lenidad normativa o la displicencia jurisdiccional sean las reglas de respuesta frente a los numerosos supuestos de hecho abusivos cometidos por los funcionarios públicos tendremos reflejadas con verdadero patetismo las características de un ordenamiento jurídico y de un sistema de prácticas circulares que nos mostrarán las limitaciones evidentes de sociedades autocráticas y sumidas en el salvajismo jurídico.

B. Pocos son los países, en los dos siglos que tenemos de codificación y comienzos del tercer milenio, que hayan pretendido elevar, a través de la normatividad jurídica, al delito de abuso de autoridad como indicador o referente de respeto por los derechos humanos fundamentales de la persona y por lo mismo del Estado de Derecho. Destacan en esta tendencia Francia y España. El primero por haber planteado desde el principio, vale decir con el Código Penal Napoleónico de 1810, un sistema de regulación doble para dicho delito, uno de cuyos extremos se caracteriza por conminar con penas altamente severas la violación de los derechos ciudadanos con las detenciones injustificadas (opción y singularidad político criminal que se mantiene en un hilo de continuidad en el reciente cuerpo punitivo francés de 1993). El Código Penal español de 1995 variando radicalmente la sistemática asumida en la numerosa relación de cuerpos punitivos sucedidos en los dos siglos precedentes, ha optado por considerar al delito de abuso de autoridad una especie múltiple de ilícitos penales que contravienen las garantías constitucionales y la libertad individual (artículos 529 al 533).

C. Tres son los modelos que existen en función a las variables genérico-específico en el Derecho comparado al momento de ofrecer tipos penales reguladores del abuso de autoridad. En primer lugar, el diseño que establece un marco genérico y otro específico de abusos de autoridad (Italia, Suiza, Francia). Modelo que plantea un tipo innominado y lo suficientemente amplio como para comprender una vasta gama de supuestos fácticos que no puedan ser subsumidos por los tipos específicos o menos generales de abuso de

autoridad, los cuales por lo general se hallan concentrados en un capítulo determinado al interior de la sistemática del Código Penal.

En segundo término, un modelo difuso de abusos de autoridad, sin que exista normativizado un tipo genérico (Alemania y España). Modelo que se inspira en la idea de adecuar las formulaciones típicas a los mandatos de determinación y taxatividad, huyendo de las formulaciones vagas o muy amplias, de modo que las conductas resulten plenamente subsumibles en dichas formulaciones de tipicidad.

Un tercer modelo caracterizado por la presencia triple de mecanismos reguladores del abuso de autoridad (Francia), por el cual se da un tipo genérico con dos variantes, una de las cuales toma a la administración pública como objeto de tutela (modelo tradicional), mientras que la otra recoge a los individuos como objeto de protección de la acción u omisión abusiva cometidas por los funcionarios públicos. Este modelo no prescinde necesariamente de formulaciones genéricas, sino que combina igualmente lo genérico y lo específico de los modos delictivos de abuso.

D. Por lo general los Códigos Penales europeos y los que se adscriben a su ámbito de irradiación, que en el caso de América Latina son casi todos, hacen uso técnico legislativamente del tipo penal genérico de abuso de autoridad para definir una orientación político criminal que pretende cerrar el mundo posible de comportamientos penalmente relevantes por abuso funcional, en el caso de fracasar en tal empeño los tipos especiales de abuso. Tal contenido subsidiario e innominado de dicha figura penal, sin embargo, a efectos de limitar la vaguedad de dicho esquema ha sido complementado con diversos

filtros de tipicidad objetiva que deben darse además de la conducta típica para configurar delito.

E. En lo que concierne a la ubicación de las diversas modalidades de abuso de autoridad, en la sistemática mayoritaria de los Códigos Penales se adopta el conocido esquema que combina los sistemas concentrado y difuso de figuras delictivas, es decir, se agrupa en un capítulo especial a las más significativas conductas de abuso, por lo general dentro del rubro de los delitos contra la administración pública, mientras que en otros títulos o secciones a lo largo del Código Penal se regulan igualmente una gran cantidad de tipos penales de abuso de autoridad específicos, configurando estos últimos en gran parte los denominados delitos especiales impropios, al ir como agravantes de tipos comunes de abuso no funcional, o constituyendo propiamente delitos de abuso que comportan infracción del deber funcional.

F. Con la solitaria excepción del Código Penal francés (que establece agravantes y penas que van desde los 5 hasta los 30 años de prisión y multa que corre desde los quinientos mil hasta los tres millones de francos), los tipos penales de abuso genérico o específicos observan una mínima criminalización, tanto a nivel de formulaciones típicas, que conservan únicamente un modo básico, es decir sin circunstancias agravantes o cuando existen éstas no comportan agravaciones significativas del injusto penal, cuanto con las penas que son usualmente muy bajas y que no van a comportar penalidad de prisión efectiva.

Con el abuso de autoridad se pone de manifiesto el mensaje tradicional del espíritu de cuerpo institucional y normativo que no ha considerado necesario

conminar normativamente con penas de relativa gravedad, por no decir graves a los abusos funcionales. Corriente de opinión político criminal que merece revisión a la luz del actual estado de la defensa de los derechos ciudadanos y de la sociedad en su conjunto frente al abuso de poder por parte de quienes representan y expresan la voluntad estatal.

Sin embargo, esta aparente situación de correspondencia con criterios de mínima penalización tiene su contraparte en la existencia del tipo genérico innominado de abuso de autoridad, que cumple la función de cajón de sastre, donde pueden ingresar los comportamientos que no reunieron las exigencias de tipicidad de las figuras de abuso específicas. Por supuesto, no de modo indiscriminado sino ateniéndose a determinadas condiciones de tipicidad.

G. En realidad todos los delitos cometidos por funcionarios públicos pueden ser considerados como de abuso de autoridad o si se quiere desde una perspectiva más generosa en delitos de abuso de poder y de corrupción. Ambas clasificaciones se muestran lo suficientemente comprensivas para abarcar toda la miscelánea posible de ilícitos penales imputables a los funcionarios públicos y que suponen tanto la infracción del deber funcional como la violación de las expectativas ciudadanas afincadas en los funcionarios.

Todo acto de infracción del deber funcional, ya se trate por ejemplo de malversación de fondos, peculado, concusión o cohecho pasivo, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, abandono de cargo, incumplimiento de deberes, etc., supone un abuso funcional por parte del sujeto público, por cuanto éste se aprovecha de la posición de ventaja que le da el cargo para

practicar actos delictivos, esto es, las atribuciones que posee por su vinculación con la administración pública sufren un deterioro en su destino.

Como es sabido para abusar del poder o de la autoridad se tiene que poseer previamente y como condición *sine qua non* dicho poder o autoridad, términos que aplicados al delito que nos aboca tienen idéntico significado. Incluso los cohechos practicados por funcionario público suponen ya una abusiva orientación, dado el poder que se tiene al ser funcionario, a efectos de enriquecerse ilícitamente. También en estos casos se puede concluir que en la base de dicha conducta desleal se hallan abusos funcionales, obviamente con los matices diferenciadores del caso.

2.2.10.2 La Naturaleza Jurídica del Delito de Abuso de Autoridad:

Es un delito de connotación genérica y subsidiaria, básicamente de acción dolosa, que consiste en hacer uso indebido o abusivo del ejercicio de la función pública.

El abuso de autoridad es un tipo penal subsidiario; su ratio legis o la razón política criminal de su creación así lo determina; no es el reconocimiento expreso o tácito que pueda o no establecer la norma penal lo que en definitiva determina su naturaleza subsidiaria. Normativamente nuestra legislación no expresa tal condición, pero no por ello se deja de reconocer la subsidiaridad del tipo. Esta es la razón de ser para la creación de esta figura penal como hecho punible.

Bien lo expresa el destacado jurista Juan Portocarrero: “El hecho de que la ley actual haya excluido la referida expresión –no clasificada especialmente en la

ley penal– no significa que ha variado su contenido, se trata de lo mismo, pues no se requiere de tal especificación para interpretar técnicamente que se refiere a conductas ajenas a las que ya tienen tipo”. Dice lo propio Fidel Rojas Vargas, para quien este injusto penal “se trata de una figura subsidiaria implícita”.

Otros autores como Manuel Abanto también comparten el carácter subsidiario del tipo penal en cuestión. “Para el caso de concurso debe tenerse en cuenta que el tipo penal de abuso de autoridad es subsidiario de todos los tipos penales que impliquen delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos”.

En nuestro medio, la doctrina admite esta naturaleza jurídica que caracteriza al tipo. No se conoce autor nacional que sostenga que el injusto penal no tiene la condición o característica de ser un tipo subsidiario.

Quienes reconocemos la subsidiaridad del tipo no lo hacemos porque una disposición normativa así lo establezca, sino porque tenemos en cuenta que esta figura penal fue creada para ser utilizada en aquellos casos donde resulta complicado demostrar que los supuestos estén comprendidos en un hecho punible específico, pero que implican un acto arbitrario ordenado o ejecutado en perjuicio de un tercero. Son razones de política criminal que dieron el sustento a la tipificación como delito el abuso de autoridad; sin embargo, esta preocupación no resulta consecuente con las penas muy benignas que el legislador ha contemplado en nuestro ordenamiento penal para este delito que, comparado con las legislaciones europeas, realmente dejan mucho que desear (no obstante, vide infra).

Ahora bien, las consecuencias que pueden derivarse del reconocimiento de la subsidiaridad del tipo son las siguientes:

a. La subsidiaridad implica la exclusión de toda aplicación alternativa de los tipos penales funcionales de abuso (incumplimiento de deberes funcionales, omisión o retardo injustificado de apoyo judicial, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de cargo y nombramiento o aceptación indebida del cargo). El carácter subsidiario del tipo (abuso de autoridad) es excluido por el tipo principal (abandono del cargo, incumplimiento de deberes funcionales, etc.).

b. El abuso de autoridad no es un delito que posee autonomía propiamente; es decir, carece de supuestos típicos propio suficientemente determinados.

c. La subsidiaridad del tipo implica reconocer que, de darse un concurso aparente de leyes, este se resuelve por la regla de subsidiaridad, de manera que si en el proceso se logra establecer con certeza que la conducta del agente no cae dentro de otra modalidad de abuso de autoridad tipificado de manera especial, entonces al agente se le sanciona por el delito de abuso de autoridad innominado, siempre que se den los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito (acto arbitrario, resultado, etc.).

d. La subsidiaridad del tipo opera, precisamente, para que no quede impune una conducta que se sabe que es injusta, arbitraria, desproporcionada, etc., que conlleva como expresión práctica un abuso de atribuciones que causan daño a un tercero.

De esa manera el tipo penal de abuso de autoridad operaría con carácter subsidiario, como un tipo residual que abarcaría conductas que no han podido ser abarcadas por otros tipos penales especiales que contengan supuestos de abuso de autoridad de manera expresa e inequívoca. Desde luego que, al reconocer el carácter subsidiario del tipo penal es posible determinar la posibilidad que concurra en concurso aparente de leyes.

Pero hasta qué punto realmente puede establecerse que esta caracterización es concordante a la naturaleza jurídica que lo define. Pues, como se sabe, la subsidiaridad en el concurso de normas penales funciona únicamente para los casos en que la conducta no se puede encuadrar en un tipo principal (que establece una pena mayor), y para evitar la impunidad se recurre al tipo residual, el que siempre debe prever una pena menor; situación que no siempre se da en el caso del tipo en comentario.

Pues bien, sostener que la condición de la subsidiaridad está determinada por la pena, que en el tipo subsidiario es menor que la del tipo principal, es una exigencia que, en términos generales, no ha sido respetada por el legislador. Así, el delito de abuso de autoridad innominado genérico tiene una pena no mayor a dos años, mientras que otros tipos penales especiales como, por ejemplo, el delito de abuso de autoridad por omisión, rehusamiento o retardo de función (artículo 377 del CP), establecen una pena privativa de libertad no mayor de dos años y treinta a sesenta días-multa. Lo propio sucede con relación al delito de abuso de autoridad por omisión injustificada de auxilio policial (artículo 378 del CP), que

establece, para el supuesto básico, una pena privativa de libertad no mayor de dos años y para el tipo agravado, una pena no menos de dos ni mayor de cuatro años.

Asimismo, en el caso del artículo 376-A (pena privativa de la libertad no menor a tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del CP), 379 (pena privativa de libertad no mayor de tres años), del segundo párrafo del artículo 380 (pena privativa de la libertad no mayor a tres años), o del artículo 381 del CP (que reprime al agente con pena menor a los supuestos establecidos por el artículo 376: sesenta a ciento veinte días-multa).

No es, por tanto, suficiente este referente de la gravedad de las penas para establecer la subsidiaridad del tipo. Sin embargo, sostener que el injusto abuso de autoridad no puede ser subsidiario por la mayor gravedad de la pena respecto de los otros supuestos típicos significaría no tener en cuenta las razones de política-criminal que sustentaron su creación. Recordemos que la subsidiaridad de este tipo penal opera, precisamente, para que no queden impunes conductas que se saben son injustas, arbitrarias, desproporcionadas, etc., que, como se anotó, comportan como expresión práctica un abuso de atribuciones funcionales que causan daño a un tercero.

Al juzgador le es posible de alguna manera interpretar y no aplicar la norma penal si hace uso del control difuso; pero lo que no puede hacer es “crear” supuestos vía interpretación. Ahora bien, la técnica legislativa

empleada por el legislador en la configuración del tipo en comentario –al no describir de manera expresa e inequívoca cuáles son los supuestos prohibidos que se sancionan– pone a merced de la decisión judicial, indebidamente, los límites entre lo lícito y lo punible (vide infra).

Punto de partida e idea rectora de la elaboración del tipo legal es el bien jurídico. En el centro de todo tipo legal se encuentran los bienes jurídicos los que son directamente lesionados o puestos en peligro mediante las acciones delictuosas. En razón de que los elementos a que recurre el legislador para elaborar el tipo legal se dirigen siempre al bien jurídico, este tiene ese rol central. De allí que la determinación y el análisis del bien jurídico protegido constituyen un excelente medio de interpretación (vide infra).

2.2.10.3 Verbos rectores del delito de omisión de funciones:

El texto normativo actual es una reproducción casi exacta del artículo 337 del Código Penal Peruano derogado de 1924, que –reiteramos– a su vez tomó como fuente legislativa el Código Penal de Zanardelli de 1889. Esta precisión es importante, debido a que el Código Penal de Rocco de 1930 había realizado una reforma a la redacción del tipo penal, pues de las dos formas de realización –“ordenar” y “cometer” previstos en el primero (artículo 175) se suprimió el término “ordenar”, debido a que prestaba problemas de interpretación referidos a la tentativa y, sobre todo, por entender un sector doctrinal y jurisprudencial que con la sola orden se

consumaba el delito. Así el legislador italiano optaba por considerar que se trataba de un delito de comisión.

Estos problemas no fueron tomados en consideración por el legislador nacional que mantuvo en nuestro ordenamiento penal el texto italiano del siglo antepasado con todas las consecuencias que se generan al interpretar los verbos rectores con relación a la tentativa.

Los verbos rectores en el tipo lo constituyen los vocablos: “cometer” u “ordenar” que bien pueden considerarse dos injustos independientes con contenido propio. El funcionario o servidor público solo puede cometer el delito de abuso de autoridad, abusando de sus atribuciones conferidas por una normativa vigente, ordenando o ejecutando un acto arbitrario en perjuicio de alguien.

Los verbos rectores empleados por el legislador en la configuración de este hecho punible parecen indicar que el tipo penal es un delito de resultado y de mera actividad al mismo tiempo. Lo es de mera actividad en la medida que el agente ordena un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de alguien (particular o el Estado) y de resultado cuando lo comete y se produce el perjuicio al tercero.

Sin embargo, el texto de la norma en comentario parece sugerir que en ambas acciones (ordenar u ejecutar) se exige el resultado, lo cual resulta contraproducente tratándose del primer supuesto. En el primer caso, el tipo se consuma con la orden abusiva, con lo que se pone en peligro el bien

jurídico tutelado y, en el segundo caso, al cometer el acto arbitrario se lesiona el bien jurídico protegido por la norma penal.

Todo hecho punible debe comportar la lesión o la puesta en peligro para un bien jurídico penalmente protegido; no de otra manera se justifica la pena por ser un instrumento teleológicamente final a la preservación de estos intereses (artículo IV del Título Preliminar del CP).

Ahora bien, en la realización del injusto de abuso de autoridad, es posible admitir varias situaciones a considerar. Por ejemplo:

a) El agente da la orden abusiva y la ejecuta conjuntamente con otro funcionario o particular. En este supuesto, el primero responde como autor del delito de abuso de autoridad y el segundo como cómplice del hecho punible en determinadas condiciones concretas.

b) El agente da la orden y el funcionario o servidor público a quien se ordena no la cumple por considerarla ilegal. ¿Se configura el tipo consumado o estamos ante un caso de tentativa?

Si bien la conducta del que iba a cumplir la orden es atípica, no puede decirse lo mismo del funcionario que ordena el acto arbitrario dirigido en perjuicio de alguien. La orden se dio (fue arbitraria y reunía la idoneidad para causar perjuicio, dolo, etc.) y era evidentemente que el acto arbitrario ordenado, de haberse cumplido, hubiera generado un daño a alguien. Frente a cualquier discusión o postura doctrinaria que se asuma, lo evidente es que se puso en peligro el bien jurídico tutelado y, como tal, el

funcionario que dio la orden debe responder penalmente por sus actos, bien sea como tentativa o como delito consumado.

c) El agente da la orden y el servidor público o particular empieza a ejecutar la orden, pero luego desiste espontáneamente. El autor de la orden arbitraria responderá por el delito de abuso de autoridad y el segundo no (desistimiento).

d) El agente da una orden arbitraria y el servidor público o particular, a sabiendas de la arbitrariedad de tal mandato, ejecuta la orden. Ambos responden, el primero como autor y el segundo como cómplice.

e) Un órgano colegiado ordena un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de un tercero. Todos los agentes conformantes del colegiado responden como coautores.

En todas estas situaciones surgen serias dificultades para determinar responsabilidades. Si aceptamos la tesis de que el injusto penal se consuma con el resultado (delito de resultado-perjuicio) cabe la posibilidad de dejar en impunidad conductas que han puesto en peligro el bien jurídico tutelado.

Por ejemplo, en caso de que el agente haya dado una orden arbitraria y el receptor, habiendo empezado a ejecutarla, desista espontáneamente. El primero podría no ser sancionado o recibir un trato beneficioso a pesar de haber cumplido plenamente el tipo: la orden es arbitraria e idónea, existe dolo, etc. El hecho concreto es que no hay resultado (perjuicio a un

tercero), pero sí se ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal, que no es el interés preponderante del particular, sino del Estado (Administración Pública).

La acción dolosa de ordenar un acto arbitrario cualquiera, no necesariamente conlleva un perjuicio a alguien como los ejemplos antes indicados, pero es evidente que se ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado. En cambio, la acción dolosa de la ejecución, directa o indirectamente, indica la posibilidad de un perjuicio a alguien y, por lo tanto, la lesión del bien jurídico tutelado.

Recordemos que en la acción dolosa de cometer un acto arbitrario cualquiera, el agente que ejecuta no necesariamente requiere la orden de otro funcionario facultado para ello, el mismo la ejecuta abusando de sus atribuciones (porque las tiene en determinadas condiciones). Es el caso típico del policía que, por sí, priva de la libertad a un particular sin mandato judicial, ni en situación de delito fragante, ni en las condiciones establecidas por la ley.

No cabe duda de que los verbos rector expresados en los vocablos: “ordenar” y “cometer”, aun cuando en determinados casos concretos puedan tener una relación estrecha de continuidad por el dominio del hecho punible por parte del agente, pueden muy bien diferenciarse como injustos penales independientes; bien sea como un injusto penal de mera actividad (ordenar) o de resultado (ejecutar). En ambos casos se lesiona o se pone en peligro el bien jurídico tutelado, y el Estado es el sujeto pasivo.

Etimológicamente la palabra “abuso” proviene del latín “abusus”, de “ub” que tiene sentido de: “contra”, y “usus” que significa “uso”. Literalmente se traduce como “el mal uso de una cosa”. “En derecho, por abuso se entiende el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio”.

En nuestro medio se configura como el mal uso de las atribuciones funcionales, cometiendo u ordenando en perjuicio de alguien un acto arbitrario. Pero este mal uso de las atribuciones constituye un medio para cometer u ordenar en perjuicio de alguien un acto arbitrario. “El abuso es el medio con que se realiza el hecho ilícito”.

Toda función y/o atribución es normativa, de manera que no cualquier funcionario público puede ser sujeto activo del tipo en comentario, sino aquel que posee autoridad para ordenar o autoridad para ejecutar. El agente que abusa de una atribución que no le es propia, incurre en el ilícito penal de usurpación de funciones y no en el de abuso de autoridad.

El tipo está referido al mal uso de las atribuciones, que admite dos formas de acción: cometiendo u ordenando en perjuicio de alguien un acto arbitrario. El estudio de estas dos formas no solamente tiene un valor puramente teórico, sino que adquiere un gran interés de orden práctico en cuanto se vincula estrecha y directamente con el problema del momento consumativo del hecho ilícito.

El funcionario que tiene funciones y/o atribuciones de ejecutar u ordenar un acto del servicio cualquiera puede abusar de ella, cometiendo directamente u ordenando un acto arbitrario en perjuicio de alguien. Es esta conducta que el legislador ha penalizado. El funcionario debe cumplir con sus atribuciones y funciones de manera legítima, ponderada, con racionalidad, proporción y adecuación a las circunstancias del caso, fuera de ellas constituye, sencillamente, un acto arbitrario.

Por ejemplo, la menor lesividad posible en el uso de la violencia, por parte de la autoridad policial al momento de cumplir con su deber de función, supone un principio básico, es decir, el empleo de la fuerza racionalmente imprescindible para el cumplimiento de su obligación. El uso de la fuerza indiscriminadamente, en este caso, constituye un acto arbitrario. Pese a que la acción del agente tuvo un origen legal, pierde legitimidad por su ejecución de manera abusiva; y toda acción que importe un ejercicio abusivo de sus atribuciones perturba el orden regular de la Administración Pública.

2.3. Definición de términos

ACTO ADMINISTRATIVO: El acto administrativo, es el medio a través del cual la Administración Pública cumple su objetivo de satisfacer los intereses colectivos o interés público. Es la formalización de la voluntad administrativa, y debe ser dictado de conformidad con el principio de legalidad.

ACTOR CIVIL. - El actor civil es el sujeto facultado para ejercitar la acción civil, por ser quien ha sufrido un perjuicio -patrimonial o moral- ocasionado

por el hecho punible, y que solamente interviene reclamando una restitución, reparación e indemnización por el daño causado.

BIEN JURÍDICO. - Es el interés jurídico protegido o tutelado mediante el derecho, es un bien de los hombres reconocido por el Derecho y protegido por el mismo. También, bien jurídico es el fin reconocido por el legislador en los preceptos penales individuales en su fórmula más sucinta, o bien como una síntesis categorial en la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y fin de cada una de las prescripciones penales.

DAÑOS Y PERJUICIOS. - Es el valor de la pérdida o desmedro sufrido en el patrimonio y/o utilidad dejada de percibir del acreedor, a causa del incumplimiento o de la mora culposa o dolosa de su deudor.

PERJUDICADO.- Es aquella persona que se ve afectada por la comisión de un delito sin haber soportado directamente la acción penalmente típica. Por ejemplo: pueden ser los familiares de la víctima.

PROCESO PENAL. - Es el conjunto de diligencias que se llevan a cabo a nivel jurisdiccional (Juzgados Penales y Salas Penales) en donde se va a establecer la responsabilidad o culpabilidad del acusado en un hecho que le ha sido imputado.

PROTECCIÓN JURÍDICA. - Se refiere a cuando se está protegido por el orden jurídico. Aún cuando la función típica del orden jurídico es tutelar, de cierta manera, determinados intereses de los individuos, tanto el círculo de los intereses como el de los individuos que gozan de tal protección varía grandemente de un orden jurídico nacional a otro.

SISTEMA JURÍDICO. - Denominado también ordenamiento jurídico. El sistema jurídico implica el conjunto de fundamentos culturales e ideológicos, así como los principios, reglas y métodos técnicos expresados dentro de un ordenamiento legal. A ese conjunto organizado de normas se le llama ordenamiento jurídico, cuya eficacia está garantizada por el Estado.

SISTEMA PENAL. - Se entiende por sistema penal al conjunto de instituciones y a sus actividades, que intervienen en la creación y aplicación de normas penales, concebidas éstas en su sentido más extenso. El sistema penal es, entonces, la parte del control social institucionalizado, que contiene un discurso punitivo. Es el control social punitivo institucionalizado.

SISTEMA PROCESAL. - Es el conjunto de normas e instituciones que regulan los procesos penales conforme a las normas procesales vigentes.

SUJETO PASIVO. - Es la persona titular del bien jurídico penalmente protegido que ha sido vulnerado o puesto en peligro a consecuencia de la comisión u omisión de un hecho punible.

TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. - Es el derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia, así como la facultad de todo ciudadano de pedir al estado resuelva su conflicto y haga justicia ante un derecho vulnerado.

III. METODOLOGIA

3.1 Tipo y diseño de Investigación

3.1.1 Tipo de Investigación:

Se debe de recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversos tipos de investigación tales como; exploratorias, descriptivos, correlacionales y explicativos⁶⁶. La presente investigación es **descriptiva**, en el sentido la presente investigación describe las características y criterios legales y judiciales que sirven para establecer la determinación acto administrativo o de administración.

3.1.2 Nivel de investigación:

Desde el punto de vista holístico aplicado a la investigación del derecho:

(a) La presente investigación tiene el **Nivel Comprensivo** ya que el objetivo es explicar el fenómeno jurídico de la determinación del acto administrativo o de administración en los delitos de omisión de funciones, el holotipo es una investigación jurídica-explicativa. (b) La Investigación también tiene el **Nivel Integrativo** porque tiene como objeto **confirmar o negar** la existencia de una correcta y adecuada determinación del delito de omisión de funciones y bajo este nivel también buscará **evaluar** los criterios legales asumidos por los jueces al momento de determinar el acto administrativo o de administración incumplido; es así que el holotipo es una Investigación jurídica confirmatoria-evaluatoria.

⁶⁶ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill, México 1997

3.1.3 Diseño de Investigación:

Corresponde a una **Investigación No experimental**. Porque en esta investigación no se tiene dominio de las variables y no se las puede manipular deliberadamente, es decir a Los Jueces con competencia penal en materia de delitos de omisión de funciones, no se le puede establecer condiciones o estímulos para que pueda establecerse o encaminarse su conducta al momento del incumplimiento de los deberos funcionales en los procesos judiciales y durante sus funciones de investigación de los delitos de omisión de funciones en la tramitación de los procesos penales. La observación será en el ambiente natural en que se desenvuelven los Jueces. La investigación no experimental será subdividida en diseños transeccionales o transversales y diseños longitudinales. La presente es una **investigación no experimental Transversal**, porque esta investigación recolectará y describirá datos en un periodo que comprende los años 2007-2010 con el propósito de describir analizar y verificar la incidencia de las variables en el periodo descrito.

Métodos de Investigación:

Con la finalidad tener en cuenta los métodos utilizados para la presente investigación jurídica, se debe entender cuál es el enfoque metodológico que se pretende, ya que se busca desentrañar el **funcionamiento sistemático**.

Los métodos específicos a emplearse en la investigación serán:

Método Dogmático: Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción,

deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

Método Hermenéutico: En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En este sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

Método Exegético: Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará al estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

Método de Matematización: El método del pensamiento lógico es la matematización, que establece relaciones lógicas de manera

exacta. Fenómenos empíricos complejos son reducidos a relaciones lineales. Esto se realiza por medio de complejos métodos matemáticos y estadísticos. En la presente investigación se tratará de explicar el fenómenos empíricos-jurídicos mediante su expresión en datos y gráficos estadísticos referenciales, porcentajes que expresan mayorías y minorías respecto al derecho aplicable.

Método estadístico:

La materia prima de la estadística consiste en conjuntos de números obtenidos al contar o medir elementos que para nuestro caso los encontramos nuestra investigación empirica-juridica al recopilar datos estadísticos de los Jueces y Expedientes Judiciales.

Mediante la estadística descriptiva se ha logrado analizar, estudiar y describir a la totalidad de individuos de una población. Su finalidad es obtener información, analizarla, elaborarla y simplificarla lo necesario para que pueda ser interpretada cómoda y rápidamente y, por tanto, pueda utilizarse eficazmente para el fin que se desee. El proceso que sigue la estadística descriptiva para el estudio de una cierta población consta de los siguientes pasos:

- Selección de caracteres dignos de ser estudiados.
- Mediante encuesta o medición, obtención del valor de cada individuo en los caracteres seleccionados.
- Elaboración de tablas de frecuencias, mediante la adecuada clasificación de los individuos dentro de cada carácter.

- Representación gráfica de los resultados (elaboración de gráficas estadísticas).
- Obtención de parámetros estadísticos, números que sintetizan los aspectos más relevantes de una distribución estadística.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

3.3.1 Universo de la Investigación:

Está constituido por expedientes judiciales de los procesos penales seguidos por Delito de incumplimiento de deberes funcionales tramitados en la Corte Superior de Ancash, durante el periodo 2007-2010. (Juzgados Penales de la Provincia de Huaraz).

3.3.2. Muestra

- **Tipo de muestra: Muestra no probabilística**, ya que la presente muestra no depende de la probabilidad, sino de las causas relacionadas con las características de abogado-investigador, no se basa en fórmulas de probabilidad, si no depende del proceso de toma de decisiones respecto a la determinación en el proceso judicial.
- **Procedimiento de Selección:** Es Dirigida ya que la muestra es dirigida a los jueces y expedientes.
- **Tipo de muestra Dirigida:** La muestra dirigida es de sujetos-tipos, ya que se busca la profundidad y riqueza de la información que se obtiene de los jueces y los expedientes judiciales, que son fuentes de información que por excelencia.
- **Técnica muestral:** Técnica intencional: la muestra es escogida.

➤ **Tamaño de la muestra:** Se trabajará con hasta 200 expedientes judiciales recogidos en forma arbitraria de todas las fuentes de información.

➤ **Determinación del tamaño de la muestra:**

Informantes:

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH	
<u>SALAS PENALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH</u>	
(6) Vocales de las Salas Penales	
<u>JUZGADOS PENALES DE LA PROVINCIA DE HUARAZ</u>	
(3) JUZGADOS ESPECIALIZADOS	(1) JUZGADO TRANSITORIO
(3) Jueces	(1) Juez
(3) Secretarios.	(1) Secretario.

Fuentes:

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH	
<u>SALAS PENALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH</u>	
<u>JUZGADOS ESPECIALIZADOS</u>	<u>JUZGADO TRANSITORIO</u>
(100) Expedientes – 2007-2010	(100) Expedientes – 2007-2010

3.3. Instrumentos de recolección de la información. -

TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN	INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA
Análisis documental.	Fichas de resumen.	Fuente: Libros, tratados e internet.
Análisis documental.	Fichas Textuales.	Fuentes: Libros, tratados e internet.
Análisis documental.	Fichas bibliográficas.	Fuentes: Libros, tratados e internet.
Entrevista	Guía de entrevista	Informante: los Jueces y Secretarios Penales de la Provincia de Huaraz.
Análisis documental	Fichas de análisis	Fuente: Expedientes judiciales sobre Delitos de Omisión de Funciones del año 2005-2010

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

3.4.1 Estrategias o procedimientos de recogida de información:

(1) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleará la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán las fichas Textuales y de resumen.

(2) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleará el Método de argumentación Jurídica.

Para la obtención de información de la presente investigación se hará a través del método cuantitativo y cualitativo lo que permitirá recoger, datos numéricos y opiniones o valoraciones sobre el problema planteado.

Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aprobados en las encuestas y sobretodo, en la jurisprudencia y doctrina.

3.4.2 Análisis e interpretación de la información:

Cuyos pasos a seguir son:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán.
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del Sistema de recuento o de medida.

3.4.3 Criterios:

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación será el siguiente:

- ❖ Identificación del lugar donde se buscará la información.
- ❖ Identificación y registro de las fuentes de información.

- ❖ Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación empelando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- ❖ Sistematización de la información.
- ❖ Análisis y evaluación de la información.

IV. RESULTADOS

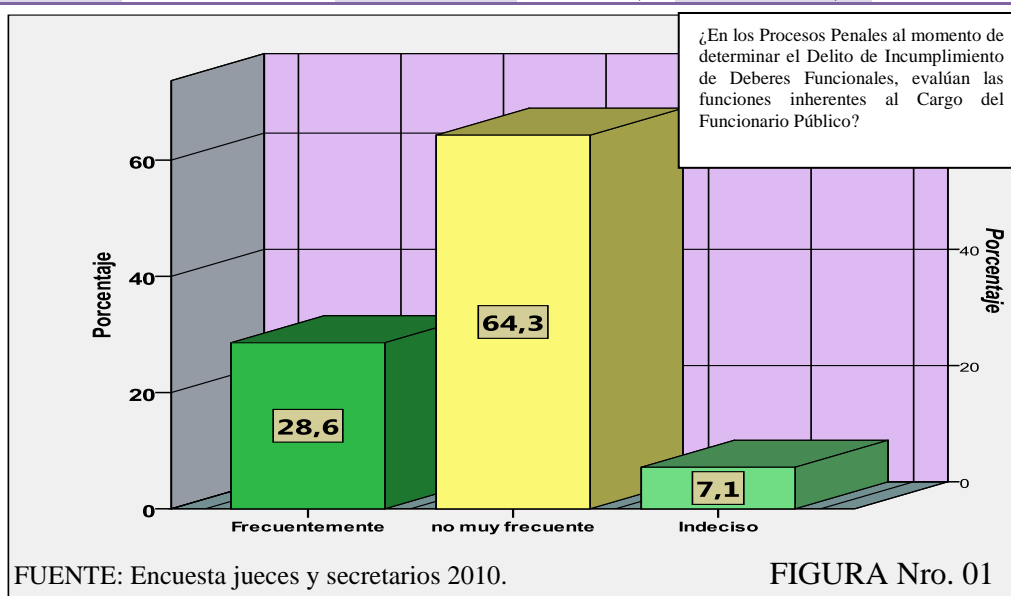
4.1 RESULTADOS DE LA ENCUESTA Y ANALISIS ESTADISTICO: ENCUESTA DIRIGIDA A LOS JUECES Y SECRETARIOS CON COMPETENCIA PENAL DE LA PROVINCIA DE HUARAZ

1. ¿En los Procesos Penales al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, evalúan las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público?

CUADRO Nro. 01

Datos Estadísticos				
Nros.	Válidos		14	
	Perdidos		0	

DATOS ESTADÍSTICOS		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Frecuentemente	4	28,6	28,6	28,6
	no muy frecuente	9	64,3	64,3	92,9
	Indeciso	1	7,1	7,1	100,0
	Total	14	100,0	100,0	100,0



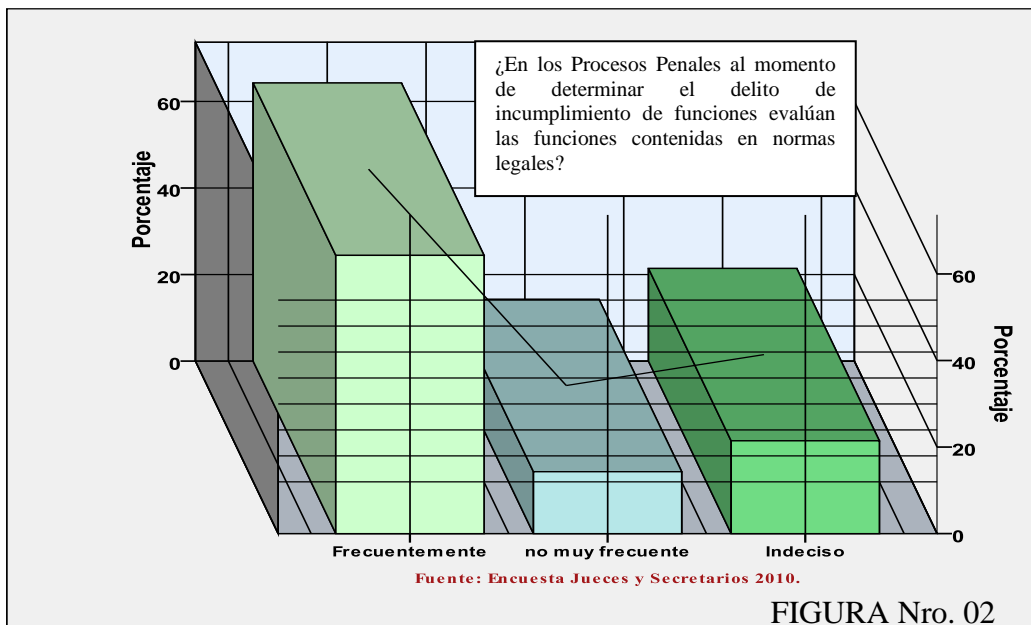
INTEPRETACIÓN Y ANÁLISIS: En el cuadro se presentan los resultados de la opinión de los Jueces y Secretarios *referente al momento de determinar el delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, evalúan las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público*. Respondieron “**No muy Frecuente**” el **64,3%** de los Jueces y Secretarios, **el 28,6% de éstos respondieron que “Frecuentemente”** y **el 7,1% respondió como “Indeciso”**. Por tanto, mayoritariamente, se establece que “No es muy frecuente” que los Jueces y Secretarios, *determinen el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, evalúan las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público*.

2. ¿En los Procesos Penales al momento de determinar el delito de incumplimiento de funciones evalúan las funciones contenidas en normas legales?

CUADRO Nro. 02

Datos Estadísticos		
Nros.	Válidos	14
	Perdidos	0

DATOS ESTADÍSTICOS		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Frecuentemente	9	64,3	64,3	64,3
	no muy frecuente	2	14,3	14,3	78,6
	Indeciso	3	21,4	21,4	100,0
Total		14	100,0	100,0	

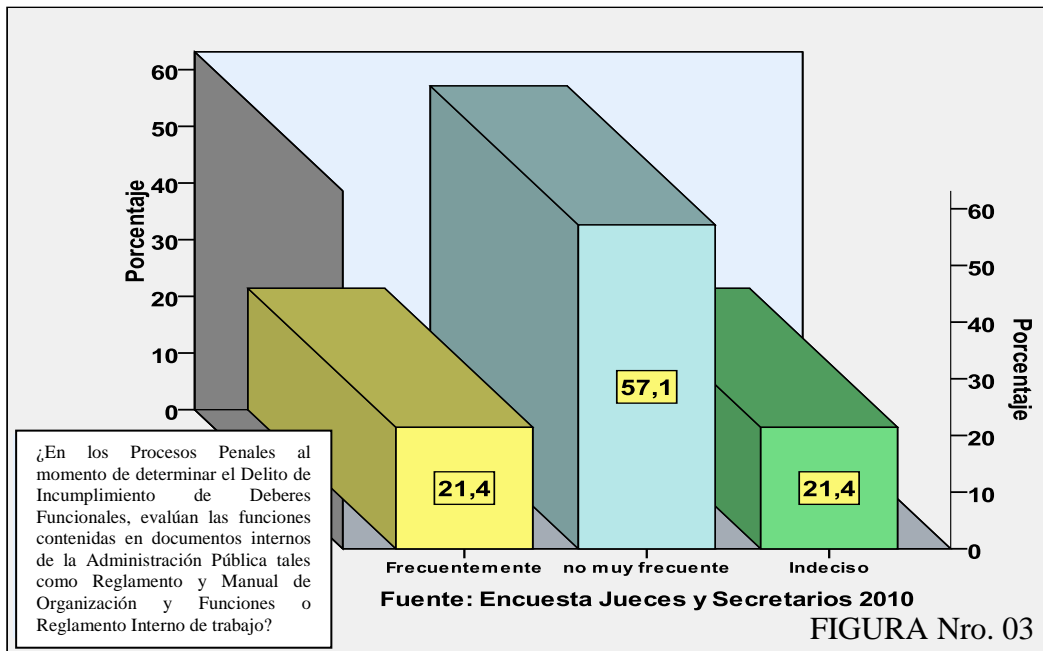


INTEPRETACIÓN Y ANÁLISIS: En el cuadro se presentan los resultados de la opinión de los Jueces y Secretarios referente al momento de determinar el delito de incumplimiento de funciones evalúan las funciones contenidas en normas legales. Respondieron “*No muy Frecuente*” el 64,3% de los Jueces y Secretarios, el 14,3% de éstos respondieron que “*Frecuentemente*” y el 21,4% respondió como “*Indeciso*”. Por tanto, mayoritariamente, se establece que “No es muy frecuente” que los Jueces y Secretarios, *determinen el delito de incumplimiento de funciones evalúan las funciones contenidas en normas legales.*

3. ¿En los Procesos Penales al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo?

CUADRO Nro. 03

Datos Estadísticos					
Nros.	Válidos		14		
	Perdidos		0		
DATOS ESTADISTICOS		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Frecuentemente	3	21,4	21,4	21,4
	no muy frecuente	8	57,1	57,1	78,6
	Indeciso	3	21,4	21,4	100,0
	Total	14	100,0	100,0	



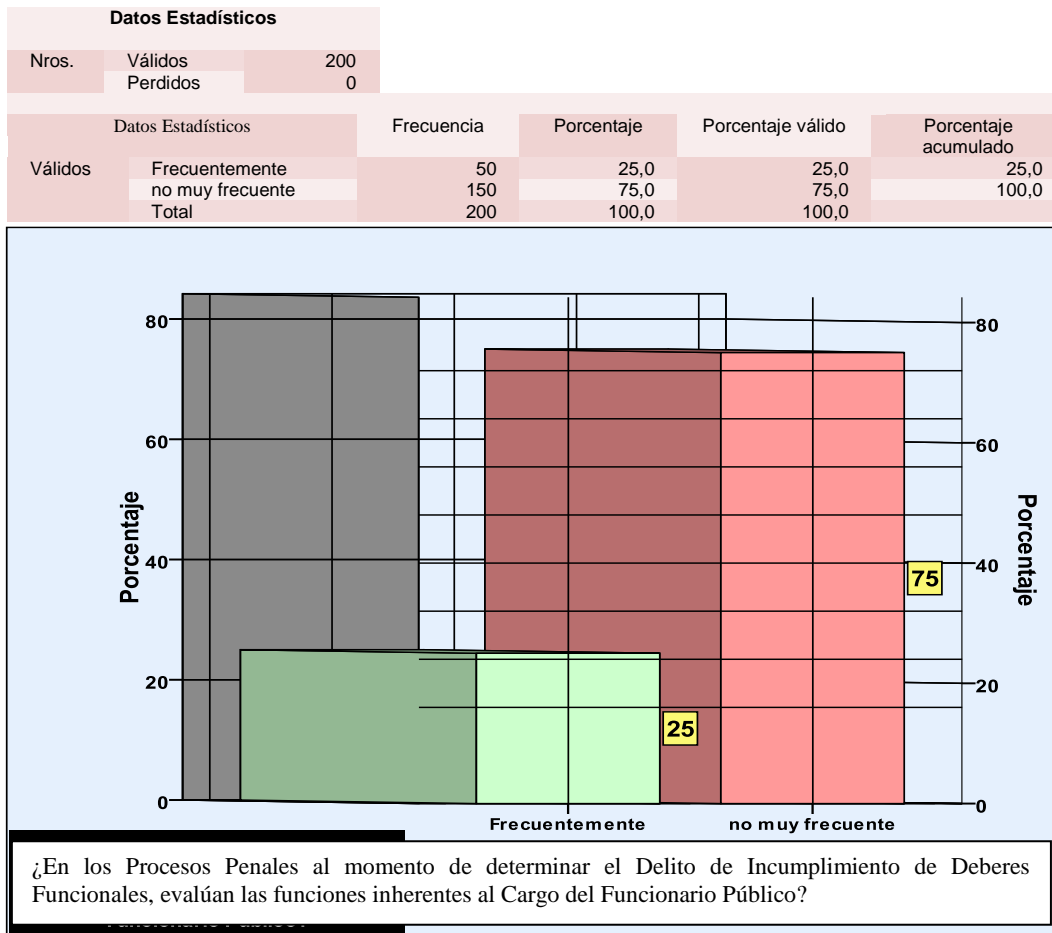
INTEPRETACIÓN Y ANÁLISIS: En el cuadro se presentan los resultados de la opinión de los Jueces y Secretarios *referente al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo.* “**No muy Frecuente**” el 57,1% de los Jueces y Secretarios, **el 21,4% de éstos respondieron que “Frecuentemente”** y **el 21,4% respondió como “Indeciso”**. Por tanto, mayoritariamente, se establece que “No es muy frecuente” que los Jueces y Secretarios, *determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo.*

4.2 RESULTADOS DE LOS EXPEDIENTES PENALES Y ANALISIS ESTADISTICO:

EXPEDIENTES JUDICIALES DE LOS PROCESOS JUDICIALES POR DELITOS DE OMISIÓN DE DEBERES FUNCIONALES DE LA PROVINCIA DE HUARAZ

1. ¿En los Procesos Penales al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, evalúan las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público?

CUADRO Nro. 04



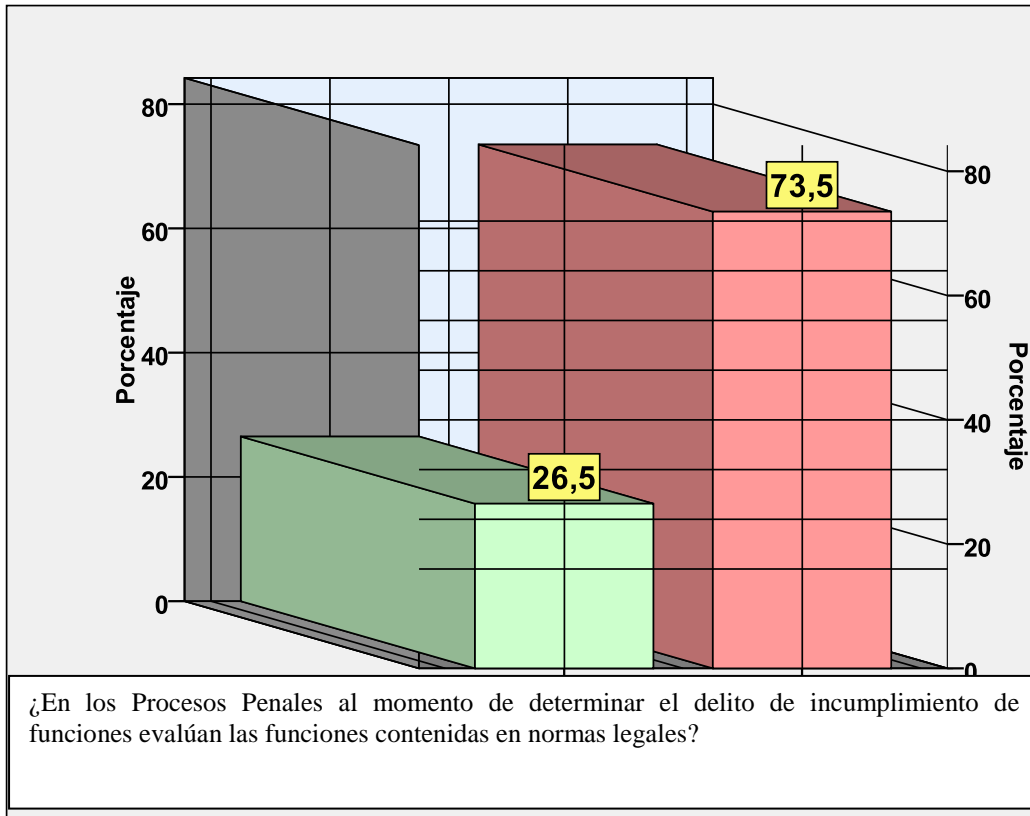
FUENTE: Expedientes judiciales 2007- 2010.

INTEPRETACIÓN Y ANÁLISIS: En el cuadro se presentan los resultados de la evaluación los Expedientes Judiciales 2007-2010, referente a que al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, evalúan las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público. Resulta que “*No muy Frecuente*” en un 75% de los Expedientes Judiciales 2007-2010 y en un 25% “*Frecuentemente*”. Por tanto, mayoritariamente, se establece que, mayoritariamente “No es muy frecuente” que los procesos judiciales penales 2007-2010.

2. ¿En los Procesos Penales al momento de determinar el delito de incumplimiento de funciones evalúan las funciones contenidas en normas legales?

CUADRO Nro. 05

Datos Estadísticos					
Nros.	Válidos	200			
	Perdidos	0			
Datos Estadísticos		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Frecuentemente	53	26,5	26,5	26,5
	no muy frecuente	147	73,5	73,5	100,0
	Total	200	100,0	100,0	



FUENTE: Expedientes judiciales 2007-2010.

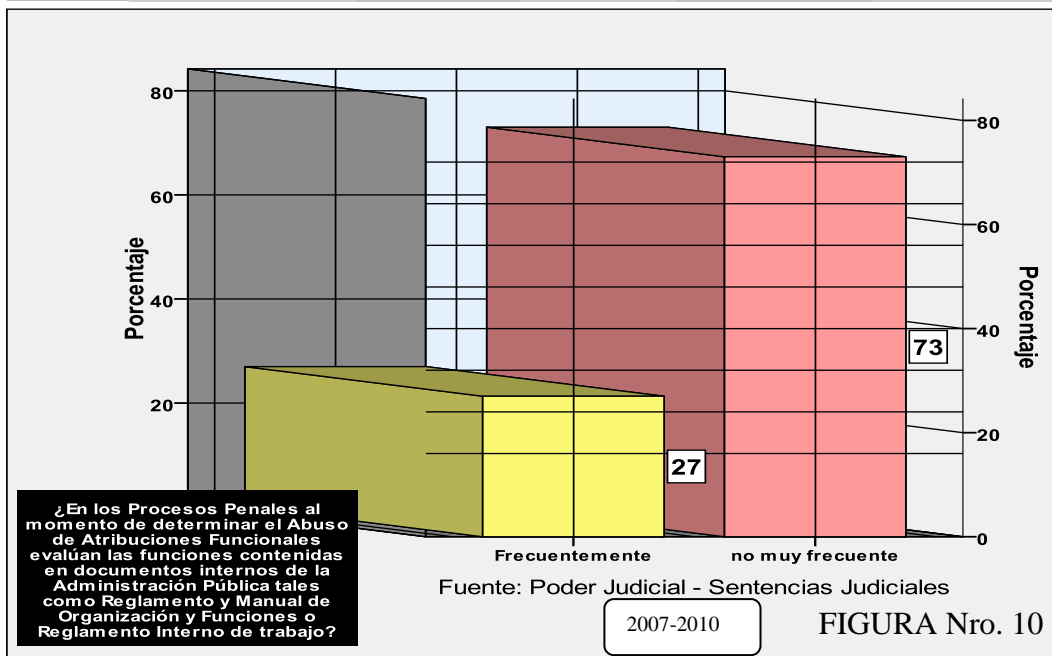
FIGURA Nro. 09

INTEPRETACIÓN Y ANÁLISIS: En el cuadro se presentan los resultados de la evaluación de los Expedientes Judiciales 2007-2010, referente al momento de determinar el delito de incumplimiento de funciones evalúan las funciones contenidas en normas legales. Resultando que “No muy Frecuente” el 73,5% de los Expedientes Judiciales 2005-2010 y el 26,5% se advierte que “Frecuentemente”. Por tanto, mayoritariamente, se establece que “No es muy frecuente” que en los Procesos Judiciales penales 2007-2010.

3. ¿En los Procesos Penales al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo?

CUADRO Nro. 10

Datos Estadísticos					
Nros.	Válidos	200			
	Perdidos	0			
Datos Estadísticos		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Frecuentemente	54	27,0	27,0	27,0
	no muy frecuente	146	73,0	73,0	100,0
	Total	200	100,0	100,0	



INTEPRETACIÓN Y ANÁLISIS: En el cuadro se presentan los resultados de la evaluación de los Expedientes Judiciales 2007-2010, referente a que en los Procesos Penales al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo. Resultando que “No muy Frecuente” el 73% de los Expedientes Judiciales 2007-2010 y el 27% “Frecuentemente” y el 21,4% respondió como “Indeciso”. Por tanto, mayoritariamente, se establece que “No es muy frecuente” que en los procesos judiciales penales 2007-2010.

V. DISCUSIÓN

5.1 DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS:

Teóricamente se plantea que el incumplimiento de funciones se determina indebidamente en los Delitos de Incumplimiento de Deberes Funcionales, seguidos en procesos judiciales de la provincia de Huaraz, durante los años 2007-2010, porque se pueden advertir los siguientes factores:

5.1.1 Los Jueces y Secretarios omiten atender o considerar el Incumplimiento de deberes funcionales del Funcionario Público:

5.1.1.1 En los Procesos Penales al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, se omiten evaluar las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público:

- a. En los resultados de la opinión de los Jueces y Secretarios *referente al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, si éstos evalúan las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público*. Respondieron **“No muy Frecuente” el 64,3%** de los Jueces y Secretarios, **el 28,6% de éstos respondieron que “Frecuentemente”** y **el 7,1% respondió como “Indeciso”**.
- b. En los resultados de la evaluación de los Expedientes Judiciales 2007-2010, *referente al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, si en éstos se evalúan las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público*. Resulta que **“No muy Frecuente” en un 75%** de los Expedientes Judiciales 2007-2010 y **en un 25% “Frecuentemente”**.

- c. Entonces, mayoritariamente, se establece que, “No es muy frecuente” que, *se determinen el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales evaluando las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público.*

5.1.1.2 En los Procesos Penales al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales evalúan las funciones contenidas en normas legales:

- a. En los resultados de la opinión de los Jueces y Secretarios *referente al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, si éstos evalúan las funciones contenidas en normas legales.* Respondieron “*No muy Frecuente*” el **64,3%** de los Jueces y Secretarios, *el 14,3% de éstos respondieron que “Frecuentemente” y el 21,4% respondió como “Indeciso”.*
- b. En los resultados de la evaluación de los Expedientes Judiciales 2007-2010, *referente al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, si en éstos evalúan las funciones contenidas en normas legales. Resultando que “No muy Frecuente” el 73,5% de los Expedientes Judiciales 2007-2010 y el 26,5% se advierte que “Frecuentemente”.*
- c. Entonces, se establece que “No es muy frecuente” que se *determinen el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales evaluando las funciones contenidas en normas legales.*

5.1.1.3 En los Procesos Penales al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales

como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de Trabajo:

- a. En los resultados de la opinión de los Jueces y Secretarios *referente al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, si éstos evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo. “No muy Frecuente” el 57,1% de los Jueces y Secretarios, el 21,4% de éstos respondieron que “Frecuentemente” y el 21,4% respondió como “Indeciso”.*
- b. En los resultados de la evaluación de los Expedientes Judiciales 2007-2010 *referente al momento de determinar el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales, si éstos evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo. Resultando que “No muy Frecuente” el 73% de los Expedientes Judiciales 2007-2010 y el 27% “Frecuentemente” y el 21,4% respondió como “Indeciso”.*
- c. Entonces, se establece que “No es muy frecuente” que *determinen el Delito de Incumplimiento de Deberes Funcionales evaluando las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo.*

5.2 CONTRASTACIÓN DE LAS HIPOTESIS:

Los Actos funcionales se determinan indebidamente en los Delitos de Omisión de funciones, seguidos en procesos judiciales de la provincia de Huaraz, durante los años 2007-2010, porque se pueden advertir los siguientes factores:

- c) Los Jueces y Secretarios omiten atender o considerar la omisión de atribuciones funcionales del Funcionario Público.
- d) Las Sentencias Penales por no tienen en cuenta la omisión de funciones las atribuciones funcionales del Funcionario Público.

Tomando las siguientes apreciaciones resultantes podemos establecer que la **Hipótesis se prueba parcialmente** *porque existe un porcentaje de lo negativo; y, simultáneamente se disprueba parcialmente, porque hay tal porcentaje de lo positivo; porcentajes que se complementan al 100% conforme a lo siguiente: tal como se puede observar de la siguiente realidad:*

5.2.1 Los Jueces y Secretarios omiten atender o considerar el delito de incumplimiento de deberes funcionales

5.2.1.1 En los Procesos Penales al momento de determinar el delito de incumplimiento de deberes funcionales evalúan las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público:

- a. En los resultados de la opinión de los Jueces y Secretarios *referente al momento de determinar el delito de incumplimiento de deberes*

funcionales, *si éstos evalúan las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público*. Respondieron **“No muy Frecuente” el 64,3%** de los Jueces y Secretarios, **el 28,6% de éstos respondieron que “Frecuentemente”** y **el 7,1% respondió como “Indeciso”**.

- b. En los resultados de la evaluación de los Expedientes Judiciales 2007-2010, *referente al momento de determinar el delito de incumplimiento de deberes funcionales, si en éstos se evalúan las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público*. Resulta que **“No muy Frecuente” en un 75%** de los Expedientes Judiciales 2007-2010 y **en un 25% “Frecuentemente”**.
- c. Entonces, mayoritariamente, se establece que, “No es muy frecuente” que, *se determinen el delito de incumplimiento de deberes funcionales evaluando las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público*.

5.2.1.2 En los Procesos Penales al momento de determinar el delito de incumplimiento de deberes funcionales evalúan las funciones contenidas en normas legales:

- a. En los resultados de la opinión de los Jueces y Secretarios *referente al momento de determinar el delito de incumplimiento de deberes funcionales, si éstos evalúan las funciones contenidas en normas legales*. Respondieron **“No muy Frecuente” el 64,3%** de los Jueces y Secretarios, **el 14,3% de éstos respondieron que “Frecuentemente”** y **el 21,4% respondió como “Indeciso”**.
- b. En los resultados de la evaluación de los Expedientes Judiciales 2007-2010, *referente al momento de determinar el delito de incumplimiento de deberes funcionales, si en éstos evalúan las funciones contenidas en*

normas legales. Resultando que “No muy Frecuente” el 73,5% de los Expedientes Judiciales 2007-2010 y el 26,5% se advierte que “Frecuentemente”.

- c. Entonces, se establece que “No es muy frecuente” que se *determinen* el delito de incumplimiento de deberes funcionales *evaluando las funciones contenidas en normas legales.*

5.2.1.3 En los Procesos Penales al momento de determinar el delito de incumplimiento de deberes funcionales evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de Trabajo:

- a. En los resultados de la opinión de los Jueces y Secretarios *referente al momento de determinar el delito de incumplimiento de deberes funcionales, si éstos evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo. “No muy Frecuente” el 57,1% de los Jueces y Secretarios, el 21,4% de éstos respondieron que “Frecuentemente” y el 21,4% respondió como “Indeciso”.*
- b. En los resultados de la evaluación de los Expedientes Judiciales 2007-2010 *referente al momento de determinar el delito de incumplimiento de deberes funcionales, si éstos evalúan las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo. Resultando que “No muy Frecuente” el 73% de los*

Expedientes Judiciales 2007-2010 y el 27% “Frecuentemente” y el 21,4% respondió como “Indeciso”.

- c. Entonces, se establece que “No es muy frecuente” que determinen el delito de incumplimiento de deberes funcionales evaluando las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de trabajo.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA: Los jueces y Secretarios Penales de la Provincia de Huaraz durante los años 2007-2010, en los Procesos Penales por el Delito de Omisión, Rehusamiento o Retardo de Actos Funcionales, determinan el indebidamente el incumplimiento de funciones, ya que no se tienen en cuenta, objetivamente, los siguientes factores: las Atribuciones Funcionales, no evalúan frecuentemente las funciones inherentes al Cargo del Funcionario Público, no evalúan las funciones contenidas en normas legales, no tienen en cuenta las funciones contenidas en documentos internos de la Administración Pública tales como Reglamento y Manual de Organización y Funciones o Reglamento Interno de Trabajo.

SEGUNDA: Los Jueces y Secretarios Penales de la Provincia de Huaraz durante los años 2007-2010, en los Procesos Penales por el Delito de Omisión, Rehusamiento o Retardo de Actos Funcionales, determinan el delito de incumplimiento de deberes funcionales, la calidad de funcionario público y su relación en la organización, con los diversos documentos de gestión o herramientas de gestión de la entidad a la cual pertenece el funcionario.

TERCERA: Los Jueces y Secretarios Penales de la Provincia de Huaraz durante los años 2007-2010, en los Procesos Penales por el Delito de Omisión, Rehusamiento o Retardo de Actos Funcionales, aplican de manera aislada las normas administrativas contenidas en los principales instrumentos de gestión administrativa que reconocen las funciones inherentes al cargo de Funcionario Público.

VII. RECOMENDACIONES

PRIMERA: El Delito de Omisión, rehusamiento o retardo de actos funcionales, tiene una connotación eminentemente administrativa, es así, que el Ministerio Público y el Poder Judicial, debe tener en cuenta los documentos que contienen las actuaciones funcionales tales como normas sectoriales, normas de función, Reglamento y Manual de Organización de Funciones.

SEGUNDA: Se recomienda a los Jueces y Secretarios de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que al momento de determinar el delito de incumplimiento de deberes funcionales también deben considerar las Atribuciones Funcionales.

TERCERA: Se recomienda a los Jueces y Secretarios de la Corte Superior de Justicia de Ancash no ejerzan la aplicación aislada del art. 377° del Código Penal, que señala: *“El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa”*., ya que no se viene tipificando debidamente el Delito precitado, al no evaluar los supuestos en consideración a las funciones y herramientas de gestión de la administración pública.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALZAMORA VALDEZ, MARIO. (1984). *“Introducción a la Ciencia del Derecho”*. 9ª edición. Editorial Tipografía Sesator. Lima.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *La Filosofía del Derecho*. Editorial Tipo-Offset Sector. Lima, 1976.
- ARCOS RAMÍREZ, Federico. *La Seguridad Jurídica. Una Teoría Formal*. Editorial Dykinson. S.L. Madrid – España, 2000. Autoridad y Poder: http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras34/textos2/sec_3.html
- BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE - OTAROLA PEÑARANDA, ALBERTO (1988). *“La Constitución de 1993”*. Análisis comparado. Lima - Perú: Constitución y Sociedad, Cuarta edición, 1998.
- COSTA ROMERO MIGUEL. (1993). *“Teoría General del Derecho Administrativo”*, 11ª edición, Edit. Porrúa, México.
- DEL VECCHIO, GIORGIO. (1980). *“Filosofía del Derecho”*. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona – España, 1980.
- DELGADILLO, LUIS HUMBERTO. (1997). *“Compendio de Derecho Administrativo”*. Ed. Porrúa.
- Diccionario Soviético de Filosofía: <http://www.filosofia.org/enc/ros/autorid.htm>
- ENTRENA CUESTA, RAFAEL (1979). *“Curso de Derecho Administrativo”*, 5ª Ed. Madrid, Ed. Tecnos.
- FERNANDEZ RUIZ JORGE (1997). *“Programa de Derecho Mexicano de Derecho Administrativo”*, México, Editorial Mcgraw Hill, 1997.

- FERRER SAMA, A. Comentarios al Código Penal, I, Murcia 1946; A. SANTORO, Le circostanze del reato, Turín 1952; G. CONTENUTO, Introduzione allo studio delle circostanze del reato, Nápoles 1963; G. MARINI, Le circostanze del reato, Milán 1965; A. QUINTANO RIPOLLÉS, Comentarios al Código Penal, Madrid 1966; C. CAMARGO HERNÁNDEZ, La alevosía, Barcelona 1953; I. A. SAINZ CANTERO.
- GABINO, FRAGA, *Derecho Administrativo*, 38ª. edición, México, Editorial Porrúa, 1998, p.99, 100.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, PILAR (2002). “*Metodología de la Investigación Científica*”, 3ª Edición, México, Editorial Mc Graw-Hill., México.
- JAKOBS, GÜNTHER. (1999). “*¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?*”, en: JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel. - *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal*. Biblioteca de Autores Extranjeros N° 6. Editorial Grijley. Lima - Perú.
- MARIENHOFF S. Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, 4ta edición, Buenos Aires, Edit. ABELEDO-PERROT, 1990
- MARTÍNEZ MORALES I. RAFAEL, Derecho Administrativo, 3ª. edición, México, Editorial Harla.
- MERCADO H., SALVADOR. (1997). *¿Cómo hacer una Tesis? Tesinas, Informes, Memorias, Seminarios de Investigación y Monografías*, México D.F., Editorial Limusa S.A.

- MIRIAM NAME ALMANZA. (1999). *“Los actos discrecionales de la administración Pública Federal y su control jurisdiccional”*, Tesis, México, Escuela Libre de Derecho, 1999, p.48.
- MIXAN MASS, FLORENCIO. (1996). *“Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal”*. Trujillo - Perú: BLG.
- MIXAN MASS, FLORENCIO. *“Derecho procesal penal”*. Tomo 1. Trujillo - Perú: MARSOL, Segunda edición.
- OLVERA TORO JORGE (1976). *“Manual de Derecho Administrativo”*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa.
- QUIROZ SALAZAR, WILLIAN. (1998). *“La Investigación Jurídica”*, Lima, Editorial Insergraf.
- RADBRUCH, GUSTAV. (1997). *“Introducción a la Filosofía del Derecho”*. 1ª reimpresión de la 1ª edición en español. Fondo de Cultura Económica. Santafé de Bogotá, D.C. – Colombia.
- RAMOS NÚÑEZ, CARLOS. (2002). *“Cómo Hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento”*, 2ª edición, Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
- ROJAS VARGAS, FIDEL. (2007). *“Delitos Contra la Administración Pública”*. 4ta edición. Editorial Grijley. Lima, 2007.
- ROJAS VARGAS, FIDEL. (2007). *“Delitos Contra la Administración Pública”*. 4ta edición. Editorial Grijley. Lima.
- SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. (1994). *“Comentarios al Código Procesal Penal”*. Editorial Idemsa. Lima.

- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN. (1999).
“Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal”.
 Editorial Gráfica Horizonte. Lima - Perú, octubre de 1999.
- TAFUR PORTILLA, RAÚL. (1995). *“La Tesis Universitaria. La Tesis Doctoral – La Tesis de Maestría – El Informe – La Monografía”*,
 Lima - Perú, Editorial Mantaro.
- TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL. (2001). *“Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho”*. 2ª edición. Editorial Temis / Idemsa. Bogotá – Colombia/Lima – Perú.
- URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ. (1998). “El Bien Jurídico”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Nº 6, GC. Ediciones. Lima - Perú, 1998.
- VALDERRAMA MENDOZA, SANTIAGO. (2002). *“Pasos Para Elaborar Proyectos y Tesis de Investigación Científica”*, Jesús María – Lima, Editorial San Marcos.
- VEGA ASCENCIO, ANASTASIO. (2003). *“Algunos Instrumentos Básicos para realizar Trabajos de Investigación Científica”*, Lima – Perú, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Escuela de Postgrado.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL R. y REY CÓRDOVA, NÉRIDA G. (2000). *“Metodología de la Investigación Científica”*, Lima, Perú, Editorial San Marcos.
- ZAVALA, ABEL ANDRÉS. (1999). *“Proyecto de Investigación Científica”*, Lima, Editorial San Marcos.

ANEXO

Matriz de Consistencia

Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Metodología
<p>¿Cuáles son los factores por las cuales los Jueces con competencia penal no determinan judicialmente la actuación administrativa en el delito de omisión, rehusamiento o retardo de actos funcionales, en los procesos penales de la provincia de Huaraz, 2007-2010?</p>	<p>General</p> <p>Determinar cuáles son los factores por la cual los Jueces Penales determinan indebidamente el incumplimiento de funciones en los delitos de omisión, rehusamiento o retardo de actos funcionales, seguido en procesos judiciales de la provincia de Huaraz, durante los años 2007-2010.</p>	<p>Los Jueces Penales omiten atender o considerar la omisión de atribuciones funcionales del funcionario público.</p>	<p>Variable 1: Omisión de atribuciones u Actos Funcionales</p>	<p>1. El tipo de investigación Enfoque descriptivo</p> <p>2. Nivel de investigación de la tesis Nivel comprensivo-integrativo</p> <p>3. Diseño de la investigación No experimental - transversal</p>
	<p>Específicos</p> <p>1. Describir los factores que no permiten determinar adecuadamente el delito, ante el incumplimiento de las atribuciones funcionales del funcionario público.</p> <p>2. Describir los factores por qué en las Sentencias Penales, se determina el delito, sin averiguar el incumplimiento de las atribuciones funcionales del funcionario público.</p>		<p>Variable 2: Determinación del Acto Administrativo o Funcional</p>	<p>4. El universo y muestra Universo: expedientes judiciales Muestra: 100</p> <p>5. Plan de análisis Técnica documental</p> <p>6. Principios éticos</p>